

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 204

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Torsten Körber

Professor an der Universität Göttingen

Europäisches Kartellverfahren in der rechtspolitischen Kritik

Referate im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“

Bonn, den 28. Januar 2013

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

A. Ausgangspunkt	1
I. Die Menarini Entscheidung des EGMR	2
II. EuGH-Entscheidungen in den Fällen Chalkor, KME und Otis	3
III. Anlässe für die andauernde rechtspolitische Debatte	7
IV. Gang der Untersuchung	8
B. Rechtspolitische Kritik am europäischen Kartellverfahren	9
I. Die Kommission als Anklägerin und Richterin	9
II. Die Kommission als Unionsgesetzgeberin	12
III. Bedenkliche Spielräume der Kommission bei Vergleichsverfahren	13
1. Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO 1/2003	13
2. Vergleichsverfahren nach Art. 10a VO 773/2004	15
IV. Defizite bei der gerichtlichen Nachprüfung	16
C. Vorkehrungen zur Sicherung der Verfahrensrechte im Kommissionsverfahren	18
I. Juristischer Dienst	18
II. Chefökonom	19
III. Peer Review Panel	19
IV. Beratender Ausschuss	19
V. Anhörungsbeauftragter	20
VI. Europäischer Bürgerbeauftragter	21
D. Maßnahmenpaket der Kommission	22
I. Überblick	22
II. Neue Best Practices	22
III. Neuer Beschluss über das Mandat des Anhörungsbeauftragten	23
IV. Zwischenbefund	24
E. Reformansätze	25
I. Initiativemonopol der Kommission als praktische Hürde	25
II. Ansätze für punktuelle Verbesserungen	26
1. Kommissionsverfahren	26
2. Gerichtliche Nachprüfung	28
III. Grundsätzliche Reformansätze	29
1. Schaffung einer europäischen Kartellbehörde	30
2. Etablierung einer originären gerichtlichen Entscheidungszuständigkeit	30
F. Fazit	32

Europäisches Kartellverfahren in der rechtspolitischen Kritik

A. Ausgangspunkt

Das europäische Kartellverfahren und insbesondere das Kartellbußgeldverfahren sind seit geraumer Zeit Gegenstand einer intensiven rechtspolitischen wie verfassungsrechtlichen Diskussion.¹ Verfassungsrechtlich wurde und wird insbesondere die Vereinbarkeit des europäischen Kartellbußgeldverfahrens mit Art. 6 EMRK bzw. Art. 47 der Grundrechtecharta thematisiert.² Insoweit ist die Frage aufgeworfen, ob den Geboten eines unabhängigen und unparteiischen gesetzlichen Richters sowie einer angemessenen Wahrung der Verfahrensrechte hinreichend Genüge getan ist.

Artikel 6 EMRK - Recht auf ein faires Verfahren

(1) Jede Person hat ein Recht darauf, daß über Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muß öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozeßparteien es verlangen oder - soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält - wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.

(2) Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.

(3) Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:

- a) innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden;
- b) ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben;
- c) sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;
- d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und

¹ Dieser Beitrag ist die erweiterte Schriftfassung eines am 28. 1. 2013 beim ZEW in Bonn gehaltenen Vortrages. Ich danke meinem wissenschaftlichen Mitarbeiter *Hendrik Kühn* für die maßgebliche Unterstützung bei der Vorbereitung dieses Vortrags und für zahlreiche weiterführende Diskussionen zu dem Thema.

² Vgl. etwa ausführlich *Schwarze/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, 2008; *Schwarze*, Rechtsstaatliche Defizite des europäischen Kartellverfahrens, WuW 2009, 6 ff. sowie jüngst *Laenarts*, Due process in competition cases, NZKart 2013, 175 ff.

Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;

- e) unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht.

Art. 47 GRC - Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht

Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.

I. Die *Menarini*-Entscheidung des EGMR

Im ersten Zugriff scheint sich die Debatte durch die *Menarini*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 27. 9. 2011 erledigt zu haben.³ Gegenstand dieses Verfahrens war die Vereinbarkeit des italienischen Kartellverfahrens mit Art. 6 EMRK. Die Entscheidung hat deshalb zwar keine unmittelbare Bedeutung für die Frage der Rechtsstaatlichkeit des EU-Kartellverfahrens, doch ist das italienische Kartellverfahren in dem erst 1990 erlassenen italienischen Kartellgesetz sehr weitgehend am europäischen Recht orientiert, sodass die in dieser Entscheidung vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte getroffenen Aussagen sich weitestgehend auch auf das europäische Verfahren übertragen lassen.⁴

Im Grundsatz bescheinigte der Gerichtshof dem administrativen Kartellverfahren eine Vereinbarkeit mit Art. 6 EMRK, wenn eine vollumfängliche richterliche Nachprüfung der Verwaltungsentscheidungen gewährleistet sei. Im Einzelnen sah der Gerichtshof das

³ EGMR, Urteil vom 28. 9. 2011, Antrag Nr. 43509/08 – A. Menarini Diagnostics S.R.L./Italien.

⁴ Dazu *Bueren*, EU-Kartellbußgeldverfahren und EMRK: Aktuelle Implikationen aus der Rechtsprechung des EGMR, EWS 2012, 363, 366; *Soltész*, Due Process, Gesetzesvorbehalt und richterliche Kontrolle im Europäischen Kartellverfahren, WuW 2012, 141 ff.

Kartellbußgeldverfahren zwar im Gegensatz zu der in Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 aufgestellten Behauptung, dass Bußgeldentscheidungen nach der Kartellverordnung keinen strafrechtlichen Charakter hätten, als strafrechtliches Verfahren an.⁵ Aber er ordnete die Bußgeldbestimmungen gleichwohl nicht dem Kernstrafrecht zu, was eine gewisse Flexibilität hinsichtlich der Anwendung der EMRK ermöglichte.⁶ Der EGMR sah es nicht als per se unvereinbar mit der EMRK an, dass Bußgelder durch eine Verwaltungsbehörde verhängt werden, und zwar nicht nur bei bloßen Bagatelldelikten, sondern auch in Fällen, in denen wie im Kartellbußgeldverfahren durchaus sehr erhebliche Bußgelder in Millionen- oder sogar Milliardenhöhe verhängt werden.⁷

Mit Blick auf die Anforderungen des Art. 6 EMRK hielt der EGMR es für ausreichend, dass die darin verbrieften Verfahrensrechte durch die Möglichkeit des Bußgeldadressaten gewahrt würden, ein Gericht anzurufen, das die Befugnis habe, die Behördenentscheidung umfassend in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen. Das Mehrheitsvotum ließ es hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle ausreichen, dass neben einer Rechtmäßigkeitskontrolle eine Überprüfung in Bezug auf Ermessensfehler und Kohärenz der Verwaltungsentscheidung vorgenommen werde.⁸ Richter *Pinto de Albuquerque* wich insoweit in einem Sondervotum von der Mehrheitsposition ab und forderte eine umfassende gerichtliche Nachprüfung. Er hob allerdings zugleich hervor, dass auf europäischer Ebene genau diese Überprüfung durch Art. 31 der VO 1/2003 ermöglicht werde.⁹

II. EuGH-Entscheidungen in den Fällen *Chalkor*, *KME* und *Otis*

In drei Entscheidungen vom 8. 12. 2011, in den Fällen *Chalkor* und *KME* nahm der Gerichtshof der Europäischen Union Stellung zur Wahrung der in der Grundrechtecharta verbrieften Verfahrensrechte im Kartellbußgeldverfahren.¹⁰ Darin betonte der EuGH

⁵ EGMR, a.a.O., Rdnr. 38 ff.; Vgl. auch *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 162 („EU-Kartellrecht ist Strafrecht“).

⁶ EGMR, a.a.O., Rdnr. 62.

⁷ EGMR, a.a.O., Rdnr. 41 ff., 62 ff.

⁸ EGMR, a.a.O., Rdnr. 63 ff.

⁹ EGMR, a.a.O., Minderheitenvotum, Rdnr. 3 ff., insbes. Rdnr. 8.

¹⁰ EuGH, 8. 12. 2011, Rs. C-386/10 P – *Chalkor*; EuGH 8. 12. 2011, Rs. C 272/09 P – *KME*; EuGH 8. 12. 2011, Rs. C 389/10 P – *KME*.

einerseits die volle Nachprüfbarkeit sowohl der Kommissionsleitlinien¹¹ als auch (wie in Art. 31 VO 1/2003 normiert) der Bußgeldbeschlüsse der Kommission in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.¹² Andererseits betonte er aber zugleich, dass aus dieser Befugnis keine Pflicht zu einer umfassenden Prüfung von Amts wegen folge. Von Amts wegen müsse der Richter vielmehr nur Gründe des zwingenden Rechts (etwa das Fehlen einer Begründung) beachten. Im Übrigen sei es Sache des Klägers, gegen die angegriffene Entscheidung Klagegründe vorzulegen und die entsprechenden Beweise beizubringen.¹³ Das verstoße nicht gegen den Grundsatz effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes, wie er in Art. 47 der Grundrechtecharta niedergelegt sei.¹⁴ In die gleiche Richtung weisen die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 18. 4. 2013, in welchen diese zur Rechtssache *Schindler Holding* die Rechtsstaatlichkeit des europäischen Kartellbußgeldverfahrens und insbesondere dessen Vereinbarkeit mit Art. 6 EMRK unterstrich.¹⁵

In der Entscheidung *Otis* vom 6. 11. 2012 musste der EuGH entscheiden, ob Art. 47 der Grundrechtecharta die Kommission daran hindere, im Namen der Union vor einem nationalen Gericht auf Ersatz des Schadens zu klagen, der der Union aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV entstanden ist. Das vorlegende Gericht wollte insbesondere in Erfahrung bringen, ob eine solche Verfahrensbeteiligung der Kommission das in dieser Norm und Art. 6 EMRK geschützte Recht auf ein faires Verfahren verletze oder gegen den Grundsatz verstoße, dass niemand Richter in eigener Sache sein dürfe (*nemo iudex in sua causa*).¹⁶ Der EuGH betonte in seiner Entscheidung, das Recht, bei Kartellrechtsverstößen Schadensersatz zu verlangen, stehe jedermann, also auch der Union zu. Mit Art. 47 GRC sei der sich aus Art. 6 EMRK ergebende Schutz im Unionsrecht gewährleistet, so dass nur Art. 47 GRC heranzuziehen sei.¹⁷ Insoweit stellte sich das Problem, dass nach Art. 16 der VO 1/2003 die nationalen Gerichte an Entscheidungen der Kommission zu Art. 101 und 102 AEUV gebunden sind, die Kommission also in gewisser Weise nicht nur als Klägerin, sondern auch

¹¹ EuGH, 8. 12. 2011, Rs. C-386/10 P – Chalkor, Rdnr. 62; EuGH 8. 12. 2011, Rs. C 272/09 P – KME, Rdnr. 102; EuGH 8. 12. 2011, Rs. C 389/10 P – KME, Rdnr. 129.

¹² EuGH, 8. 12. 2011, Rs. C-386/10 P – Chalkor, Rdnr. 63; EuGH 8. 12. 2011, Rs. C 272/09 P – KME, Rdnr. 103; EuGH 8. 12. 2011, Rs. C 389/10 P – KME, Rdnr. 130.

¹³ EuGH, 8. 12. 2011, Rs. C-386/10 P – Chalkor, Rdnr. 64; EuGH 8. 12. 2011, Rs. C 272/09 P – KME, Rdnr. 104; EuGH 8. 12. 2011, Rs. C 389/10 P – KME, Rdnr. 131.

¹⁴ EuGH, 8. 12. 2011, Rs. C-386/10 P – Chalkor, Rdnr. 66; vgl. EuGH 8. 12. 2011, Rs. C 272/09 P – KME, Rdnr. 107; EuGH 8. 12. 2011, Rs. C 389/10 P – KME, Rdnr. 134.

¹⁵ GA Kokott, Schlussanträge zu Rs. C-501/11 P – Schindler Holding vom 18. 4. 2013, wiedergegeben in NZKart 2013, 206 ff.

¹⁶ EuGH 6. 11. 2012, Rs. C-199/11 – Otis, Rdnr. 37 ff.; dazu jüngst Raue, Richter und Kläger? Die Doppelrolle der Europäischen Kommission bei der Durchsetzung europäischen Wettbewerbsrechts, WRP 2013, 147 ff.

¹⁷ EuGH, a.a.O. Rdnr. 44 und 47.

als eine Art „Richterin hinter dem (nationalen) Gericht“ fungierte. Der EuGH hielt dies indes nicht für problematisch, weil die Entscheidungen der Kommission ihrerseits einer Kontrolle durch den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 263 AEUV unterliegen.¹⁸ Er betonte die bereits in *Chalkor* und *KME* unterstrichene gerichtliche Prüfkompetenz. Im Einzelnen führte er dazu aus:

„58 Die Beklagten des Ausgangsverfahrens machen jedoch geltend, dass die Rechtmäßigkeitskontrolle, die die Unionsgerichte gemäß Art. 263 AEUV im Bereich des Wettbewerbsrechts vornehmen, insbesondere wegen des der Kommission von diesen Gerichten in Wirtschaftsfragen zugestandenen Wertungsspielraums unvollständig sei.

59 Der Gerichtshof hat insoweit darauf hingewiesen, dass, auch wenn der Kommission in Bereichen, in denen komplexe wirtschaftliche Beurteilungen erforderlich sind, in Wirtschaftsfragen ein Wertungsspielraum zusteht, dies nicht bedeutet, dass der Unionsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission zu unterlassen hat. Der Unionsrichter muss nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse untermauern können (Urteil *Chalkor/Kommission*, Randnr. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).

60 Außerdem muss der Unionsrichter von Amts wegen prüfen, ob die Kommission ihre Entscheidung begründet und u. a. dargelegt hat, wie sie die berücksichtigten Faktoren gewichtet und bewertet hat (vgl. in diesem Sinne Urteil *Chalkor/Kommission*, Randnr. 61).

61 Im Übrigen ist es Sache des Unionsrichters, die ihm obliegende Rechtmäßigkeitskontrolle auf der Grundlage der vom Kläger zur Stützung seiner Klagegründe vorgelegten Beweise vorzunehmen. Bei dieser Kontrolle kann der Richter weder hinsichtlich der Wahl der Gesichtspunkte, die bei der Anwendung der in den Mitteilung der Kommission „Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003“ (ABl. 2006, C 210, S. 2) genannten Kriterien berücksichtigt wurden, noch hinsichtlich ihrer Bewertung auf den Wertungsspielraum der Kommission verweisen, um von einer eingehenden rechtlichen wie tatsächlichen Kontrolle abzusehen (Urteil *Chalkor/Kommission*, Randnr. 62).

62 Schließlich wird die Rechtmäßigkeitskontrolle ergänzt durch die dem Unionsrichter früher durch Art. 17 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81] und [82] des Vertrags (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204), jetzt durch Art. 31 der Verordnung Nr. 1/2003 gemäß Art. 261 AEUV eingeräumte Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung. Diese Befugnis ermächtigt den Richter über die reine Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme hinaus dazu, die Beurteilung der Kommission durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen und demgemäß die verhängte Geldbuße oder das verhängte Zwangsgeld aufzuheben, herabzusetzen oder zu erhöhen (Urteil *Chalkor/Kommission*, Randnr. 63 und die dort angeführte Rechtsprechung).

63 Die in den Verträgen vorgesehene Kontrolle bedeutet somit, dass der Unionsrichter sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht eine Kontrolle vornimmt und befugt ist, die

¹⁸ EuGH, a.a.O. Rdnr. 54 ff.

Beweise zu würdigen, die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären und die Höhe der Geldbußen zu ändern. Die in Art. 263 AEUV vorgesehene Rechtmäßigkeitskontrolle, ergänzt um die in Art. 31 der Verordnung Nr. 1/2003 vorgesehene Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung hinsichtlich der Höhe der Geldbuße, steht daher mit dem in Art. 47 der Charta verankerten Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes in Einklang (vgl. in diesem Sinne Urteil Chalkor/Kommission, Randnr. 67).

64 Der Einwand der Beklagten des Ausgangsverfahrens, diese gerichtliche Kontrolle erfolge durch den Gerichtshof, an dessen Unabhängigkeit Zweifel bestünden, weil er selbst ein Unionsorgan sei, entbehrt jeder Grundlage angesichts der in den Verträgen verankerten Garantien, die die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichtshofs gewährleisten, und des Umstands, dass jedes Rechtsprechungsorgan zwangsläufig Teil der staatlichen oder überstaatlichen Organisation ist, zu der es gehört, was für sich allein nicht zu einem Verstoß gegen Art. 47 der Charta und Art. 6 EMRK führen kann.

65 Schließlich setzt ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch wie der im Ausgangsverfahren fragliche, wie aus der Vorlageentscheidung hervorgeht, nicht nur die Feststellung des Eintritts eines schädigenden Ereignisses voraus, sondern es müssen außerdem noch ein Schaden sowie ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen diesem und dem schädigenden Ereignis festgestellt werden. Aufgrund seiner Verpflichtung, keine Entscheidungen zu erlassen, die der Entscheidung der Kommission, mit der eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV festgestellt wird, zuwiderlaufen, muss der nationale Richter zwar vom Bestehen eines Kartells oder einer verbotenen Verhaltensweise ausgehen, doch hat er das Vorliegen eines Schadens und eines unmittelbaren Kausalzusammenhangs zwischen diesem und dem fraglichen Kartell oder Verhalten zu beurteilen.

66 Auch wenn die Kommission in ihrer Entscheidung die genauen Auswirkungen der Zuwiderhandlung bestimmt hat, bleibt es nämlich Sache des nationalen Richters, im Einzelfall jeweils den Schaden desjenigen, der eine Schadensersatzklage erhoben hat, zu bestimmen. Diese Beurteilung verstößt nicht gegen Art. 16 der Verordnung Nr. 1/2003.

67 Nach alledem kann die Kommission im Rahmen eines Rechtsstreits wie dem des Ausgangsverfahrens nicht als Richter in eigener Sache angesehen werden¹⁹.

Auch den Grundsatz der Waffengleichheit sah der EuGH vorliegend nicht verletzt. Der EuGH betonte, der Grundsatz der Waffengleichheit folge aus dem Begriff des fairen Verfahrens und verlange, dass es jeder Partei in angemessener Weise ermöglicht werde, ihren Standpunkt sowie ihre Beweise unter Bedingungen vorzutragen, die sie nicht in eine gegenüber ihrem Gegner deutlich nachteilige Position versetzen. Daraus folge, dass jeder Beteiligte jedes dem Gericht vorgelegte Dokument kontrollieren und in Frage stellen könne.²⁰ Insoweit ließ es das Gericht genügen, dass die Kommission betonte, sich vor dem nationalen Gericht nur auf nichtvertrauliche Informationen gestützt und kein zu Zwecken des Kartellverwaltungsverfahrens erlangtes Sonderwissen verwendet zu haben. Dass die

¹⁹ EuGH, a.a.O. Rdnr. 58 ff.

²⁰ EuGH, a.a.O. Rdnr. 72 f.

Kommission als Kollegialorgan sowohl die Verwaltungsentscheidung als auch die Entscheidung über die Erhebung der zivilgerichtlichen Schadensersatzklage getroffen habe, sei unproblematisch, weil die Betroffenen insoweit durch die in Art. 339 AEUV und Art. 28 VO 1/2003 enthaltenen Verfahrensgarantien hinreichend geschützt würden.²¹

III. Anlässe für die andauernde rechtspolitische Debatte

Die Kommission hat sich in ihrem Wettbewerbsbericht 2011 durch die Entscheidungen *Menarini*, *Chalkor* und *KME* hinsichtlich der Vereinbarkeit des EU-Kartellverfahrens mit der EMRK und der Grundrechtecharta bestätigt gesehen.²² Man muss diese Position nicht zwingend teilen. Aber selbst wenn man dies tut, ist damit die rechtspolitische Debatte keineswegs beendet. Aus den Entscheidungen des EGMR und des EuGH folgt lediglich, dass Rat und Kommission das EU-Kartellverfahren nicht zwingend aus verfassungsrechtlichen Gründen ändern müssen. Nicht beantwortet ist demgegenüber die Frage, ob sie es nicht gleichwohl aus rechtspolitischen Gründen ändern sollten.²³

Eine Überprüfung der geübten Praxis erscheint *erstens* insbesondere mit Blick auf die immense und immer weiter ansteigende Höhe der in jüngerer Zeit verhängten Bußgelder überlegenswert. Diese können nach Art. 23 VO 1/2003 bis zu 10% des Vorjahresumsatzes erreichen, und die Kommission schöpft diesen Rahmen in der Praxis immer weiter aus. Am 5. Dezember 2012 verhängte sie mit mehr als 1.47 Mrd. Euro im Fall des Bildröhrenkartells ein neues Rekordbußgeld.²⁴

Zweitens wird im Lichte dieser Entwicklung der Kartellbußgelder ein deutliches Anwachsen des Drucks von Interessenvertretern auf die Kommission konstatiert. Diesem Druck steht ein – jedenfalls auf der letzten Ebene der Kollegialentscheidung – intransparentes Verfahren gegenüber, das zugleich die Möglichkeit der Verteidigung der betroffenen Unternehmen

²¹ EuGH, a.a.O. Rdnr. 73 ff.

²² KOMM., Bericht über die Wettbewerbspolitik 2011, COM(2012) 253 final, S. 11.

²³ Dazu auch mit umfassender Argumentation für einen Reformbedarf *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 202 ff.

²⁴ S. KOMM., Pressemitteilung IP/12/1317 vom 5. 12. 2012; vgl. auch *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 203 f.

gegen eine solche Einflussnahme begrenzt.²⁵

Drittens ist die Vorbildfunktion des EU-Kartellverfahrens für das Kartellverfahren in den Mitgliedstaaten hervorzuheben. Das ist zuletzt durch die Themenwahl des Bundeskartellamtes in Bezug auf den Arbeitskreis Kartellrecht vom 4. 10. 2012 deutlich geworden: Das Bundeskartellamt stellte das Thema "Kartellbußgeldverfahren zwischen deutschem Systemdenken und europäischer Konvergenz" zur Diskussion.²⁶ Im Rahmen dieser Diskussion wurde das integrierte europäische Verfahren gegenüber dem verfahrensmäßig komplexeren und nach allgemeinen Kartell- und Bußgeldverfahren getrennten deutschen Verfahren von zahlreichen Rednern als vorbildhaft dargestellt und mit Blick auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV), aber auch aus rein pragmatischen Gründen eine Anpassung des deutschen Kartellbußgeldverfahrens an das europäische Verfahren gefordert.²⁷ Dass das europäische Kartellverfahren im Allgemeinen und das Kartellbußgeldverfahren im Besonderen wirklich so vorbildlich sind, wie die Kommission meint, steht allerdings keineswegs fest.

IV. Gang der Untersuchung

Die nachfolgende Untersuchung spürt den aufgeworfenen Fragen in vier Schritten nach: *Erstens* soll die nach wie vor bestehende rechtspolitische Kritik am Kommissionsverfahren in ihren wesentlichen Grundlinien nachgezeichnet werden. *Zweitens* soll untersucht werden, inwieweit diese rechtspolitische Kritik angesichts des gegenwärtigen Verfahrens, vor allem mit Blick auf die Rechte der Verfahrensbeteiligten, berechtigt erscheint. Dabei soll *drittens* insbesondere ein Blick auf das aktuelle Maßnahmenpaket 2011 der Kommission, d.h. auf die neuen Best Practices und auf das neue Mandat des Anhörungsbeauftragten von 2011 geworfen werden, um zu untersuchen, inwieweit die Bedenken durch diese neuen Regelungen ausgeräumt werden konnten. *Viertens* sollen schließlich mögliche Ansätze für eine Reform des europäischen Kartellverfahrens *de lege ferenda* vorgestellt und bewertet werden.

²⁵ S. *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 204.

²⁶ BKartA, Hintergrundpapier „Kartellbußgeldverfahren zwischen deutschem Systemdenken und europäischer Konvergenz“, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Publikationen/Professorentagung_2012-final.pdf.

²⁷ Vgl. BKartA (Fn.26), S. 25; Lübking, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Publikationen/Professorentagung_Praesentation_Luebking.pdf.

In diesem Zusammenhang sind zunächst zwei Aspekte zu betonen, die bei aller Kritik nicht außer Acht gelassen werden dürfen: *Zum einen* ist zu vermerken, dass die Kommission danach strebt, die Verfahrensrechte und das rechtliche Gehör grds. – Art. 41 der Grundrechtecharta entsprechend – schon im Verwaltungsverfahren sicherzustellen. Stichworte sind insoweit: Mitteilung der Beschwerdepunkte, Akteneinsicht, Möglichkeit einer mündlichen Anhörung und umfassende Begründung der Entscheidungen. *Zum anderen* ist anzumerken, dass kartellrechtliche Beschlüsse einschließlich der Buß- und Zwangsgeldbeschlüsse nach Art. 23 und 24 VO 1/2003 nur gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen ergehen können, nicht aber gegen natürliche Personen. Dies mag eine etwas größere Flexibilität mit Blick auf den Schutz der Verfahrensrechte rechtfertigen.²⁸ Auf der anderen Seite sind trotz der – wohl durch die *Menarini*-Entscheidung mit anderem Ergebnis geklärten Frage der Grundrechtskonformität des Kommissionsverfahrens – insoweit etliche, nicht unerhebliche Mängel zu konstatieren, die nachfolgend beleuchtet werden sollen.

B. Rechtspolitische Kritik am europäischen Kartellverfahren

Die Kritik lässt sich in ihrem Kern wiederum in vier Blöcke gliedern: *Erstens* die Rolle der Kommission als Anklägerin und Richterin, *zweitens* die Rolle der Kommission als „Unionsgesetzgeberin“, *drittens* bedenkliche Spielräume der Kommission bei Vergleichsverfahren und schließlich *viertens* Defizite bei der gerichtlichen Nachprüfung.

I. Die Kommission als Anklägerin und Richterin

Ein zentraler Kritikpunkt ist die Rolle der Kommission als „Anklägerin und Richterin in Personalunion“. Diese Kritik richtet sich *auch* gegen das Untersagungsverfahren, *insbesondere* aber gegen die Verhängung von Bußgeldern durch die Kommission. In der ihm eigenen pointierten Art hat *Möschel* unterstrichen, das europäische Kartellbußgeldverfahren laufe in den Bahnen des Inquisitionsprozesses und verstoße dadurch gegen das Prinzip der

²⁸ BKartA, Hintergrundpapier „Kartellbußgeldverfahren zwischen deutschem Systemdenken und europäischer Konvergenz“, S. 21, 11; so wohl auch *Bueren*, EU-Kartellbußgeldverfahren und EMRK: Aktuelle Implikationen aus der Rechtsprechung des EGMR, EWS 2012, 363, 369.

Gewaltenteilung und die Justizgrundrechte.²⁹

In diesem Zusammenhang ist insbesondere nicht unproblematisch, dass die gleichen Beamten der GD Wettbewerb, die die Beschwerdepunkte formulieren, letztlich auch den Entwurf für den Kommissionsbeschluss (früher hätte man gesagt: für die Kommissionsentscheidung) erstellen. Zwar wird den Adressaten des Beschlusses nach der Übermittlung der Beschwerdepunkte die Gelegenheit zu einer Stellungnahme gegeben, doch liegt es auf der Hand, dass die Kommissionsbeamten, die die insoweit kritisierten und in Frage gestellten Beschwerdepunkte selbst formuliert haben, nicht in gleicher Weise offen für die Argumente der Unternehmen sind, wie es ein unabhängiger Richter in einem streitigen Verfahren wäre.³⁰ Die Beamten stehen insoweit, auch mit Blick auf eigene Karriereinteressen, unter einem besonderen Erfolgsdruck, der die Bereitschaft, mögliche Fehler und Irrtümer im Rahmen der bisherigen Ermittlungen zuzugeben, reduzieren dürfte.³¹ Hinzu kommt, dass der Aufbau von Expertise innerhalb der GD Wettbewerb darunter leidet, dass die Führungsbeamten regelmäßig zwischen den Direktionen wechseln.³²

Dass nicht das Case Team sondern das Kollegium der Kommissare den das Kartellverfahren abschließenden Verwaltungsakt erlässt, ist nicht geeignet, die insoweit bestehenden Defizite auszugleichen. Im Gegenteil folgen daraus sogar eine Reihe weiterer Probleme, denn die Kommissare sind politische Beamte. Sie sind regelmäßig keine Volljuristen und erst recht keine unabhängigen und im Sinne einer objektiven Entscheidungsfindung geschulten Richter. Selbst der Wettbewerbskommissar besitzt nicht notwendig eine besondere fachliche Expertise auf dem Gebiet des Kartellrechts.³³ Der derzeitige Wettbewerbskommissar *Almunia* ist z.B. von Hause aus Arbeitsrechtler und Herr *Italianer*, der Generaldirektor der GD Wettbewerb, Ökonom.

²⁹ *Möschel*, Geldbußen im europäischen Kartellrecht, DB 2010, 2377; s. auch *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 203.

³⁰ *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 194 und 198.

³¹ Vgl. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 167 ff.

³² Vgl. *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 208 f.

³³ *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 194 und 198 f.

Hinzu kommt, dass die letztlich für den Beschluss zuständigen Kommissare nicht mit dem eigentlichen Verfahren vertraut oder auch nur direkt in dieses eingebunden sind. Die Anhörung der betroffenen Unternehmen erfolgt nicht durch die Kommissare selbst, sondern durch Beamte der GD Wettbewerb.³⁴ Die Kommissare werden zwar über den Fall informiert, doch handelt es sich insoweit um Informationen aus zweiter Hand.³⁵ In aller Regel nehmen die Kommissare auch keine eigenständige Würdigung der vorgelegten Beweise vor, sondern vertrauen insoweit auf die Vorarbeiten der GD Wettbewerb sowie ihrer eigenen Direktorate und Kabinette.³⁶ Eine echte Diskussion einzelner Fälle oder gar die Anhörung der Beteiligten kommt schon rein organisatorisch nicht in Betracht, weil das Kollegium der Kommissare nur einmal wöchentlich für einen halben Tag zusammentritt.³⁷

Schließlich werden die Beschlüsse der Kommission regelmäßig durch das Kollegium der Kommissare und nicht nur durch den Wettbewerbskommissar allein getroffen. Die anderen Kommissare sind in Wettbewerbsfragen nicht nur noch weniger fachkundig. Sie sind – ebenso wie die ihnen unterstellten Kabinette und Direktorate – auch und vor allem für andere Politikbereiche zuständig. Insoweit besteht die Gefahr einer politischen Beeinflussung der Kommissionsbeschlüsse durch andere als wettbewerbliche Interessen, namentlich durch industriepolitische Erwägungen.³⁸ Die Kommissare sind zudem auch Vertreter ihrer Heimatländer, was die Gefahr einer Einflussnahme zugunsten nationaler Interessen mit sich bringt. Nicht zuletzt sind die Kommissare der Einflussnahme durch Lobbyisten ausgesetzt. Während das durch die GD Wettbewerb durchgeführte Kartellverfahren im engeren Sinne vergleichsweise transparent abläuft, finden diese politischen Prozesse hinter verschlossenen

³⁴ Vgl. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 176 f.

³⁵ Vgl. *Schwarze/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, 2008, S. 51 f.; *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 179 f.

³⁶ *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 167.

³⁷ *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 166.

³⁸ S. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 180 f.; *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 201.

Türen statt. Sie werden nicht in der finalen Entscheidung offen gelegt und können daher auch nicht zum Gegenstand von Stellungnahme der Unternehmen oder gerichtlicher Nachprüfungen gemacht werden.³⁹

In der Summe wird die Unparteilichkeit und Objektivität, insbesondere aber eine streng wettbewerbliche Ausrichtung der Kommissionsbeschlüsse durch das derzeitige Verfahren in Frage gestellt. Problematisch erscheinen insbesondere die Intransparenz in Bezug auf politische Einflussnahme und Lobbyarbeit sowie der Umstand, dass die Kommission als Entscheidungsträger nicht unmittelbar die betroffenen Unternehmen anhört, was ein – wenn auch vielleicht nicht verfassungswidriges, so doch gleichwohl nicht unerhebliches – Defizit in Bezug auf die Verfahrensrechte der Beteiligten darstellt.

II. Die Kommission als „Unionsgesetzgeberin“

Die Kommission fungiert nicht nur als „Anklägerin und Richterin in Personalunion“. Sie wird in gewissem Maße zusätzlich auch noch als „Unionsgesetzgeberin“ tätig.

Damit ist nicht in erster Linie die Rolle der Kommission im regulären Gesetzgebungsverfahren gemeint. Auch insoweit ist nicht unproblematisch, dass die Kommission nach Art. 294 AEUV das Initiativmonopol besitzt und somit keine Gesetzesinitiativen unmittelbar aus der Mitte des EU-Parlaments möglich sind.⁴⁰ Ebenfalls nicht gemeint ist die primärrechtlich legitimierte Rolle der Kommission beim Erlass von Verordnungen (etwa Gruppenfreistellungsverordnungen oder Verfahrensverordnungen) aufgrund von Ermächtigungen durch den Rat.

Im Mittelpunkt der Kritik steht vielmehr die informelle „Quasi-Gesetzgebung“ der Kommission in Gestalt von Leitlinien, Mitteilungen und Bekanntmachungen. Dabei handelt

³⁹ Vgl. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, *ZWeR* 2012, 157, 171 f.; *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, *CEPS Special Report*, Nov. 2011, S. 204 ff.

⁴⁰ Dazu auch noch unten E.I.

es sich weder um sekundäres Unionsrecht noch um sonstige Rechtsakte, sondern um eine Art „soft law“.⁴¹ Dieses „soft law“ führt in der Praxis nicht nur zu einer gewissen Selbstbindung der Kommission. Es wird auch von nationalen Behörden und Gerichten oftmals wie verbindliches Recht behandelt,⁴² obgleich dies keineswegs zwingend ist, wie der EuGH jüngst in der Entscheidung *Expedia* hervorgehoben hat.⁴³ Dieser Befund an sich ist noch nicht unbedingt problematisch. Eine gewisse Harmonisierung der Praxis erscheint unter dem Gesichtspunkt der einheitlichen Rechtsanwendung im Binnenmarkt sogar sinnvoll und wünschenswert. Doch bleibt es gleichwohl rechtspolitisch problematisch, dass die Kommission de facto wie eine Unionsgesetzgeberin fungiert, ohne insoweit eine klare Gesetzgebungskompetenz zu besitzen und dass sie auf diese Weise in gewisser Weise selbst das Recht setzt, das sie dann als Exekutivorgan anwendet. Vor allem aber bestehen insoweit jedenfalls in der Praxis immer noch erhebliche Defizite hinsichtlich der gerichtlichen Nachprüfung sowohl in Bezug auf die Leitlinien selbst als auch in Bezug auf darauf basierende Beschlüsse der Kommission. Darauf ist noch später im Zusammenhang mit der Kritik an der gerichtlichen Prüfbarkeit zurückzukommen.⁴⁴

III. Bedenkliche Spielräume der Kommission bei Vergleichsverfahren

Einen rechtspolitisch bedenklichen Bereich bilden drittens die Vergleichsverfahren, die die Kommission im Rahmen des allgemeinen Kartellverfahrens bzw. des Bußgeldverfahrens durchführen kann. Insoweit ist zwischen dem Verpflichtungszusagenverfahren und dem Vergleichsverfahren i.e.S. zu unterscheiden.

1. Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO 1/2003

Auf der einen Seite ermöglicht Art. 9 der VO 1/2003 der Kommission eine Art Vergleichsverfahren, bei welchem die Unternehmen zur Ausräumung wettbewerblicher Bedenken Verpflichtungszusagen an die Kommission richten können. Die Kommission kann

⁴¹ Kritisch etwa *Weiß*, Das Leitlinien(un)wesen der Kommission verletzt den Vertrag von Lissabon, *EuZW* 2010, 257 ff; *Körber*, Die Kommission als Unionsgesetzgeber, *WuW* 2012, 119.

⁴² Dazu etwa *Thomas*, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission *EuR* 2009, 423f f.; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Einl. FKVO Rdnr. 74 ff.

⁴³ EuGH, 13. 12. 2012, Rs. C-226/11, NZKart 2013, 111 – *Expedia*; s. dazu auch Anm. von *Palzer*, *EWS* 2013, 151.

⁴⁴ S. dazu unten B.IV.

diese Zusagen dann, ohne einen Kartellrechtsverstoß abschließend untersucht zu haben und ohne explizit einen Verstoß festzustellen, für verbindlich erklären. Insoweit haben besonders Kommissionsbeschlüsse, die zu einer Entflechtung vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen von ihren Übertragungsnetzen geführt haben, Aufmerksamkeit und Kritik erregt. Die Kommission hatte über längere Zeit erfolglos versucht, im Rahmen der Richtliniengesetzgebung auf dem Gebiet des Energierechts die Möglichkeit zu einer eigentumsrechtlichen Entflechtung zu etablieren.⁴⁵ Letztlich hat sie dieses Ziel dann in den betreffenden Fällen aber doch erreicht, indem sie dazu das Verfahren nach Art. 9 VO 1/2003 instrumentalisierte (manche würden auch sagen: missbrauchte). Unter dem Damoklesschwert eines Missbrauchsverfahrens, an dessen Ende möglicherweise exorbitante Bußgelder stehen würden, gelang es der Kommission, den Unternehmen E.ON, RWE und ENI entsprechende Entflechtungszusagen abzurufen und diese dann nach Art. 9 der VO 1/2003 für verbindlich zu erklären.⁴⁶ Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass in einem Art. 9-Verfahren einerseits keine vollständige Sachverhaltsermittlung erfolgt, andererseits aber die im Rahmen eines Verpflichtungszusagenbeschlusses für verbindlich erklärten Maßnahmen deutlich das Maß überschreiten können, das die Kommission nach Art. 7 VO 1/2003 in einem "streitigen" Verfahren hätte anordnen dürfen.

Dies gilt umso mehr als der EuGH in seiner *Alrosa*-Entscheidung im Jahre 2010 – im Gegensatz zum EuG⁴⁷ – eine umfassende Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von Art. 9-Beschlüssen abgelehnt hat.⁴⁸ Der Kommission ist insoweit im Rahmen des Verpflichtungszusagenverfahrens ein rechtsstaatlich bedenklicher Beurteilungs- und Ermessensspielraum eingeräumt worden.⁴⁹ Dieser Spielraum wird nicht durch die mutmaßliche „Freiwilligkeit“ der Zusagen der Unternehmen kompensiert, denn mit dieser „Freiwilligkeit“ ist es angesichts der massiven Bußgeldandrohungen und der vergleichsweise

⁴⁵ Zur Entwicklung etwa *Däuper* in: Danner/Theobald, Energierecht, 76. EL 2012, Ia B Einf. Rndr. 3 ff.

⁴⁶ KOMM., 26. 11. 2008, COMP/B-1/39.388 und 39.389 – E.On; KOMM., 18. 3. 2009, COMP/39.402 – RWE; KOMM., 29. 9. 2010, COMP/39.315 – ENI. Dazu kritisch etwa *Kühne*, Auf dem Wege zu einem „konsensualen“ Kartellrecht, WuW 2011, 4.

⁴⁷ EuG, 11.7.2007, Rs. T 170/06, Sig. 2007, II-2601 – *Alrosa*; dazu auch (zustimmend) *Körber*, Rechtliches Gehör, Verpflichtungszusagen nach Art. 9 va 112003 und die *Alrosa*-Entscheidung, in: *Weiß*, Die Rechtsstellung Betroffener im EU-Kartellverfahren, 2010, S. 72, 82 ff.

⁴⁸ EuGH, 29. 6. 2010, Rs. C-441/07 P – *Alrosa*.

⁴⁹ S. auch *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 199 f.

schwachen Stellung der Unternehmen im Rahmen der gerichtlichen Nachprüfung⁵⁰ regelmäßig nicht weit her. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das Department of Justice in den USA zwar ebenfalls Kartelluntersuchungen durch einen Vergleich mit den Unternehmen beenden kann. Doch bedarf ein solcher Vergleich in den USA stets der gerichtlichen Bestätigung.⁵¹

2. Vergleichsverfahren nach Art. 10a VO 773/2004

Rechtspolitisch kritisiert wird auch die derzeitige Ausgestaltung der dem „plea bargaining“ nachgebildeten Vergleichsverfahren auf der Basis des Art. 10a der VO 773/2004. Diese erlauben es den Unternehmen, einen Kartellrechtsverstoß einzuräumen und dadurch eine Reduktion der Geldbuße von max. 10 % zu „erkaufen“. Zwar wird die Einführung eines derartigen Verfahrens grds. begrüßt. Kritisiert wird aber der (einseitige) Spielraum der Kommission und die daraus folgende Unsicherheit für die Unternehmen, die nach Tz. 22 der Vergleichsmittelung ihre Vergleichsersuchen nicht einseitig widerrufen können,⁵² während die Kommission sich von der Einleitung (Tz. 5) bis zum Abschluss (Tz. 29) letztlich alle Optionen offen hält.⁵³ In der Literatur ist daraus gefolgert worden, die Kommission sehe sich in einer „Rolle unbeschränkter Kompetenzen und mit unbeschränkter Handlungsfreiheit“, und sie verstoße mit Blick auf den weiten Spielraum, den sie sich selbst durch durch Bußgeld-Leitlinien, Kronzeugen-Mitteilung und zuletzt Vergleichs-Mitteilung einräume, gegen die rechtsstaatlichen Gebote der Bestimmtheit und der Berechenbarkeit des Verwaltungshandelns.⁵⁴ Dabei bedürfe das Vergleichsverfahren ebenso wie das Art. 9-Verfahren eigentlich einer besonders strikten gerichtlichen Kontrolle.⁵⁵

⁵⁰ Dazu unten IV.

⁵¹ Dazu *Hennig*, Settlements im Europäischen Kartellverfahren, 2010, S. 39 ff.

⁵² Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl. 2008 C 167/1.

⁵³ Zum Vergleichsverfahren s. rechtsvergleichend *Hennig*, Settlements im Europäischen Kartellverfahren, 2010, S. 330 ff. sowie *Schwarze/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, 2008, S. 69 ff.

⁵⁴ *Schwarze/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, 2008, S. 73.

⁵⁵ *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 201 und 209.

IV. Defizite bei der gerichtlichen Nachprüfung

Problematisch ist schließlich, wie bereits mehrfach angedeutet, auch die gerichtliche Nachprüfbarkeit und insbesondere die tatsächliche Nachprüfung von Kommissionsbeschlüssen durch den Gerichtshof der Europäischen Union.

In diesem Zusammenhang ist zunächst daran zu erinnern, dass die vollständige gerichtliche Nachprüfbarkeit ein wesentlicher Aspekt für die Annahme einer Vereinbarkeit des Kartellverfahrens mit der EMRK nach Maßgabe der *Menarini*-Entscheidung war. Nach Art. 263 AEUV findet zwar grundsätzlich nur eine Rechtmäßigkeitsprüfung durch den Gerichtshof statt. In Bezug auf Bußgeldentscheidungen kann aber gem. Art. 31 der VO 1/2003 i.V.m. Art. 261 AEUV eine unbegrenzte Ermessensnachprüfung stattfinden. Dieses Verfahren hält im Grundsatz, wie oben beschrieben, selbst nach Maßgabe des Sondervotums von Richter *Pinto de Albuquerque* im *Menarini*-Fall den rechtlichen Anforderungen der EMRK stand. Über jeden Zweifel erhaben ist diese Einschätzung aber nicht. Jedenfalls aber bleibt Raum für rechtspolitische Kritik:

Insoweit ist *erstens* der EuGH-Entscheidung *Otis* zum Trotz zweifelhaft, ob vor dem Gerichtshof wirklich Waffengleichheit zwischen Kommission und Unternehmen besteht, denn die Unternehmen müssen ihre Klage binnen einer vergleichsweise knappen Frist von zwei Monaten vorbringen (Art. 263 Abs. 5 AEUV). Im Verfahren gilt sodann nicht nur die Dispositionsmaxime,⁵⁶ sondern in weiten Teilen auch der Beibringungsgrundsatz („Vom Kläger wird nämlich im Rahmen einer Klage verlangt, dass er die beanstandeten Punkte der angefochtenen Entscheidung bezeichnet, insoweit Rügen formuliert und Beweise oder zumindest ernsthafte Indizien für deren Begründetheit beibringt“⁵⁷).⁵⁸ D.h. es findet keine vollständige Überprüfung des Kommissionsbeschlusses von Amts wegen statt.⁵⁹ Zudem ist der Umfang der Klageschrift auf grds. 50 Seiten begrenzt.⁶⁰ Dem steht, wie bspw. im

⁵⁶ Vgl. Art. 147 f. VerfO-EuGH bzw. Art. 98 f. VerfO-EuG.

⁵⁷ Vgl. etwa EuGH, 8. 12. 2011, Rs. C-386/10 P – Chalkor, Rdnr. 65.

⁵⁸ Vgl. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 184.

⁵⁹ Insoweit kritisch auch *Schwarze/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, 2008, S. 56.

⁶⁰ *Bueren*, EU-Kartellbußgeldverfahren und EMRK: Aktuelle Implikationen aus der Rechtsprechung des EGMR, EWS 2012, 363, 372; s. auch *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU

Microsoft-Verfahren, häufig ein Kommissionsbeschluss von mehreren Hundert Seiten gegenüber.⁶¹ Nicht in der Klageschrift genannte Argumente können i.d.R. auch später nicht mehr in das Verfahren eingebracht werden, sondern sind präkludiert.⁶² Schließlich findet schon heute auch vor Gericht oftmals keine mündliche Anhörung der Parteien mehr statt. Entschieden wird immer öfter nach Aktenlage. Diese Praxis wurde durch die am 1. November 2012 in Kraft getretene neue Verfahrensordnung des EuGH⁶³ im Dienste der Verfahrensbeschleunigung weiter erleichtert.⁶⁴

Problematisch mit Blick auf die gerichtliche Überprüfung ist *zweitens* die lange Gesamt-Verfahrensdauer.⁶⁵ Damit ist nicht nur die Dauer der Gerichtsverfahren gemeint. Relevant ist auch, dass die Gerichte der Europäischen Union die Beschlüsse der Kommission nach Art. 263 AEUV lediglich bestätigen oder aufheben können. Wird ein Beschluss für nichtig erklärt, beginnen Verwaltungsverfahren und ggf. gerichtliche Nachprüfung von Neuem. Dies gilt zwar nicht für Bußgeldbeschlüsse. Diese können nach Art. 31 der VO 1/2003 und Art. 261 AEUV durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt werden, so dass das Verfahren vor Gericht verbindlich abgeschlossen werden kann. Doch stellt sich insoweit das Problem, dass Klagen bei den Gerichten der Europäischen Union nach Art. 278 AEUV keine aufschiebende Wirkung haben. Die Unternehmen müssen daher in aller Regel die Geldbußen zunächst zahlen und erhalten sie bei Klageerfolg oft erst Jahre später ganz oder teilweise zurück. Dies stellt angesichts der immensen Bußgeldhöhe eine massive wirtschaftliche Belastung der Unternehmen dar.⁶⁶

Neben diesen verfahrensmäßigen Problemen räumt die Rechtsprechung der Kommission

bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 183 f. Auch der Umfang der sonstigen Schriftstücke kann nach Art. 58 VerFO EuGH begrenzt werden.

⁶¹ S. KOMM. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft.

⁶² Vgl. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 184 f. und 197.

⁶³ ABIEG 2012 L 265/1.

⁶⁴ Z.B. Art. 54 Abs. 2, 55 Abs. 1 lit. b (Vorlageverfahren) oder Art. 133 ff. (beschleunigtes Verfahren), dazu auch *Berrisch*, Die neue Verfahrensordnung des EuGH – Verfahrensbeschleunigung auf Kosten des Anhörungsrechts, EuZW 2012, 881, 822.

⁶⁵ Vgl. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 174 und 186; *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 210.

⁶⁶ Vgl. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 196 f.

drittens regelmäßig ein sehr weites Ermessen ein. Dies ist bereits im Zusammenhang mit den oben beschriebenen Artikel 9-Verfahren angeklungen. Die Gerichte der Europäischen Union beschränken sich regelmäßig auf die Prüfung offensichtlicher Beurteilungsfehler. Sie behandeln die Kommissionsbeschlüsse mit Blick auf komplexe wirtschaftliche Bewertungen⁶⁷ sowie im Rahmen von Verpflichtungszusagenentscheidungen in Bezug auf deren Verhältnismäßigkeit oftmals ausgesprochen großzügig.⁶⁸ Vor allem aber findet die an sich nach Art. 31 VO 1/2003 mögliche unbeschränkte Ermessensnachprüfung bei Bußgeldern in der Praxis nicht statt. Im Gegenteil: *Einerseits* beschränkt sich das EuG häufig darauf, zu überprüfen, ob die Kommission sich an ihre eigenen Leitlinien gehalten hat.⁶⁹ Andererseits wurden die Leitlinien zumindest in einem Fall – *Erste Group Bank* vom 24. 9. 2009 – sogar vom EuGH als quasi-rechtsverbindlich angesehen.⁷⁰ In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof ohne nähere Begründung eine Entscheidung des EuG an den Bußgeldleitlinien der Kommission gemessen und damit die Kommissionsleitlinien wie einen letztlich sogar für die Unionsgerichte verbindlichen Maßstab behandelt. Das war dann doch zu viel der Ehre.⁷¹

C. Vorkehrungen zur Sicherung der Verfahrensrechte im Kommissionsverfahren

Die Kommission versucht, die beschriebenen Defizite durch eine Reihe von (nachfolgend skizzierten) Vorkehrungen und Sicherungen zur Wahrung der Verfahrensrechte abzumildern.

I. Juristischer Dienst

Erstens erfolgt eine Überprüfung des Beschlusentwurfs durch den Juristischen Dienst. Der Juristische Dienst ist eine Dienststelle der Kommission, die direkt dem Präsidenten der

⁶⁷ Vgl. schon EuGH, 17.11.1987, verb. Rs. C-142 und C-156/84, Slg. 1987, 4487 – BAT und Reynolds, Rdnr. 62.

⁶⁸ S. EuGH, 29. 6. 2010, Rs. C-441/07 P – Alrosa/Kommission; dazu bereits oben B.III.1.

⁶⁹ Dazu umfassend und mit zahlreichen Nachweisen *Nehl*, Kontrolle kartellrechtlicher Sanktionsentscheidungen der Kommission durch die Unionsgerichte, in: Immenga/Körber, Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 2012, S. 113 ff.

⁷⁰ EuGH 24. 9. 2009, verb. Rs. C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P – Erste Group Bank, Rdnr. 143, 174 ff., 192 f.

⁷¹ So bereits *Körber*, Die Kommission als Unionsgesetzgeber, WuW 2012, 119.

Kommission unterstellt ist. Seine Hauptaufgabe ist es, durch rechtliche Stellungnahmen zu den Beschlussentwürfen die juristische Gerichtsfestigkeit der Beschlüsse der Kommission sicherzustellen. Die Stellungnahmen des Juristischen Dienstes werden allerdings nicht veröffentlicht. Sie haben rein internen Charakter und können daher auch nicht in die gerichtliche Nachprüfung einbezogen werden.

II. Chefökonom

Erforderlich ist *zweitens* eine Stellungnahme des Chefökonom. Durch diese soll im Lichte des *more economic approach* eine solide ökonomische Fundierung der Kommissionsbeschlüsse und damit deren ökonomische Gerichtsfestigkeit sichergestellt werden. Die Stellungnahmen des Chefökonom werden ebenfalls nicht veröffentlicht. Sie haben rein internen Charakter.

III. Peer Review Panel

Eine *dritte* Sicherung besteht darin, dass – schon bevor Juristischer Dienst und Chefökonom tätig werden – neben dem Case Team in bestimmten, nicht klar festgelegten Fällen, ein weiteres Team innerhalb der GD Wettbewerb, das aus nicht unmittelbar mit dem Fall befassten Mitarbeitern besteht (ein sog. „peer review panel“), den Beschlussentwurf liest und diskutiert, soweit dies notwendig erscheint.⁷² Dieses peer review panel ist allerdings nicht in die Anhörung eingebunden und muss den Fall auch nicht komplett durcharbeiten. Die Stellungnahmen des peer review panels werden ferner nicht Teil der Kommissionsakte. Sie sind auch den beteiligten Unternehmen nicht zugänglich. Das peer review panel hat also nur eine rein interne, beratende Funktion.

IV. Beratender Ausschuss

Eine *vierte* Sicherung bilden die Stellungnahmen des nach Art. 14 der VO 1/2003 vor dem

⁷² Vgl. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 168 f.

Ergehen der meisten Beschlüssen anzuhörenden Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen. Die Anhörung des Beratenden Ausschusses wahrt die Interessen der Mitgliedstaaten sowie das allgemeine Interesse an einer einheitlichen Anwendung des Kartellrechts im Binnenmarkt. Sie dient aber – zumindest mittelbar – auch den Interessen der Unternehmen, da die Kommission ihre Position vor dem Beratenden Ausschuss rechtfertigen muss. Die Stellungnahmen des Beratenden Ausschusses werden im Gegensatz zu derjenigen des peer review panels regelmäßig veröffentlicht. Sie sind allerdings regelmäßig eher knapp und formell gehalten und zudem rechtlich unverbindlich.

V. Anhörungsbeauftragter

Fünftens und vor allem wachen die Anhörungsbeauftragten der Kommission über die Wahrung der Verfahrensrechte der Beteiligten. Das Amt des Anhörungsbeauftragten wurde 1982 eingeführt, um die Ausgewogenheit und Objektivität des Kartellverfahrens zu verbessern. Die Rolle der Anhörungsbeauftragten wurde mehrfach, zuletzt im Jahre 2011, ausgebaut. Gesetzliche Grundlage ist Art. 14 Abs. 1 VO 773/2004. Diese Rechtsgrundlage wird durch einen Beschluss des Präsidenten der Europäischen Kommission über Funktion und Mandat des Anhörungsbeauftragten weiter ausdifferenziert. Bei den Anhörungsbeauftragten handelt es sich um direkt dem Direktor der GD Wettbewerb unterstellte hohe Beamte im Range eines Referatsleiters oder Direktors. Sie stehen insoweit neben den anderen Beamten der GD Wettbewerb, was ihre Unabhängigkeit sichern soll.⁷³

Nach Art. 4 des Mandats hat der Anhörungsbeauftragte die Aufgabe, in der Untersuchungsphase die effektive Wahrung der Verfahrensrechte der Beteiligten zu gewährleisten. Nach Art. 5 des Mandats entscheidet er nach Rücksprache mit dem zuständigen Direktor auch über die Anhörung von Dritten. Gleichmaßen sind Anträge auf Akteneinsicht und Zugang zu den Unterlagen und Informationen seitens der Beteiligten, der Beschwerdeführer und der betroffenen Dritten am Anhörungsbeauftragten zu stellen, der nach Art. 8 des Mandats auch über den Geheimnisschutz wacht. Nach Art. 10 ff. des Mandats organisiert er die in der VO 1/2003 und VO 139/2004 vorgesehenen Anhörungen und führt

⁷³ Vgl. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, *ZWeR* 2012, 157, 169 f.

auch die mündliche Anhörung durch. Der Anhörungsbeauftragte legt einen Zwischenbericht und schließlich einen Abschlussbericht über die Anhörung und über seine Schlussfolgerungen zur Wahrung der Verfahrensrechte vor. Dieser Abschlussbericht wird vor Anhörung des Beratenden Ausschusses erstellt und diesem vorgelegt. Die Kommission erhält den Abschlussbericht des Anhörungsbeauftragten zusammen mit dem Beschlussentwurf der GD Wettbewerb. Der Abschlussbericht des Anhörungsbeauftragten wird nach Art. 17 des Mandats zusammen mit dem Beschluss der Kommission im Amtsblatt veröffentlicht.

Aufgabe der Anhörungsbeauftragten ist mithin die Sicherung der Verfahrensrechte der Beteiligten. Deren Einhaltung wird in einem veröffentlichten Abschlussbericht bestätigt. Die Anhörungsbeauftragten können sich auch zu anderen rechtlichen oder tatsächlichen Aspekten des Falles äußern. Doch sind diese Äußerungen zur Sache (etwa eine Stellungnahme zur Beweiswürdigung durch die Kommission oder zur Verhältnismäßigkeit von Entscheidungen) nicht Gegenstand des Abschlussberichts. Sie sind daher auch weder für die beteiligten Unternehmen noch in einem späteren Gerichtsverfahren verfügbar.⁷⁴ Zudem können die Anhörungsbeauftragten ihre Funktion nur im Kartellverfahren i.e.S. wahrnehmen. Die oben kritisierte, besonders problematische politische Einflussnahme auf das Kollegium der Kommissare vor der endgültigen Beschlussfassung ist einer Kontrolle durch die Anhörungsbeauftragten entzogen.

VI. Europäischer Bürgerbeauftragter

Der Vollständigkeit halber sei *sechstens* der Europäische Bürgerbeauftragte (Ombudsmann) genannt. Der Europäische Bürgerbeauftragte wird nicht routinemäßig in Verfahren eingeschaltet, sondern nur dann, wenn sich ein Bürger bzw. Unternehmen beschwert. Er kann in diesem Fall zusätzlich zum Anhörungsbeauftragten zum Schutz der Verfahrensrechte der Unternehmen tätig werden.⁷⁵ Der Bürgerbeauftragte besitzt allerdings keine besondere wettbewerbsrechtliche Sachkunde. Er wird nicht nur in Wettbewerbssachen, sondern auch in anderen Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Organen und

⁷⁴ *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 197 und 199 f.

⁷⁵ Zu diesbezüglichen Kompetenzüberschreitungen s. *Bueren*, Reform des Mandats des Anhörungsbeauftragten in Wettbewerbsverfahren – Kleiner Schritt oder großer Wurf, WuW 2012, 684, 698.

Einrichtungen der Europäischen Union tätig. Seine Funktion ist, ähnlich der des Anhörungsbeauftragten, rein prozeduraler Natur. Stellungnahmen in der Sache gibt der Europäische Bürgerbeauftragte ebenfalls nicht ab.⁷⁶

D. Maßnahmenpaket der Kommission

I. Überblick

Im Folgenden möchte ich den Blick noch einmal etwas genauer auf die von der Kommission Ende 2011 vorgenommenen Reformen werfen und dabei der Frage nachgehen, welchen Defiziten dadurch abgeholfen wurde – und welchen nicht. Die Kommission hat ein Maßnahmenpaket erlassen, das aus einer neuen Best Practices-Bekanntmachung mit Blick auf das Verfahren nach Art. 101 und 102 AEUV,⁷⁷ einem neuen Beschluss über das Mandat des Anhörungsbeauftragten⁷⁸ und Best Practices über die Einreichung wirtschaftlichen Beweismaterials⁷⁹ besteht. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch die Veröffentlichung des Manual of Procedures vom März 2012,⁸⁰ das zwar explizit ein lediglich internes Dokument ohne rechtliche Außenwirkung darstellt, aber gleichwohl die Verfahrensabläufe innerhalb der Kommission für die Unternehmen transparenter machen soll. Im Mittelpunkt der nachfolgenden Betrachtungen stehen die neuen Best Practices und das neue Mandat des Anhörungsbeauftragten, die beide am 20. 10. 2011 im Amtsblatt veröffentlicht worden sind.

II. Neue Best Practices

Ziel der neuen Best Practices 2011 war es, die Informationen der Unternehmen über den Verfahrensstand sowie die Zusammenarbeit der Unternehmen mit der Kommission während des laufenden Verfahrens zu verbessern.⁸¹ Zu diesem Zweck wurden die aus der Fusionskontrolle bekannten, verfahrensbegleitenden, informellen Treffen zum

⁷⁶ Für ein Beispiel s. *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 200 Fn. 5.

⁷⁷ ABl. 2011 C 308/6.

⁷⁸ ABl. 2011 L 275/29.

⁷⁹

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf.

⁸⁰ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf.

⁸¹ Dazu auch aus der Sicht der Praxis *Soltész*, „Best Practices“ der Kommission zum Kartellrecht – Noch kein Quantensprung, EuZW 2010, 81.

Verfahrensstand (state of play-meetings) auf Kartellsachen ausgeweitet. In diese Treffen können unter bestimmten Umständen auch die Beschwerdeführer einbezogen werden (Tz. 60 f.). In der Mitteilung der Beschwerdepunkte werden die Parteien nunmehr über die wichtigsten Parameter für die Verhängung einer eventuellen Geldbuße informiert (Tz. 84 ff.). Die Möglichkeiten von Beschwerdeführern und Dritten, Zugang zu den wesentlichen Unterlagen, etwa Wirtschaftsstudien, schon vor Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erhalten, wurden ausgeweitet. Diese haben dadurch die Möglichkeit, sich schon vor Formulierung der Beschwerdepunkte dazu zu äußern (Tz. 103 ff.). Schließlich werden Beschlüsse über die Abweisung von Beschwerden in Zusammenfassung und ggf. sogar vollständig veröffentlicht (Tz. 150). Kern der neuen Best Practices ist damit eine Verbesserung der Transparenz des Kommissionsverfahrens.

III. Neuer Beschluss über das Mandat des Anhörungsbeauftragten

Der neue Beschluss über das Mandat des Anhörungsbeauftragten soll dessen Rolle weiter ausbauen und damit die Verfahrensrechte der Beteiligten stärken.⁸² In diesem Zusammenhang wird insbesondere in den neuen Art. 4 und 14 die Rolle des Anhörungsbeauftragten in der Untersuchungsphase ausgebaut. Im Einzelnen wird dem Anhörungsbeauftragten in Art. 4 Abs. 2 lit. a nunmehr explizit auch die Aufgabe zugewiesen, Entscheidungen im Zusammenhang mit dem legal professional privilege (Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant) zu treffen. Nach lit. b können die Adressaten eines Auskunftsverlangens den Anhörungsbeauftragten anrufen, wenn ihrer Auffassung nach eine Selbstbelastung droht und damit möglicherweise der nemo tenetur-Grundsatz verletzt werden könnte. Der Anhörungsbeauftragte kann nach lit. c angerufen werden, wenn die Parteien der Ansicht sind, dass die ihnen gesetzten Anhörungsfristen zu kurz sind und ist in diesem Falle befugt, die Fristen zu verlängern. Schließlich kann nach lit. d der Anhörungsbeauftragte eingeschaltet werden, wenn betroffene Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen der Auffassung sind, dass sie von der GD Wettbewerb nicht ordnungsgemäß über ihre Stellung in den betreffenden Verfahren unterrichtet worden sind. Auch dies kann der Anhörungsbeauftragte durch einen entsprechenden Beschluss sicherstellen. In Art. 15 wird zudem klargestellt, dass sich die Beteiligten auch in Verpflichtungszusagenverfahren nach Art. 9 an den Anhörungsbeauftragten wenden können.

⁸² Dazu auch ausführlich *Bueren*, Reform des Mandats des Anhörungsbeauftragten in Wettbewerbsverfahren – Kleiner Schritt oder großer Wurf, WuW 2012, 684 ff.

IV. Zwischenbefund

In der Summe lässt sich festhalten, dass die Kommission in den vergangenen Jahren verschiedene Vorkehrungen getroffen und ausgebaut hat, um eine Wahrung der Verfahrensrechte der Unternehmen in bestimmten Phasen sicherzustellen. Das ist anerkennenswert. Doch verbleiben nicht unerhebliche Defizite. Insbesondere können die zahlreichen Schutzvorkehrungen nichts daran ändern,

1. dass die Kommission eine Doppelrolle als Anklägerin und RichterIn wahrnimmt, indem sie über Kartellrechtsverstöße und Bußgelder selbst entscheidet und – wie der Fall *Otis* zeigt – ggf. selbst die Maßstäbe setzt, an die nationale Zivilgerichte nach Art. 16 der VO 1/2003 auch dann gebunden sind, wenn die Kommission selbst vor ihnen als Klägerin Schadensersatzansprüche der EU geltend macht,
2. dass Transparenzdefizite insbesondere in Bezug auf die Kollegialentscheidung durch die Kommissare bestehen, namentlich mit Blick auf politische Einflüsse, nationale Interessen und Lobbying,
3. dass nicht hinreichend sichergestellt ist, dass die Kommission als (auch) politisches Organ nur nach rein wettbewerblichen Maßstäben entscheidet, zumal sie Verpflichtungszusagenverfahren nach Art. 9 VO 1/2003 – wie die „Entflechtungsverfahren“ gegenüber E.ON, RWE und ENI zeigen – nutzen kann, um letztlich politische Ziele durchzusetzen, obwohl sie auf den betreffenden Gebieten (etwa Energierecht oder Patentrecht) eigentlich keine eigene Rechtsdurchsetzungskompetenz gegenüber den Unternehmen besitzt und ohne dass solche Art. 9-Entscheidungen einer gerichtlichen Kontrolle in der Sache unterlägen, die diesen Namen verdient,
4. dass nach wie vor keine Anhörung durch die Kommission selbst (als letztlich zuständige Entscheidungsträgerin) erfolgt und dass die Parteien keine Möglichkeit haben, ihre Position in Bezug auf informell berücksichtigte – etwa industriepolitische oder nationale Interessen – zu Gehör zu bringen,
5. dass die Stellungnahmen des Juristischen Dienstes, des ChefökonomIn und ggf. des peer review panels rein internen Charakter haben. Sie sind für die Unternehmen nicht zugänglich und können daher auch nicht zum Gegenstand gerichtlicher Nachprüfungen gemacht werden,
6. dass auch die Stellungnahmen des Anhörungsbeauftragten nur veröffentlicht werden, soweit sie die Verfahrensrechte betreffen. Die beschriebenen Vorkehrungen in Best Practices wie Mandat dienen allein der formellen Absicherung der Verfahrensrechte. Trotz der gestärkten bzw. in größerer Detailtreue beschriebenen Aufgabenzuweisung bleibt auch die Rolle des Anhörungsbeauftragten auf die Überwachung der Verfahrensrechte beschränkt. Eventuelle Stellungnahmen zur Beweisbewertung oder Verhältnismäßigkeit der Entscheidung werden nicht publik gemacht,
7. dass der Anhörungsbeauftragte zwar formell von den anderen Beamten der GD Wettbewerb unabhängig ist, dass aber erstens sein Kabinett aus Beamten der GD Wettbewerb besteht und er zweitens die meisten Entscheidungen mit dem Direktor der GD Wettbewerb absprechen muss; auch eine Befangenheitsregel gibt es nach Art. 2 Abs. 4 des Mandats des Anhörungsbeauftragten nur in Bezug auf diesen selbst, nicht aber auf seinen Stab,
8. dass all diese zur Sicherung der Verfahrensrechte eingesetzten Personen, einschließlich der Anhörungsbeauftragten, letztlich Beamte der hierarchisch organisierten Kommission sind und eigene Karriereinteressen verfolgen, die ggf. allzu kritischen Stellungnahmen entgegenstehen,
9. dass die stetig angewachsene Zahl der an der Entscheidungsfindung beteiligten Personen einen durchaus ambivalenten Charakter hat, weil dadurch die Gefahr

intransparenter und wettbewerbsfremder politischer Einflussnahme durch Lobbyisten und Mitgliedstaaten möglicherweise nicht reduziert, sondern sogar erhöht wird,⁸³

10. dass in Bezug auf die neuen Best Practices ebenso wie hinsichtlich des neuen Mandats des Anhörungsbeauftragten von Kartellanwälten konstatiert wird, dass die meisten „Neuerungen“ de facto bereits vorher praktiziert und durch die neue schriftliche Fixierung lediglich formell festgehalten worden sind,⁸⁴
11. dass auch vor Gericht, wie oben beschrieben, keine wirkliche „Waffengleichheit“ zwischen Unternehmen und Kommission besteht, und schließlich
12. dass auch die lange Verfahrensdauer und die teilweise geringe Kontrolldichte bei der gerichtlichen Nachprüfung nicht unproblematisch erscheinen.

In der Summe sind die Bemühungen um eine Schaffung größerer Transparenz und um den besseren Schutz der Verfahrensrechte durch die neuen Best Practices und das neue Mandat des Anhörungsbeauftragten ein Schritt in die richtige Richtung. Entscheidende Neuerungen oder eine nachhaltige Entkräftung der oben vorgetragenen rechtspolitischen Kritikpunkte sind dadurch aber nicht eingetreten.

E. Reformansätze

Dieser Befund wirft die Frage auf, welche punktuellen oder auch grundsätzlichen Reformschritte aus rechtspolitischer Sicht sinnvoll erscheinen bzw. zumindest überdacht werden sollten.

I. Initiativmonopol der Kommission als praktische Hürde

Diesbezüglichen Überlegungen ist realistischer Weise vorzuschicken, dass jede tiefgreifende Reform eine Initiative der Kommission voraussetzt, weil diese nach Art. 294 AEUV ein Initiativmonopol besitzt. Gesetzgebungsinitiativen aus der Mitte des Parlaments sind in der EU nicht möglich. Die Kommission aber sieht sich hinsichtlich der Wahrung der Verfahrensgrundrechte mit Blick auf die *Menarini*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und auf die Entscheidungen *KME*, *Chalkor* und *Otis* des EuGH auf der sicheren Seite. Dass sie die Initiative ergreifen und Maßnahmen vorschlagen könnte, die letztlich zu einer Begrenzung ihrer Kompetenzen führen, dürfte vor diesem Hintergrund ein frommer Wunsch bleiben. Hinzu kommt, dass jeder Ansatz, der darauf

⁸³ Vgl. *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 201 Nr. 10.

⁸⁴ Vgl. *Soltész*, „Best Practices“ der Kommission zum Kartellrecht – Noch kein Quantensprung, EuZW 210, 81.

gerichtet ist, die relevanten Entscheidungen auf andere Stellen als die Kommission oder den Gerichtshof zu verlagern, wohl auch eine Änderung der primärrechtlichen Kompetenznorm des Art. 103 AEUV voraussetzen würde.⁸⁵ Diese pragmatischen Erwägungen schließen es aber natürlich nicht aus, sich Gedanken über mögliche Verbesserungen zu machen. Einige Ansätze für punktuelle Verbesserungen wären ggf. sogar ohne eine Gesetzesänderung umsetzbar.

II. Ansätze für punktuelle Verbesserungen

1. Kommissionsverfahren

Zwei Probleme des derzeitigen Verfahrens liegen darin, dass einerseits ein- und dieselben Personen innerhalb der GD Wettbewerb die Beschwerdepunkte und den Beschlussentwurf formulieren, und dass andererseits gerade nicht ein- und dieselben Personen die Unternehmen anhören und den verfahrensabschließenden Beschluss erlassen, weil die Anhörung durch die GD Wettbewerb und die Beschlussfassung durch das Kollegium der Kommissare erfolgt. Insoweit könnte man – statt wie bisher nur eine peer review zu ermöglichen – an eine formelle Trennung der für die Beschwerdepunkte und für den Beschlussentwurf zuständigen Teams denken.⁸⁶

Vorbild für eine noch weiter reichende Trennung der Zuständigkeiten innerhalb der Kommission könnte das Verfahren der US-amerikanischen Federal Trade Commission (FTC) sein: Dort führt zunächst ein Case Team die Untersuchungen durch und formuliert eine Beschwerde (complaint). Die abschließende Entscheidung trifft dann aber ein zwar zur FTC gehörender, aber vom Case Team unabhängiger Administrative Law Judge (ALJ) in einem gerichtsähnlichen Verfahren.⁸⁷

⁸⁵ Vgl. *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 216.

⁸⁶ Vgl. *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 215.

⁸⁷ Dazu *Hennig*, Settlements im Europäischen Kartellverfahren, 2010, S. 90 ff.

Möschel hat in Bezug auf das Bußgeldverfahren einen ähnlichen, am französischen Verfahren orientierten Vorschlag gemacht: Auch das französische Verfahren habe ursprünglich eine Identität von Ermittler und Entscheider gekannt. Dies sei allerdings durch die französische Rechtsprechung⁸⁸ als Verstoß gegen Art. 6 EMKR gewertet worden. Daraufhin habe man das Verfahren dahingehend reformiert, dass Bußgeldentscheidungen zwar nach wie vor von der Wettbewerbsbehörde (Autorité de la Concurrence) getroffen würden. Doch finde intern eine verfahrensmäßige Trennung statt: Die Untersuchungen würden vom unabhängigen, wengleich zur Behörde gehörenden Service d'instruction getroffen. Die eigentliche Bußgeldentscheidung treffe demgegenüber – regelmäßig nach vorausgehender Anhörung – das aus insgesamt 17 Mitgliedern bestehende Collège.⁸⁹

Auf den ersten Blick liegt es nahe, eine solche Zweistufigkeit schon im geltenden EU-Kartellrecht darin zu sehen, dass die GD Wettbewerb den Beschluss vorbereitet und die Kommission als Kollegialorgan diesen dann formell erlässt. Doch würde eine solche Einschätzung fehlgehen, weil die Kommission als solche weder notwendig über eine besondere wettbewerbsrechtliche Fachkompetenz verfügt, noch die Sach- und Rechtslage aus erster Hand selbst bewertet oder auch nur die Unternehmen selbst anhört.

Anstelle oder neben einer solchen verfahrensmäßigen Trennung könnte in Bezug auf die Rolle des Anhörungsbeauftragten überlegt werden, diesen stärker als bisher nicht nur intern, sondern auch nach Außen in die Bewertung inhaltlicher Fragen einzubeziehen. Insbesondere wäre insoweit an Stellungnahmen zur hinreichenden Würdigung der zur Verteidigung vorgebrachten Beweismittel durch die Kommission sowie in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit von Verpflichtungszusagenentscheidungen zu denken.⁹⁰ Zwar würde eine Verpflichtung zur Stellungnahme des Anhörungsbeauftragten zur Sache diesen vermutlich überlasten, doch wäre zumindest die Möglichkeit einer solchen Stellungnahme und ihrer Einbeziehung in den Abschlussbericht erwägenswert.

⁸⁸ Chambre Commerciale der Cour de Cassation, Entscheidung vom 5. 10. 1999, J.C.P. 2000, II, 12255.

⁸⁹ Dazu *Möschel*, Geldbußen im europäischen Kartellrecht, DB 2010, 2377, 2380 f.

⁹⁰ Vgl. auch *Bueren*, Reform des Mandats des Anhörungsbeauftragten in Wettbewerbsverfahren – Kleiner Schritt oder großer Wurf, WuW 2012, 684, 697 zu Überlegungen, den Anhörungsbeauftragten zu einer Art administrative law judge aufzuwerten.

2. Gerichtliche Nachprüfung

Mit Blick auf die gerichtliche Nachprüfung liegen die Probleme nicht so sehr in unzureichenden rechtlichen Grundlagen als vielmehr in der unzureichenden⁹¹ bzw. jedenfalls unkalkulierbaren und von Fall zu Fall schwankenden Praxis.⁹² Dies gilt namentlich für die bisher geringe Kontrolldichte gerichtlicher Überprüfungen, insbesondere mit Blick auf die Bemessung von Bußgeldern. Insoweit hat der EuGH zwar in *KME*, *Chalkor* und *Otis* betont, dass der Beurteilungsspielraum der Kommission in Bezug auf komplexe wirtschaftliche Aspekte nicht bedeute, dass der Richter die Auslegung von Wirtschaftsdaten unterlassen müsse. Der Richter müsse vielmehr nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellten, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen.⁹³ Dieser Befund ist freilich – wie auch die vom EuGH in *KME* zitierten Entscheidungen von 2005⁹⁴ und 2007⁹⁵ zeigen – nicht wirklich neu.

Dass daraus eine tatsächliche und nachhaltige Änderung der Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Kommissionsentscheidungen resultieren könnte, erscheint deshalb höchst zweifelhaft. Das belegen z.B. auch die Schwankungen der Kontrolldichte in Bezug auf Fusionskontrollentscheidungen. So kam es bspw. im Jahre 2002 zu einer deutlichen Erhöhung der Kontrolldichte seitens der Kommission und zur Aufhebung einiger Kommissionsentscheidungen, etwa in den (später vom EuGH aufgehobenen) EuG-

⁹¹ Dazu auch *Soltész*, Due Process, Gesetzesvorbehalt und richterliche Kontrolle im Europäischen Kartellverfahren, WuW 2012, 141, 145 ff.; *ders.*, Richterliche Kontrolle im Europäischen Kartellbußgeldverfahren – Die Vernehmung von (Kron-)Zeugen nach Lissabon, NZKart 2013, 53, insbes. 57 ff.; *Forrester*, A Challenge for Europe's Judges: The Review of Fines in Competition Cases, (2011) 36 E.L.Rev., 185 ff.; *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 190 ff.; *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 212.

⁹² Dazu eingehend *Nehl*, Kontrolle kartellrechtlicher Sanktionsentscheidungen der Kommission durch die Unionsgerichte, in: Immenga/Körber, Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 2012, S. 113 ff.

⁹³ EuGH 8. 12. 2011, Rs. C 272/09 P – *KME*, Rdnr. 94; EuGH, 8. 12. 2011, Rs. C-386/10 P – *Chalkor*, Rdnr. 54; EuGH 6. 11. 2012, Rs. C-199/11 – *Otis*, Rdnr. 59 (wörtlich wiedergegeben bei Fn. 19).

⁹⁴ EuGH 15. 2. 2005, Rs. C-12/03 P, Slg. 2005, I-987 – *Tetra Laval*, Rdnr. 39.

⁹⁵ EuGH 22. 11. 2007, Rs. C-525/04 P, Slg. 2007, I-9947 – *Spanien/Lenzing*, Rdnr. 56 und 57.

Entscheidungen *Schneider Electric* und *Tetra Laval*.⁹⁶ Schon 2003 betonte das EuG demgegenüber in der Entscheidung *Petrolessence* wieder stärker das der Kommission zustehende Ermessen.⁹⁷ In seiner Entscheidung zum *Tetra Laval-Fall* unterstrich der EuGH dann 2005 zwar ähnlich wie in den Entscheidungen *Chalkor* und *KME* die Befugnis der Gemeinschaftsgerichte, eine Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission zu kontrollieren.⁹⁸ Der Gerichtshof betonte aber in dieser und anderen Entscheidungen, etwa der *Impala*-Entscheidung aus dem Jahre 2008, auch, das Gericht dürfe nicht seine eigene wirtschaftliche Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission setzen.⁹⁹ Zudem bestehen bedenkliche Spielräume der Kommission in Bezug auf Bußgeldbemessung und Verpflichtungszusagen, wie die bereits zitierten Entscheidungen *Erste Group Bank* aus dem Jahre 2009¹⁰⁰ und *Alrosa* aus dem Jahre 2010¹⁰¹ deutlich machen.

Problematisch mit Blick auf die gerichtliche Überprüfung ist nach wie vor auch die lange Verfahrensdauer. Sie führt in der Praxis – insbesondere bei Bußgeldentscheidungen – zu erheblichen Belastungen der Unternehmen. Insoweit könnte über die Möglichkeit einer Stundung der Geldbußen durch die Kommission bis zu einer abschließenden gerichtlichen Entscheidung nachgedacht werden. Alternativ könnte der Gerichtshof die schon jetzt bestehende Möglichkeit einer Aussetzung der Durchführung der Bußgeldentscheidung nach Art. 278 S. 2 AEUV großzügiger handhaben.¹⁰²

III. Grundsätzliche Reformansätze

Neben derartigen punktuellen Verbesserungen könnte man de lege ferenda auch an eine grundsätzliche Reform des EU-Kartellverfahrens denken. Insoweit werden zwei Modelle schon seit geraumer Zeit in der Literatur diskutiert: Die Schaffung einer von der Kommission getrennten Europäischen Kartellbehörde und eine Verlagerung von Kompetenzen (insbesondere im Vergleichs- und Bußgeldverfahren) auf die Rechtsprechung.

⁹⁶ EuG 22. 10. 2002, Rs. T-310/01, Slg. 2002, II-4071 - *Schneider Electric*; EuG 25. 10. 2002, Rs. T-5/02, Slg. 2002, II-4381 - *Tetra Laval*.

⁹⁷ EuG 3. 4. 2003, Rs. T-342/00, Slg. 2003, II-1161 - *Petrolessence*, Rdnr. 101.

⁹⁸ EuGH 15. 2. 2005, Rs. C-12/03 P, Slg. 2005, I-987 - *Tetra Laval*, Rdnr. 43.

⁹⁹ EuGH 10. 7. 2008, Rs. C-413/06 P, Slg. 2008, I-4951 - *Bertelsmann und Sony/Impala*, Rdnr. 45 ff.

¹⁰⁰ EuGH 24. 9. 2009, verb. Rs. C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P - *Erste Group Bank*, Rdnr. 143, 174 ff., 192 f.

¹⁰¹ EuGH, 29. 6. 2010, Rs. C-441/07 P - *Alrosa*.

¹⁰² S. de Bronett, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 196 f.

1. Schaffung einer Europäischen Kartellbehörde

Als eine Möglichkeit grundsätzlicher Umgestaltung des Kartellverfahrens wird seit geraumer Zeit, insbesondere von deutschen Autoren, eine Anpassung des europäischen Verfahrens an das in Deutschland in der Fusionskontrolle (und früher auch in Bezug auf das Kartellverbot) praktizierte Verfahren angeregt. Denkbar wäre insoweit die Einrichtung einer europäischen Kartellbehörde.¹⁰³ Das eigentliche Kartellverfahren würde in der *ersten Stufe* auf eine rein wettbewerbliche Entscheidung zielen. Die Anhörung der Parteien würde durch die Behörde erfolgen, die auch die abschließende wettbewerbliche Bewertung vornimmt und den insoweit verbindlichen Beschluss erlässt. Als *zweite Stufe* könnte sich an dieses Verfahren ein Beschluss der Kommission als Kollegialorgan anschließen. Diese würde – nach dem Muster der deutschen Ministererlaubnis – offen als politische Behörde entscheiden und könnte die rein wettbewerbliche Entscheidung der Kartellbehörde ggf. aus überwiegenden anderen politischen Gründen revidieren. Diese politischen Gründe und ihr Vorrang gegenüber dem Schutz des Wettbewerbs müssten – anders als heute – offen gelegt und auch zum Gegenstand einer Anhörung der Parteien gemacht werden. Es ist offensichtlich, dass ein solches Verfahren Transparenz und Verfahrensrechte weit besser schützen würde als das heutige Verfahren. Zugleich würde der Gefahr einer Politisierung bzw. Beeinflussung durch Lobbying und nationale Interessen wirksamer entgegenwirken. Trotzdem – vielleicht sogar gerade deshalb – dürfte eine solche Reform auch in Zukunft wohl kaum Aussicht auf eine Realisierung haben.

2. Etablierung einer originären gerichtlichen Entscheidungszuständigkeit

Eine noch stärkere verfahrensmäßige Trennung könnte erreicht werden, wenn man – ähnlich wie in den USA in Bezug auf das Kartellverfahren des Department of Justice – der Kartellbehörde lediglich Ermittlungsbefugnisse einräumen und die eigentliche Entscheidung

¹⁰³ Dazu z.B. *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 219 ff., der alternativ auch eine stärkere Aufgabenzuweisung an den Wettbewerbskommissar erwägt (ebenda., S. 211).

dem EuG übertragen würde.¹⁰⁴ Dies mag für das normale Artikel 7-Kartellverfahren übertrieben erscheinen. Jedenfalls für zwei Bereiche erscheint eine solche Reorganisation aber erwägenswert: *Einerseits* könnten durch eine gerichtliche Bestätigung die oben in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit von Verpflichtungszusagen bzw. Vergleichen bestehenden Bedenken ausgeräumt werden. *Andererseits* und vor allem erscheint eine solche Trennung für das Kartellbußgeldverfahren erwägenswert. Eine Trennung zwischen der Kommission als Anklagebehörde und dem Gerichtshof der Europäischen Union in Gestalt des Gerichts als gesetzlicher Richter¹⁰⁵ würde den verfahrensgrundrechtlichen Anforderungen des Art. 6 EMRK und des Art. 47 der Grundrechtecharta (noch) besser entsprechen als der derzeitige Zustand. Es ist zudem offensichtlich, dass ein solches Verfahren dem Gebot der Waffengleichheit besser gerecht würde als das bisherige Verfahren, weil dadurch eine wirklich unabhängige Entscheidungsfindung ermöglicht würde. Die Kommission könnte wie bisher den Sachverhalt ermitteln und einen Vorschlag für die Bemessung der Kartellbuße machen. Die Parteien könnten sodann vor dem Gericht ihre Gegenposition vorbringen. Das Gericht würde eine abschließende Entscheidung über das Kartellbußgeld treffen. Eine maßgebliche Verlängerung des Verfahrens wäre vermutlich nicht zu besorgen, weil auch heute sehr viele Bußgeldentscheidungen angefochten werden.¹⁰⁶ Eine solche Kompetenzverlagerung wäre zudem möglicherweise sogar ohne eine Änderung des Primärrechts möglich, weil Art. 103 und 256 AEUV hierfür den nötigen Spielraum lassen dürften.¹⁰⁷ Freilich bliebe es bei der Notwendigkeit einer Änderung der VO 1/2003 und der Satzung des EuGH. Eine Aussicht auf eine Realisierung dürfte daher auch dieser grundsätzliche Reformansatz kurz- oder mittelfristig kaum haben.

¹⁰⁴ Vgl. *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 221 ff.

¹⁰⁵ Vgl. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 205 ff.; dazu auch *Schwarze/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, 2008, S. 75 f. In der Tendenz eher entgegengesetzt (mit Überlegungen zur Gestaltung des deutschen Bußgeldverfahrens als Verwaltungsverfahren nach europäischem Vorbild) BKartA (Fn.26), S. 28.

¹⁰⁶ Vgl. *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 208; in diesem Sinne auch *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 221 f.

¹⁰⁷ Vgl. *Schwarze/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, 2008, S. 76 f.; *Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 221.

F. Fazit

Dass der Schlussakkord zu den grundsätzlichen Reformüberlegungen bei realistischer Betrachtung eher in Moll gehalten ist, ist natürlich kein Grund, auf eine rechtspolitische Kritik zu verzichten. Im Gegenteil gilt auch und erst recht in diesem Fall, dass (nur) der stete Tropfen den Stein höhlt.¹⁰⁸ Fortwährende graduelle Verbesserungen – wie zuletzt durch das Maßnahmenpaket 2011 – zeigen, dass auch die Kommission für dieses leise Pochen durchaus ein offenes Ohr hat – und dass ein Verfahren von den Gerichten als (schon) mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar bewertet wird, schließt es natürlich nicht aus, es noch rechtsstaatlicher und damit besser zu machen.

¹⁰⁸ So schon trefflich *de Bronett*, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, 157, 213.

**Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der
Universität Bonn**

Center for European Economic Law, University of Bonn
Centre de droit Economique Européen de l'Université de Bonn

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Jens Koch
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftenreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, European Private Law, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, Die Dienstleistungsrichtlinie, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007
- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007

- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010
- Nr. 179 Fabian Amttenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010

- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011
- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012
- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012
- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa – Die Initiativen der Kommission, 2012

- Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit, 2012
- Nr. 195 Christian Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union ?, 2012
- Nr. 196 Nils Jansen, Revision des Verbraucher-acquis ?, 2012
- Nr. 197 Norbert Herzig, Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuerbemessungsgrundlage (GKKB), 2012
- Nr. 198 Marc-Philippe Weller - Dieter Leuring, Sitzverlegungen in Europa: rechtliche und praktische Probleme, 2012
- Nr. 199 Udo di Fabio, Grenzen der Rechtsfortbildung, 2012
- Nr. 200 Sammelband: 22.Europa-Symposium - Zwanzig Jahre Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht
- Nr. 201 Roberth Rebhahn, Entwicklung im Arbeitsrecht der EU, 2012
- Nr. 202 Peter-Christian Müller-Graff, Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte im Recht der Europäischen Union
- Nr. 203 Walter Bayer, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht