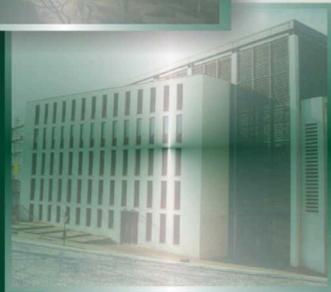




Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg



Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von:
Prof. Dr. Christian Tietje
Prof. Dr. Gerhard Kraft
Prof. Dr. Rolf Sethe

Frank Rieger/Johannes Jester/
Michael Sturm

Das Europäische Kartellverfahren:
Rechte und Stellung der Beteiligten
nach Inkrafttreten der VO 1/03

Januar 2005

Heft 35

**Das Europäische Kartellverfahren:
Rechte und Stellung der Beteiligten nach
Inkrafttreten der VO 1/03**

Von

Frank Rieger, Johannes Jester & Michael Sturm

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Dipl.-Jur. Frank Rieger, LL.M.oec., ist wissenschaftliche Hilfskraft und Doktorand am Institut für Kammerrecht (Prof. Dr. Winfried Kluth) an der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Dipl.-Jur. Johannes Jester ist Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Urs Peter Gruber) der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Dipl.-Jur. Michael Sturm ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Steuer- und Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Susanne Sieker) der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Christian Tietje/Gerhard Kraft/Rolf Sethe (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 35

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368

ISBN 3-86010-764-X

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de

www.telc.uni-halle.de

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische Fakultät
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D-06099 Halle (Saale)
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180
Fax: 0345-55-27201
E-Mail: ecohal@jura.uni-halle.de

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|--|----|
| A. Europäisches Wettbewerbsrecht – Ziele und Entwicklungen | 5 |
| I. Wettbewerbssicherung als zentrale Aufgabe des Gemeinschaftsrechts | 5 |
| II. Schutzkonzepte und Rechtsgrundlagen | 7 |
| III. Der Verfahrensablauf – ein Überblick | 8 |
| B. Stellung und Rechte des Beschuldigten | 10 |
| I. Auskunftspflicht..... | 10 |
| II. Auskunfts- oder Zeugnisverweigerungsrecht..... | 12 |
| III. Nachprüfungsbefugnisse der Kommission..... | 14 |
| IV. Anhörungsrecht und rechtliches Gehör | 16 |
| V. Akteneinsichtsrecht..... | 17 |
| C. Das attorney client privilege – Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem und europäischem Kartellverfahrensrecht | 19 |
| I. Das Anwaltsprivileg im deutschen Kartellverfahrensrecht | 20 |
| 1. Bußgeldverfahren | 20 |
| 2. Verwaltungsverfahren..... | 21 |
| II. Das Anwaltsprivileg im europäischen Kartellverfahrensrecht..... | 22 |
| 1. Stellungnahme der Kommission | 22 |
| 2. Rechtsprechung..... | 23 |
| 3. Vergleichende Bewertung..... | 25 |
| III. Geltung des Anwaltsprivilegs für Syndikusanwälte | 25 |
| 1. Regelungen des deutschen Kartellverfahrensrechts..... | 26 |
| 2. Regelungen des europäischen Kartellverfahrensrechts..... | 27 |
| a) Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rechtssache AM&S | 27 |
| b) Präsident des Gerichts in den Rs. Akzo Nobel Chemicals und Akcros Chemicals | 27 |
| c) Literatur | 29 |
| d) Stellungnahme | 30 |
| IV. Probleme der Dezentralisierung aufgrund der Differenzen zwischen europäischem und deutschem Kartellverfahrensrecht..... | 31 |

| | |
|--|----|
| D. Stellung und Rechte des Beschwerdeführers und sonstiger interessierter Dritter ... | 34 |
| I. Antragsbefugnis und Verfahrensablauf | 35 |
| II. Klagebefugnis..... | 37 |
| III. Anspruch auf rechtliches Gehör im Verfahren..... | 39 |
| IV. Akteneinsichtsrecht | 40 |
| E. Exkurs: Stellung und Recht des Beschwerdeführers in Verfahren wegen Verletzung von Art. 86 EG | 42 |
| I. Antragsrecht und Klagebefugnis | 42 |
| II. Anhörungs- und Akteneinsichtsrecht..... | 47 |
| F. Rechtsschutz vor nationalen Gerichten gegen Durchsuchungsmaßnahmen der Kommission in Kartellverfahren | 48 |
| I. Verfahren bei Durchsuchungsmaßnahmen der Kommission | 48 |
| II. Rechtsschutz gegen Durchsuchungsmaßnahmen der Kommission | 49 |
| G. Rechtsschutz gegen Bußgelder der Kommission..... | 51 |
| I. Rechtsgrundlagen und Praxis der Bußgeldfestsetzung | 51 |
| 1. Bußgeldleitlinien der Kommission..... | 52 |
| 2. Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes..... | 54 |
| 3. Verbot der Mehrfachahndung..... | 54 |
| 4. Sonderproblem der konzernzugehörigen Unternehmen | 56 |
| a) Die gesamtschuldnerische Haftung | 57 |
| b) Berechnung der Bußgeldobergrenze bei gesamtschuldnerischer Haftung..... | 58 |
| 5. Pflicht zur Begründung der Höhe der Geldbuße | 58 |
| II. Rechtsschutz | 59 |
| Schrifttum | 61 |

A. Europäisches Wettbewerbsrecht – Ziele und Entwicklungen

I. Wettbewerbssicherung als zentrale Aufgabe des Gemeinschaftsrechts

Die Europäische Integration basiert nach der von *Monnet* geprägten Idee¹ auf einer Verbindung der Mitgliedstaaten und Bürger auf ökonomischem Gebiet, die durch eine Vertiefung der Integration die Schaffung einer politischen Union verfolgt. *Schuman* griff diese Idee vor 50 Jahren auf und legte den nach ihm benannten Plan in seiner Erklärung vom 9. Mai 1950 mit den Worten vor, dass die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) „die Zusammenfassung der Interessen verwirklicht, die für die Schaffung einer Wirtschaftsgemeinschaft unerlässlich ist, und das Ferment einer weiteren und tieferen Gemeinschaft den Ländern einflößt, die lange Zeit durch blutige Fehden getrennt waren.“² So bildet die Schaffung eines Binnenmarktes als Ausdruck der Wirtschaftsgemeinschaft die Basis der Europäischen Gemeinschaften.

Das Europäische Wettbewerbsrecht ist auf die Sicherung eines funktionierenden Wettbewerbs im Binnenmarkt ausgerichtet und setzt in den Art. 81 ff. des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG)³ die in Art. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. g EG normierte Aufgabe der Europäischen Gemeinschaft um, „den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen“ zu schützen. Die Europäische Verfassung (EV)⁴ hebt diese Aufgabe ebenso in Art. I-3 Abs. 2 mit den Worten hervor: „Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen und einen Binnenmarkt mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb.“⁵

Dieser Wettbewerb im Binnenmarkt soll nach dem Konzept des Ordoliberalismus ein Leistungswettbewerb sein, der über die Marktform der vollständigen Konkurrenz nicht nur zu einer Leistungssteigerung führt, sondern auch der Preisbildung⁶ und so einem zentralen Mechanismus der Marktwirtschaft dient. So wird die Gemeinschaft für ihre Tätigkeit in Art. 4 Abs. 1 EG „dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet“. Die zu schaffende Wettbewerbsordnung hat *Eucken* so beschrieben:

„Wie der Rechtsstaat, so soll auch die Wettbewerbsordnung einen Rahmen schaffen, in dem die freie Betätigung des einzelnen durch die Freiheitssphäre des anderen begrenzt wird und so die menschlichen Freiheitsbereiche ins

¹ *Monnet*, Erinnerungen eines Europäers, 547 ff.

² Die Erklärung vom 5. Mai 1950, erhältlich im Internet: <http://europa.eu.int/comm/publications/booklets/eu_documentation/04/txt07_de.htm> (besucht am 14. Mai 2004); zur Entstehung des Schuman-Plans vgl. *ibid.*, 380 ff.

³ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) vom 25. März 1957 in der Fassung des Vertrages von Nizza vom 26. Februar 2001 (Abl. EG Nr. C 325 vom 24. Dezember 2002).

⁴ Vertrag über eine Verfassung für Europa, unterzeichnet durch die Staats- und Regierungschefs auf der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedsstaaten in Brüssel am 29. Oktober 2004 (CIG 87/2/04, REV 2).

⁵ Zum Wettbewerbsrecht als Bestandteil des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Konzept der Europäischen Verfassung vgl. *Schwarze*, EuZW 2004, 135 (137 f.).

⁶ *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 245 ff.

Gleichgewicht gelangen. In der Tat ist der Wille zur Wettbewerbsordnung mit dem Willen zur Freiheit eng verbunden. Aber der Wunsch, sie verwirklicht zu sehen, genügt nicht – ebenso wenig, wie die Bejahung des Rechtsstaates und die bloße Hoffnung, er werde kommen, ihn entstehen zu lassen.“⁷

Der EG-Vertrag folgt diesem Konzept einer Wettbewerbsordnung, indem er den Wettbewerb durch das Verbot von Kartellbildungen sicherstellen und, soweit Monopole bestehen, diese zu einem Verhalten veranlassen will, das dem bei vollständiger Konkurrenz, also einem wettbewerbsanalogen Verhalten entspricht.⁸ Trotz der quasi natürlichen Tendenz durch Absprachen den Leistungswettbewerb zu unterlaufen und dem Konkurrenzdruck zu entgehen, wird das Wettbewerbskonzept als ein im Interesse des Einzelnen liegendes Prinzip verstanden. Dieser scheinbare Widerspruch wurde von einigen Vertretern dadurch aufzulösen versucht, dass dem Wettbewerb ein Eigenwert zugeordnet und damit auf einen außerökonomischen Wert abgestellt wurde, ohne die Interessen der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer zu untersuchen.⁹ Eine solche Untersuchung auf der Basis der Neuen Institutionenökonomik und der Spieltheorie zeigt, dass dieser Widerspruch tatsächlich vorhanden ist und dass er durch die Reziprozität selbstschädigenden Verhaltens zwar nicht aufgelöst, aber aufgehoben wird:

„Konkurrenzbedingungen unterworfen zu sein, ist aus der Sicht des einzelnen ein Preis, den er zahlt und den zu zahlen sich dann und nur dann lohnt, wenn auch die Akteure der gegenüberliegenden Marktseite solchen Konkurrenzbedingungen unterworfen sind. Es ist ausschließlich der Wettbewerb der eigenen (potentiellen) Tauschpartner untereinander, der aus Sicht des einzelnen so vorteilhaft ist, daß er die Nachteile in Kauf nehmen kann, die damit verbunden sind, als Marktteilnehmer selbst unter Wettbewerbsdruck zu stehen.“¹⁰

Dieses Junktim führt zu einem kollektiven Vorteil für alle Marktteilnehmer, indem die Kartellbildung als individuell vorteilhaftes Verhalten belastet und dieses Verbot auch der Marktgegenseite auferlegt wird. Dies ist durch die so bestehende Konkurrenz für den einzelnen Marktteilnehmer wiederum individuell vorteilhaft. Die Einsicht in die individuelle Vorteilhaftigkeit eines solchen Verhaltens bewirkt eine kollektive Selbstbindung aller Marktteilnehmer zu einem kollektiven Vorteil.¹¹ Das Wettbewerbsrecht des Europäischen Gemeinschaftsrechts dient der Absicherung dieser kollektiven Selbstbindung und findet in ihr seine ökonomische Begründung. Das Kartellverfahrensrecht soll die Durchsetzung dieser Regeln ermöglichen, wobei es Ergebnis einer Abwägung zwischen der Sicherung des Wettbewerbs als zentralem Ziel der Europäischen Gemeinschaften und der Gewährleistung der Rechte der am Verfahren Beteiligten ist.

⁷ *Ibid.*, 250.

⁸ *Ibid.*, 295.

⁹ Ausführliche Darstellung mit umfangreichen Nachweisen zu dieser Ansicht bei *Pies*, Eucken und *von Hayek* im Vergleich, 156 ff.

¹⁰ *Ibid.*, 168.

¹¹ *Ibid.*, 168 f.

II. Schutzkonzepte und Rechtsgrundlagen

Der Schutz des Wettbewerbs im Europäischen Gemeinschaftsrecht wird auf verschiedenen Wegen verwirklicht. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 81 ff. EG ermöglicht es Konkurrenten oder Marktopponenten als Dritten durch zivilrechtliche Klagen das Europäische Wettbewerbsrecht als Verbotsgesetz geltend zu machen und so dezentral Schutz zu erreichen. Daneben kann die Kommission in Kooperation mit den Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten als Netzwerk zur Sicherung des Wettbewerbs tätig werden und so zentralen Schutz bieten. Das Verfahren zum zentralen Schutz ist in Art. 83 EG i.V.m. der am 1. Mai 2004 in Kraft getretenen Verordnung Nr. 1/2003 (VO 1/03)¹² geregelt. Diese legt sowohl die Zuständigkeiten der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten und der mitgliedstaatlichen Gerichte, die Art. 81 f. EG im Einzelfall anzuwenden haben,¹³ als auch die Befugnisse der Kommission im Verfahren der Wettbewerbsaufsicht fest.¹⁴

Die zuvor vierzig Jahre geltende Verordnung Nr. 17/62 (VO 17/62)¹⁵ wies im Vergleich zu der jetzt geltenden Kartellverfahrensverordnung wesentliche Unterschiede auf. Damals war Art. 81 Abs. 3 EG, die Vorschrift, nach der bestimmte nach Art. 81 Abs. 1 EG verbotene Verhaltensweisen wegen ihrer positiven Effekte nicht unter das Kartellverbot fallen, nicht unmittelbar anwendbar, so dass beabsichtigte Vereinbarungen anmeldepflichtig waren und eine Freistellung in einem Verfahren vor der Kommission beantragt werden musste.¹⁶ Zudem bestand für die Unternehmen durch einen so genannten Negativtest die Möglichkeit, auf Antrag die Unbedenklichkeit eines Verhaltens in Hinblick auf die Art. 81 Abs. 1 EG und 82 EG feststellen zu lassen.¹⁷ Die große Zahl solcher Verfahren verursachte hohe Kosten und begründete eine hohe Arbeitsbelastung der Kommission, die mit der Aufgabenwahrnehmung an die Grenze ihrer Leistungsfähigkeit stieß.¹⁸ Aus diesem Grund wurde der Kommission nach Art. 3 Abs. 1 VO 17/62 ein Ermessen am Maßstab des Gemeinschaftsinteresses als Hüterin der Verträge bei der Einleitung von Verfahren nach dem Opportunitätsprinzip zugestanden.¹⁹

Die vom Ordnungsgeber gewählte Entlastung über eine Sekundärrechtsnorm des Inhalts, dass eine Norm des Primärrechts, Art. 81 Abs. 3 EG, eine Legalausnahme enthalte, erscheint jedoch schon aufgrund des Wortlauts des Art. 81 Abs. 3 EG („Die Bestimmungen des Absatzes 1 können *für nicht anwendbar erklärt werden* [...]“²⁰)

¹² Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 411/2004 vom 26. Februar 2004 (Abl. EG Nr. L 68 vom 6. März 2004, S. 1).

¹³ Art. 5 f. VO 1/03.

¹⁴ Art. 7 ff. VO 1/03.

¹⁵ Verordnung (EWG) Nr. 17/1962 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 81 und 82 EG, ABl. EG Nr. 13 vom 21. Februar 1962, S. 204/62, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1216/1999 (Abl. EG Nr. L 148 vom 15. Juni 1999, S. 5).

¹⁶ Art. 4 VO 17/62.

¹⁷ Art. 2 VO 17/62.

¹⁸ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 3 VO 1/03.

¹⁹ *De Bronett*, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), *EurWettbR*, Verordnung Nr. 17, Art. 3, Rn. 1; *Niggemann*, in: Streinz (Hrsg.), *EG/EU-Komm.*, KartVO nach Art. 83 EGV, Rn. 19.

²⁰ Hervorhebungen nicht im Original.

nicht unproblematisch.²¹ Aus diesem Grund wird vielfach vermutet, dass die Frage, ob diese Änderung im Sekundärrecht noch den Vorgaben des Primärrechts entspricht, bald Gegenstand eines Vorlageverfahrens sein wird.²² Eine entsprechende Anpassung des Primärrechts ist indes nicht in Sicht, da in der Europäischen Verfassung die Wettbewerbsregeln aufgrund ihrer herausragenden Bedeutung zwar im Anschluss an die Grundfreiheiten geregelt und so ihrer Bedeutung entsprechend umgestellt werden, ohne dass sich jedoch am Wortlaut eine Änderung ergibt.²³

Durch die neue Kartellverordnung VO 1/03 soll die Kommission durch eine Dezentralisierung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsaufsicht entlastet werden, so dass sie sich auf die schwersten Verstöße konzentrieren kann. Neben der Verpflichtung der nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte, das Europäische Wettbewerbsrecht anzuwenden,²⁴ soll dies auch durch eine verstärkte Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden erreicht werden.²⁵ Dazu soll ein Netzwerk von Wettbewerbsbehörden gegründet werden, in dem Konsultationen und Informationsaustausch stattfinden.²⁶ Dieses „System paralleler Zuständigkeiten“²⁷ funktioniert somit über die grundsätzliche Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, die in dem Augenblick endet, in dem die Kommission als Europäische Wettbewerbsbehörde die Zuständigkeit durch die Einleitung eines Verfahrens an sich zieht.²⁸ Dabei wenden die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden die Verfahrensregeln des nationalen Kartellrechts an, während die Kommission die VO 1/03 anwendet. Diese Differenzierung wird zu einer verstärkten Anwendung des materiellen Europäischen Wettbewerbsrechts führen, der eine Differenzierung auf der Ebene des Verfahrensrechts gegenübersteht.

III. Der Verfahrensablauf – ein Überblick

Das Verfahren kann nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 VO 1/03 sowohl von Amts wegen, auf Antrag eines Mitgliedstaates, als auch durch Beschwerden von Drittbetroffenen eingeleitet werden. Durch den Wegfall der Freistellungs- und Negativattest-Verfahren, die eine Verfahrenseinleitung durch die an einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise Beteiligten ermöglichten, fällt auch der Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 3385/94 (VO 3385/94)²⁹ weg, die aufgrund der Vielzahl der Anträge

²¹ Aus dem umfangreichen Schrifttum zur weitergehenden Kritik: *Monopolkommission*, Sondergutachten 28, Rn. 20 f.; *Gruber*, WBl 2004, 1 (5) und *Hossfelder/Lutz*, WuW 2003, 118 (118 f.) jeweils m.w.N.

²² *Monopolkommission*, Sondergutachten 32, Rn. 7; *Jaeger*, WuW 2000, 1062 (1066).

²³ Art. III-161 ff. der Europäischen Verfassung.

²⁴ Die Vorteile eines solchen dezentralen Schutzes hebt Ziff. 16 der Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Abl. EG Nr. C 101/65 vom 27. April 2004, hervor und sucht so offensichtlich weitere Entlastung.

²⁵ Vgl. Art. 11 ff. VO 1/03.

²⁶ Erwägungsgründe Nr. 15 ff. VO 1/03.

²⁷ Erwägungsgrund Nr. 22 VO 1/03.

²⁸ Art. 11 Abs. 6 VO 1/03.

²⁹ Verordnung (EG) Nr. 3385/94 der Kommission vom 21. Dezember 1994 über die Form, den Inhalt und die anderen Einzelheiten der Anträge und Anmeldungen nach der Verordnung Nr. 17 des Rates, Abl. EG Nr. L 377 vom 27. April 2004, S. 28.

Formvorschriften zur Antragstellung enthielt. Zum Anwendungsbereich der Verordnung gehörten jedoch nicht die Beschwerden, die weiterhin möglich sind. Zur Regelung des Verfahrens bei Beschwerden wurde in Art. 33 Abs. 1 lit. a VO 1/03 die Kommission zum Erlass einer Durchführungsverordnung ermächtigt. Von dieser Ermächtigung hat die Kommission durch den Erlass der Verordnung Nr. 773/2004 (VO 773/04)³⁰ Gebrauch gemacht.

Der Kommission werden im Verfahren zur Ermittlung eines möglichen Wettbewerbsverstößes gem. Art. 17 ff. VO 1/03 weitreichende Befugnisse eingeräumt. Wenn die Kommission in ihren Untersuchungen zur Ansicht gekommen ist, dass das Verhalten gegen das Europäische Wettbewerbsrecht verstößt, leitet sie ein Verfahren ein und erlässt, wenn sie nach diesem Verfahren weiterhin vom Vorliegen eines Verstößes überzeugt ist, eine Entscheidung zur Abstellung der Zuwiderhandlung und verpflichtet die Unternehmen zur Abstellung der Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 VO 1/03. Dabei hat sie nicht nur die Möglichkeit ein bestimmtes Verhalten zu verbieten und damit ein Abstellen der wettbewerbsbeeinträchtigenden Verhaltensweise zu gebieten, wie dies unter der Geltung der VO 17/62 allein möglich war,³¹ sondern kann „alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben“.³² Dabei darf die Kommission auf die Abhilfemaßnahmen struktureller Art nur zurückgreifen, wenn verhaltensorientierte Maßnahmen nicht gleich geeignet sind oder das Unternehmen stärker belasten würden.³³ Die Erwägungsgründe stellen klar, dass Eingriffe in die Unternehmensstruktur nur dann den Anforderungen genügen, also verhältnismäßig sind, „wenn ein erhebliches, durch die Struktur eines Unternehmens als solches bedingtes Risiko anhaltender oder wiederholter Zuwiderhandlungen gegeben ist.“³⁴

Wenn die wettbewerbswidrige Verhaltensweise bereits abgestellt ist, kann die Kommission dennoch gem. Art. 7 Abs. 1 S. 4 VO 1/03 eine Feststellungsentscheidung treffen, soweit ein berechtigtes Interesse besteht. Die Kommission kann darüber hinaus ebenso Geldbußen und Zwangsgelder zur Durchsetzung der getroffenen Entscheidungen und zur Ahndung von Verstößen verhängen.³⁵ Die vom Verfahren Betroffenen können der Kommission ferner Vorschläge unterbreiten, die geeignet sind, die Bedenken auszuräumen. Diese Zusagen kann die Kommission auf der Grundlage des Art. 9 VO 1/03 für verbindlich erklären und somit feststellen, dass sie bei Einhaltung der Zusagen keinen Anlass sieht, tätig zu werden. Dies beinhaltet jedoch keine Aussage über eine andernfalls vorliegende Wettbewerbsrechtsverletzung.³⁶

Die durch den Wegfall der Freistellungs- und Negativattestverfahren entstandene Rechtssicherheitslücke wird durch die Möglichkeit der Kommission nach Art. 10 VO 1/03 teilweise geschlossen, durch Entscheidung festzustellen, dass Art. 81 Abs. 1

³⁰ Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. EG Nr. L 123 vom 27. April 2004, S. 18.

³¹ Art. 3 Abs. 1 VO 17/62.

³² Art. 7 Abs. 1 S. 2 VO 1/03.

³³ Art. 7 Abs. 1 S. 3 VO 1/03.

³⁴ Erwägungsgrund Nr. 12 VO 1/03.

³⁵ Art. 23 f. VO 1/03.

³⁶ Erwägungsgrund Nr. 13 VO 1/03.

oder Art. 82 EG nicht gegeben sind oder dass die Legalausnahme des Art. 81 Abs. 3 EG eingreift. Diese Möglichkeit besteht im Vergleich zur VO 17/62 nur bei öffentlichem Interesse und dürfte von der Kommission in Anbetracht der Tatsache, dass gerade die Streichung der Verfahren auf Erteilung eines Negativattestes und einer Freistellung die notwendige Entlastung bringen sollen, nur in geringem Umfang genutzt werden. Ziel des Instruments soll nach den Erwägungsgründen zur VO 1/03 die Klärung der Rechtslage und die Sicherung der einheitlichen Anwendung sein,³⁷ so dass die Gefahr einer großzügigen Anwendung und einer damit steigenden Belastung, gerade zum Zwecke der Vereinheitlichung der zentralisierten Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts, nicht abwegig erscheint.

B. Stellung und Rechte des Beschuldigten

Zur wirksamen Durchsetzung des europäischen Kartellrechts ist die EU-Kommission auf eine umfassende Kenntnis der maßgeblichen Sachverhalte angewiesen. Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln lassen sich jedoch nur selten durch Unterlagen dritter Unternehmen oder Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen aufdecken bzw. überprüfen.³⁸ Aus diesem Grund werden der EU-Kommission auf Grundlage des Art. 83 EG weitreichende Ermittlungsbefugnisse bei den betroffenen Unternehmen eingeräumt.

I. Auskunftspflicht

Gem. Art. 18 VO 1/03 kann die Kommission zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Bereich des Kartellrechts von den betroffenen Unternehmen die Erteilung aller erforderlichen Auskünfte verlangen. Bei einem einfachen Auskunftsverlangen (Art. 18 Abs. 1 VO 1/03) ist das Unternehmen zwar nicht zur Mitwirkung verpflichtet. Jedoch sind falsche oder irreführende Auskünfte mit Geldbußen bedroht (Art. 23 Abs. 1 VO 1/03). Bei einer verbindlichen Auskunftsentscheidung (Art. 18 Abs. 1 VO 1/03) ist das Unternehmen hingegen zur Auskunft verpflichtet. Die Auskunftsentscheidung ist mit Zwangsgeldern durchsetzbar; die Nichtbefolgung darüber hinaus mit Geldbuße bewehrt (Art. 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 VO 1/03).

Unter Auskünften ist hierbei die Angabe von Tatsachen, wie z.B. Produktionszahlen, oder tatsächlicher Verhältnisse, wie beispielsweise die Marktstellung, zu verstehen.³⁹ Die Kommission verlangt dabei auch die Vorlage der sich hierauf beziehenden Dokumente, wie beispielsweise Verträge, Preislisten oder anderen näher bezeichneten Schriftstücke.⁴⁰ Die betroffenen Unternehmen müssen somit zumeist die Richtigkeit ihrer Angaben durch schriftliche Unterlagen nachweisen.⁴¹ Der EuGH hält auch die

³⁷ Erwägungsgrund Nr. 14 VO 1/03.

³⁸ *Burrichter/Hausschild*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, VO 17/62, Vorbem. Art. 11-14, Rn. 1.

³⁹ *Ibid.* Art. 11, Rn. 18.

⁴⁰ Vgl. z.B. KOMM. 1. Februar 1971, Abl. 1971, L 34/13,15 „ZVEI/SPÜ“; 9. November 1971, Abl. 1971, L 254/15 „SIAE“.

⁴¹ *Jahn*, Durchsuchungsrecht der Kommission, 11.

Anforderung von Unterlagen als vom Auskunftsverlangen gedeckt, ohne hierfür jedoch eine nähere Begründung anzugeben. Gleichzeitig weist er jedoch darauf hin, dass Auskunftsverfahren und Nachprüfungsverfahren zwei selbständige Verfahren sind.⁴²

Zur Auskunft verpflichtet sind unter anderem die betroffenen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Gem. Art. 18 Abs. 4 VO 1/03 erfolgt die Auskunftserteilung durch die Inhaber der Unternehmen, deren Vertreter oder die satzungsmäßig zur Vertretung berufenen Personen. Aus dem nunmehr in Art. 18 Abs. 1 VO 1/03 enthaltenen Merkmal der Erforderlichkeit haben EuG und EuGH in ihrer Rechtsprechung zur VO 17/62 mehrere Grenzen des Auskunftsrechtes abgeleitet. In Verbindung mit der Hinweispflicht auf Rechtsgrundlage und Zweck des Verlangens gem. Art. 11 Abs. 3 VO 17/62 [nun Art. 18 Abs. 2 VO 1/03] sowie aus dem Erfordernis der Beachtung der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen folge, „dass bei der Auslegung des Merkmals der Erforderlichkeit vom Zweck der Untersuchung auszugehen“⁴³ sei:

„Die Verpflichtung der Kommission zur Angabe von Gegenstand und Zweck [...] stellt insofern ein grundlegendes Erfordernis dar, als dadurch nicht nur die Berechtigung des beabsichtigten Eingriffs in den betroffenen Unternehmen aufgezeigt werden soll, sondern auch diese Unternehmen in die Lage versetzt werden sollen, den Umfang ihrer Mitwirkungspflicht zu erkennen und zugleich ihre Verteidigungsrechte zu wahren.“⁴⁴ „Daraus folgt, dass die Kommission nur solche Auskünfte verlangen kann, die ihr die Prüfung der vermuteten Zuwiderhandlungen, die die Durchführung der Untersuchung rechtfertigen und die im Auskunftsverlangen angegeben sind, ermöglichen kann.“⁴⁵

Hieraus ist zu schließen, dass ein zu bezeichnender Verdacht vorliegen muss und damit ein hinreichend konkretisierter Sachverhalt benannt werden muss.⁴⁶ Auskunftsersuchen, die der Entdeckung von Verstößen (fishing expeditions) dienen sollen, sind somit nicht zulässig.⁴⁷

Hinsichtlich der Benennung des Untersuchungsgegenstandes stellte der EuGH Folgendes fest: „Zwar braucht die Kommission weder dem Adressaten [...] alle ihr vorliegenden Informationen über vermutete Zuwiderhandlungen zu übermitteln, noch muss sie eine strenge rechtliche Qualifizierung dieser Zuwiderhandlungen vornehmen; sie hat aber klar anzugeben, welchen Vermutungen sie nachzugehen beabsichtigt.“⁴⁸ Für diese Vermutungen gilt der in Art. 18 Abs. 1 VO 1/03 aufgestellte Grundsatz der Erforderlichkeit. Dieser wurde durch die Rechtsprechung des EuGH und EuG konkretisiert: „Das Erfordernis eines Zusammenhangs zwischen dem Auskunftsverlangen und der vermuteten Zuwiderhandlung ist erfüllt, wenn in [...] [dem betreffenden] Stadium des Verfahrens hinreichende Gründe für die Annahme einer Beziehung zwischen dem Verlangen und der vermuteten Zuwiderhandlung spre-

⁴² EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283 Rn. 34.

⁴³ EuG, Rs. T-39/90, *SEP*, Slg. 1991, II-1497 Rn. 24.

⁴⁴ EuGH, Rs. 46/87, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 29.

⁴⁵ EuG, Rs. T-39/90, *SEP*, Slg. 1991, II-1497 Rn. 25.

⁴⁶ *Burrichter/Hausschild*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, VO 17/62, Art. 11, Rn. 18.

⁴⁷ *Gleis/Hirsch*, in: Gleis/Hirsch (Hrsg.), EWG-Kartellrecht, Art. 11 VO 17, Rn. 11.

⁴⁸ EuGH, Rs. 46/87, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 42.

chen.⁴⁹ Die Beurteilung, welche Auskünfte erforderlich sind, obliegt hierbei grundsätzlich der Kommission und nicht dem betroffenen Unternehmen. „Selbst wenn [der Kommission für Verstöße][...] bereits Indizien oder gar Beweise vorliegen, kann die Kommission es rechtmäßigerweise für erforderlich halten, zusätzliche Auskünfte einzuholen, die es ihr ermöglichen, das Ausmaß der Zuwiderhandlung, ihre Dauer oder den Kreis der daran beteiligten Unternehmen genauer zu bestimmen.“⁵⁰ Die Erforderlichkeit des Auskunftersuchens kann allerdings durch das EuG (inzident bereits im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes) überprüft werden.⁵¹ Der EuGH weist darüber hinaus auf die Bedeutung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Verhältnismäßigkeit hin, „der im Rahmen des Auskunftsverlangens dazu führt, dass vom Unternehmen keine Auskünfte verlangt werden dürfen, die zu den Erfordernissen der Untersuchung außer Verhältnis stehen.“⁵² „Dabei ist zu beachten, dass Geheimhaltungsinteressen [der betroffenen Unternehmen] in der Regel bereits ausreichend durch Art. 20 Abs. 2 VO 17/62 [Art. 28 Abs. 2 VO 1/03] geschützt werden.“⁵³

Gegen eine Auskunftentscheidung (förmliches Auskunftsverlangen) steht dem betroffenen Unternehmen der Rechtsweg vor dem EuG gem. Art. 230 Abs. 4 i.V.m. Art. 225 Abs. 1 EG offen. Gem. Art. 242 Abs. 1 S. 2 EG kann das Gericht dabei die Aussetzung der Durchführung anordnen.

II. Auskunfts- oder Zeugnisverweigerungsrecht

Problematisch ist, inwieweit den Unternehmen im Rahmen eines solchen Untersuchungsverfahrens ein Auskunfts- oder Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Ein ausdrückliches Recht des Unternehmens zur Auskunftsverweigerung ist weder in der Verordnung enthalten noch im übrigen EG Primär- oder Sekundärrecht vorgesehen. Dies gilt selbst dann, wenn diese dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen.⁵⁴

Der EuGH stellte hierzu fest, dass ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zur Verweigerung der Zeugenaussage gegen die eigene Person nur für natürliche Personen im Rahmen eines Strafverfahrens bestehe. Gleiches gelte für ein aus Art. 14 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbürgR)⁵⁵ abgeleitetes Zeugnisverweigerungsrecht. Zwar sei Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)⁵⁶ auf Unternehmen anwendbar, jedoch ergebe sich aus

⁴⁹ EuG, Rs. T-39/90, *SEP*, Slg. 1991, II-1497 Rn. 29.

⁵⁰ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283 Rn. 15; unter Bezugnahme auf *AM & S*, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 Rn. 29.

⁵¹ EuG, Rs. T-39/90, *SEP*, Slg. 1990, II-649 Rn. 21.

⁵² EuGH, Rs. 136/79, *National Panasonic*, Slg. 1980, 2033 Rn. 30; Rs. 46/87, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 19.

⁵³ EuG, Rs. T-39/90, *SEP*, Slg. 1991, II-1497 Rn. 53; EuGH, Rs. C-36/92, *SEP*, Slg. 1994, I-1942 Rn. 37 ff.

⁵⁴ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283 Rn. 34, 35.

⁵⁵ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966.

⁵⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950.

diesem kein Zeugnisverweigerungsrecht.⁵⁷ Mittlerweile hat der EuGMR für das zollrechtliche Verwaltungsverfahren allerdings festgestellt, dass „die Besonderheiten des Zollrechts [...] nicht die Verletzung des Rechts [rechtfertigen], das jedermann zusteht, nämlich das Recht zu schweigen und nicht zur eigenen Verfolgung beizutragen.“⁵⁸

Nach Auffassung des EuGH ergibt sich jedoch aus dem Recht der Verteidigung als Grundsatz von fundamentalem Charakter, dass dieser – um eine nicht wiedergutzumachende Beeinträchtigung auszuschließen – nicht nur in Verwaltungsverfahren, die zu Sanktionen führen können, gewährleistet sein muss, sondern auch in bestimmten Voruntersuchungsverfahren; so beispielsweise bei Auskunftsverlangen im Rahmen der Verordnung Nr. 17, die von entscheidender Bedeutung für die Erbringung von Beweisen für rechtswidrige Verhaltensweisen von Unternehmen sein können, die geeignet sind, deren Haftung auszulösen⁵⁹:

„Daher darf die Kommission dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegen, Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat. Gleichwohl ist die Kommission um der Erhaltung der praktischen Wirksamkeit der Auskunftsverlangen berechtigt, das Unternehmen zu verpflichten, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und gegebenenfalls die in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln. Dies gilt selbst dann, wenn diese dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen.“⁶⁰

Im Rahmen dieses Spannungsverhältnisses beurteilt der EuGH die Rechtmäßigkeit von Auskunftsverlangen. Allerdings lehnt der EuGH ein Auskunftsverlangen nur ab, wenn das Unternehmen dadurch konkret ein Eingeständnis für einen kartellrechtlichen Verstoß erbringen würde,⁶¹ während Auskünfte zur zugehörigen Tatsachenbasis zulässig sind.

Das EuG ist erstmals 2001 auf die Rechtssprechung des EuGMR eingegangen und stellte fest, dass eine direkte Berufung auf die EMRK ausgeschlossen sei, diese aber im Rahmen der allgemeinen Rechtsgrundsätze der Wahrnehmung der Verteidigungsrechte des fairen Prozesses bislang durchaus berücksichtigt worden seien. Es verweist darauf, dass

„vom ersten Stadium einer solchen Untersuchung an [den Unternehmen], das Recht [zusteht], nur Fragen nach rein tatsächlichen Gegebenheiten zu beantworten und nur die vorhandenen angeforderten Unterlagen zu übermitteln. Die Verpflichtung zur Beantwortung rein tatsächlicher Fragen der Kommission und zur Vorlage vorhandener Unterlagen, die sie angefordert hat, kann den Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte oder den Anspruch auf einen fairen Prozess nicht verletzen. Denn nichts hindert den Adressaten daran, später im Verwaltungsverfahren oder in einem Verfahren vor dem Gemeinschaftsrichter seine Verteidigungsrechte auszuüben und zu beweisen, dass die in den

⁵⁷ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283 Rn. 30, 31.

⁵⁸ EuGMR, *Funke gegen Frankreich* vom 25. Februar 1993, Judgments, vol. 256-A, § 36.

⁵⁹ EuGH, Rs. 46/87, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 15; Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283 Rn. 33.

⁶⁰ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283 Rn. 34, 35.

⁶¹ *Ibid.*, Rn. 35.

Antworten mitgeteilten Tatsachen oder die übermittelten Unterlagen eine andere als die ihnen von der Kommission beigemessene Bedeutung haben.“⁶²

Beachtenswert ist, dass Fragen nach den Themen von Treffen von Managern konkurrierender Unternehmen und der Entscheidungen während dieser Treffen [auf denen möglicherweise Kartellabsprachen getroffen wurden] als Fragen „nicht nur nach tatsächlichen Angaben“ und daher als unzulässig eingeordnet werden.⁶³

III. Nachprüfungsbefugnisse der Kommission

Als weitere Ermittlungsbefugnis steht der Kommission das Recht der Nachprüfung zu (Art. 20, 21 VO 1/03). Unter Nachprüfungen versteht man Kontrollmaßnahmen zur Überprüfung der Richtigkeit von Auskünften sowie darüber hinaus alle sonstigen Maßnahmen zur Ermittlung von Tatsachen und tatsächlichen Verhältnissen, aus denen sich ein Verstoß gegen EU-Wettbewerbsrecht ergeben kann.⁶⁴ Das Nachprüfungsrecht bezieht sich somit nicht nur auf die Überprüfung, sondern auch auf die Suche nach neuem Beweismaterial: „[Das] Betretungsrecht wäre nutzlos, wenn sich die Bediensteten der Kommission darauf beschränken müssten, die Vorlage von Unterlagen oder Akten zu verlangen, die sie schon vorher genau bezeichnen können. Es impliziert vielmehr auch die Befugnis, nach anderen Informationsquellen zu suchen, die noch nicht bekannt oder vollständig bezeichnet sind.“⁶⁵

Beide Ermittlungsmöglichkeiten (Auskunftsverlangen und Nachprüfung) stehen gleichberechtigt nebeneinander.⁶⁶ Insbesondere besteht kein Stufenverhältnis der Form, dass einer Nachprüfung zunächst ein Auskunftsverlangen vorgeschaltet sein muss.⁶⁷ Im Verhältnis zur Regelung des Art. 14 Abs. 1 VO 17/62 wurde die Nachprüfungsbefugnis der Kommission durch Art. 20 Abs. 2 lit. e und 21 VO 1/03 ausgeweitet. Neben der Durchsuchung der Geschäftsräume und der Beschlagnahme von Unterlagen können nun auch von sämtlichen Mitarbeitern Erläuterungen verlangt und protokolliert werden und Nachprüfungen auch in Privatwohnungen erfolgen.

Im Rahmen der Nachprüfung ist zwischen Nachprüfungen aufgrund eines Prüfungsauftrags einerseits und jenen aufgrund einer Prüfungsentscheidung andererseits zu unterscheiden. Die Kommission kann sich je nach den Umständen des Einzelfalls entscheiden, ob sie aufgrund eines Prüfungsauftrags oder aufgrund einer Prüfungsentscheidung vorgeht.⁶⁸ Bei einem Prüfungsauftrag gem. Art. 20 Abs. 3 VO 1/03 sind die Nichtvorlage der angeforderten Unterlagen und die unvollständige oder falsche Beantwortung von Fragen mit Geldbuße bewährt. Die Zusammenarbeit des Unternehmens mit den Nachprüfungsbeauftragten ist darüber hinaus freiwillig.⁶⁹ Eine Nach-

⁶² EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke*, Slg. 2001, II-729 Rn. 77, 78.

⁶³ *Ibid.*, Rn. 69 ff.

⁶⁴ EuGH, Rs. 136/79, *National Panasonic*, Slg. 1980, 2033 Rn. 12, 26; *Jahn*, Durchsuchungsrecht der Kommission, 12.

⁶⁵ EuGH, Rs. 85/87, *Dow Benelux*, Slg. 1989, 3137 Rn. 38.

⁶⁶ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283 Rn. 14; *Burrichter/Hausschild*, in: Immennga/Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, VO 17/62, Vorbem. Art. 11-14, Rn. 1.

⁶⁷ *Jahn*, Durchsuchungsrecht der Kommission, 13.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-94/00, *Roquette*, Slg. 2002, I-9011 Rn. 77.

⁶⁹ *Jahn*, Durchsuchungsrecht der Kommission, 31.

prüfungsentscheidung gem. Art. 20 Abs. 4 VO 1/03 ist hingegen nicht nur mit Zwangsgeldern durchsetzbar. Widersetzt sich ein Unternehmen einer Nachprüfung auf Grundlage einer Nachprüfungsentscheidung, steht der Kommission die Möglichkeit der Durchsetzung mit unmittelbarem Zwang unter Zuhilfenahme der jeweiligen nationalen Vollzugsbehörde zu (Art. 20 Abs. 6 VO 1/03). Die Einholung eines gerichtlichen Durchsuchungsbefehls ist nur dann erforderlich, wenn sich das Unternehmen der Nachprüfung widersetzt und die Nachprüfung unter Einschaltung der nationalen Kartellbehörden vorgenommen wird (Art. 20 Abs. 6, 7 VO 1/03). In diesem Rahmen sind die nationalen Behörden an die nationalen Verfahrensvorschriften gebunden. Dabei ist die materielle Nachprüfungsentscheidung jedoch der nationalen Kontrolle entzogen.⁷⁰

Der EuGH hielt aufgrund der Unterschiedlichkeit der nationalen Rechtsordnungen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz der Unverletzlichkeit der Geschäftsräume lange für nicht gegeben.⁷¹ Mittlerweile hat er die Rechtsprechung des EuGMR, demgemäß der Schutz der Privaträume gem. Art. 8 EMRK unter Umständen auch auf Geschäftsräume ausgedehnt werden kann,⁷² zumindest zur Kenntnis genommen⁷³. Er verweist jedoch zugleich darauf, dass nach Auffassung des EuGMR „der Eingriffsvorbehalt nach Artikel 8 Absatz 2 EMRK bei beruflichen oder geschäftlichen Tätigkeiten oder Räumen sehr wohl weiter gehen könnte als in anderen Fällen“.⁷⁴ Der EuGH möchte den Schutz der Geschäftsräume jedoch nur im Rahmen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Gemeinschaftsrechts, „der einen Schutz vor willkürlichen oder unverhältnismäßigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung einer natürlichen oder juristischen Person vorschreibt“, berücksichtigt sehen:

„Demzufolge hat ein nationales Gericht, das nach nationalem Recht für die Genehmigung von Durchsuchungen und Beschlagnahmen in Geschäftsräumen von Unternehmen zuständig ist, die im Verdacht von Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln stehen, zu prüfen, ob die Zwangsmaßnahmen, die auf ein Unterstützungsersuchen der Kommission [...] hin beantragt wurden, nicht willkürlich und, gemessen am Gegenstand der angeordneten Nachprüfung, nicht unverhältnismäßig sind. Unbeschadet der Anwendung der für die Durchführung der Zwangsmaßnahmen geltenden Vorschriften des innerstaatlichen Rechts lässt es das Gemeinschaftsrecht nicht zu, dass die von diesem nationalen Gericht ausgeübte Kontrolle der Begründetheit der Zwangsmaßnahmen über das hinaus geht, was der vorgenannte allgemeine Grundsatz gebietet.“⁷⁵

⁷⁰ EuGH, Rs. 46/87, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 35, vgl. auch Art. 20 VIII VO 1/03.

⁷¹ EuGH, Rs. 46/87, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 17, 18; Rs. C-94/00, *Roquette*, Slg. 2002, I-9011 Rn. 35.

⁷² EuGMR, *Colas gegen Frankreich* vom 16. April 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-III, § 31.

⁷³ EuGH, Rs. C-94/00, *Roquette*, Slg. 2002, I-9011 Rn. 35.

⁷⁴ EuGMR, *Niemietz gegen Deutschland* vom 16. Dezember 1992, Judgments, vol. 251-B, § 31.

⁷⁵ EuGH, Rs. C-94/00, *Roquette*, Slg. 2002, I-9011 Rn. 1.

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁷⁶ (Grundrechte-Charta) enthält in Art. 7 einen EMRK-konform auszulegenden Schutz des Privat- und Familienlebens und der Wohnung. Es ist abzuwarten, inwieweit der EuGH seine Rechtsprechung aufrechterhalten wird,⁷⁷ insbesondere wenn die Grundrechte-Charta als Teil der Europäischen Verfassung ihre volle Rechtswirksamkeit entfaltet.⁷⁸

IV. Anhörungsrecht und rechtliches Gehör

Dem Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs entsprechend sind gem. Art. 27 VO 1/03 die vom Verfahren betroffenen Unternehmen vor einer gegen sie ergehenden Entscheidung zu hören. Das Anhörungsverfahren selbst ist in VO 773/2004 genauer geregelt. Durch die Mitteilung der Beschwerdepunkte gem. Art. 10 Abs. 1 VO 773/2004 erfahren die Betroffenen erstmals, welche Vorwürfe gegen sie erhoben werden und was an Belastungsmaterial vorliegt. Sinn und Zweck der Mitteilung der Beschwerdepunkte ist es, alle Angaben zur Verfügung zu stellen, derer die Betroffenen bedürfen, um sich wirksam verteidigen zu können.⁷⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH wird die Mitteilung der Beschwerdepunkte „diesen Erfordernissen gerecht, wenn sie, sei es auch nur in gedrängter Form, die wesentlichen Tatsachen klar angibt, auf die sich die Kommission stützt. Dies reicht jedoch nur aus, wenn die Kommission die zur Verteidigung erforderlichen Angaben im Laufe des Verwaltungsverfahrens auch wirklich macht.“⁸⁰ Zwar muss die Entscheidung der Kommission kein Spiegelbild der Beschwerdepunkte sein,⁸¹ aber falls die Kommission nach Zustellung der Mitteilung der Beschwerdepunkte eine darin nicht genannte Geldbuße festsetzen will, hat sie dies dem betreffenden Unternehmen bzw. der betreffenden Unternehmensvereinigung durch eine Ergänzung der Mitteilung der Beschwerdepunkte unter Einhaltung der für jede Mitteilung der Beschwerdepunkte geltenden Verfahrensvorschriften mitzuteilen.⁸²

Noch bevor die Kommission den beratenden Ausschuss gem. Art. 14 Abs. 1 VO 1/03 hört, hat sie den betroffenen Unternehmen Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Diese können ihre Argumente auf Antrag hin in einer mündlichen Anhörung vortragen (Art. 11, 12 VO 773/04). Die anzuhörenden Personen können ihre Rechtsanwälte hinzuziehen (Art. 12 Abs. 5 VO 773/04). Anhörungen finden nach Art. 14 Abs. 1 VO 773/04 vor dem Anhörungsbeauftragten statt. Dieser ist formell dem Wettbewerbskommissar unterstellt, von diesem jedoch unabhängig und nicht wei-

⁷⁶ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom Europäischen Rat am 7. Dezember 2000 in Nizza feierlich proklamiert (Abl. EG Nr. C 364/1 vom 18. Dezember 2000).

⁷⁷ Vgl. hierzu *Jahn*, Durchsuchungsrecht der Kommission, 67 ff.

⁷⁸ Der Schutz des Privat- und Familienlebens und der Wohnung wird zukünftig in Art. II-67 EV geregelt sein.

⁷⁹ EuGH, Rs. 45/69, *Böhringer*, Slg. 1970, 769 Rn. 9; verb. Rs. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 bis C-129/85, *Ahlström*, Slg. 1993, I-1307 Rn. 42.

⁸⁰ EuGH, Rs. 45/69, *Böhringer*, Slg. 1970, 769 Rn. 9; Rs. 85/76, *Hoffman La Roche*, Slg. 1979, 461 Rn. 10.

⁸¹ EuGH, Rs. 142/84, *BAT Reynolds*, Slg. 1986, 1899 Rn.13.

⁸² EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Zement*, Slg. 1992, II-2667 Rn. 480.

sungsgebunden.⁸³ Aufgabe des Anhörungsbeauftragten ist es für einen ordnungsgemäßen Ablauf der Anhörung zu sorgen und zur Objektivität sowohl der Anhörung als auch der späteren Entscheidung beizutragen. Der Anhörungsbeauftragte wird von dem Direktor, in dessen Zuständigkeit die Bearbeitung der Sache fällt, bis zur Vorlage des Entscheidungsentwurfs über den Ablauf des Verfahrens auf dem Laufenden gehalten und kann an das zuständige Kommissionsmitglied Bemerkungen zu sämtlichen Fragen im Zusammenhang mit einem Wettbewerbsverfahren der Kommission richten. Ferner erstattet er dem zuständigen Kommissionsmitglied Bericht über den Ablauf der Anhörung und seine Schlussfolgerungen in Bezug auf die Ausübung des Anhörungsrechts. Darüber hinaus kann sich der Anhörungsbeauftragte auch zum weiteren Verlauf des Verfahrens äußern. So kann er unter anderem die Einholung von weiteren Auskünften, den Verzicht auf bestimmte Beschwerdepunkte oder die Mitteilung zusätzlicher Beschwerdepunkte anregen. Schließlich erstellt er einen schriftlichen Abschlussbericht über die Wahrung des Anhörungsrechtes, der dem beratenden Ausschuss und der Kommission mit dem Entscheidungsentwurf vorlegt wird. In den Erwägungsgründen zum Beschluss über das Mandat des Wettbewerbsbeauftragten weist die Kommission nunmehr unter Bezugnahme auf die Grundrechte-Charta ausdrücklich auf die Bedeutung des Anhörungsrechtes hin und möchte im Vergleich zur vorherigen Stellung den Anhörungsbeauftragten stärken.⁸⁴

V. Akteneinsichtsrecht

Nachdem der EuGH zunächst festgestellt hatte, dass es gegen elementare Rechtsgrundsätze verstoßen würde, eine gerichtliche Entscheidung auf Tatsachen und Urkunden zu stützen, bezüglich derer seitens der Partei keine Kenntnis- bzw. Stellungnahme möglich war, hat er den Grundsatz später auch für alle Verwaltungsverfahren anerkannt, die zu Sanktionen nach dem EG-Kartellrecht führen können.⁸⁵ Mittlerweile ist durch Art. 255 EG eine primärrechtliche Grundlage für ein Akteneinsichtsrecht geschaffen worden. Durch Art. 27 Abs. 2 VO 1/03 wird dem Betroffenen in Übernahme der Rechtsprechung des EuG ein grundsätzlich umfassendes Akteneinsichtsrecht zugestanden, das in Art. 15 VO 773/04 näher geregelt wird. Nach Auffassung des EuG soll,

„die Akteneinsicht in Wettbewerbssachen [...] den Adressaten der Mitteilung der Beschwerdepunkte in die Lage versetzen, von den in den Akten der Kommission vorhandenen Beweisstücken Kenntnis zu nehmen, um aufgrund dieser Beweisstücke in zweckmäßiger Weise zu den Schlussfolgerungen Stellung nehmen zu können, zu denen die Kommission in der Mitteilung ihrer Beschwerdepunkte gelangt ist. Die Akteneinsicht gehört somit zu den Verfahrensgarantien, die die Rechte der Verteidigung schützen sollen. Die tatsächliche Beachtung dieses allgemeinen Grundsatzes erfordert es, dem betroffenen

⁸³ Vgl. hierzu und dem Folgenden: Beschluss der Kommission vom 23. Mai 2001 über das Mandat von Anhörungsbeauftragten in bestimmten Wettbewerbsverfahren K2001/1461, Abl. Nr. L 162 vom 19. Juni 2001, S. 21.

⁸⁴ Vgl. Erwägungsgründe 2, 5 K 2001/1461.

⁸⁵ EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461 Rn. 9; Rs. 322/81, *Michelin*, Slg. 1983, 3467 Rn. 7.

Unternehmen bereits im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der von der Kommission angeführten Tatsachen, Rügen und Umstände gebührend Stellung zu nehmen.⁸⁶

Der EuGH beschränkte die Akteneinsicht zunächst nur auf die die Entscheidung tragenden Schriftstücke, da es keine Vorschrift gebe, die die Kommission zur Bekanntgabe des Akteninhalts verpflichtet.⁸⁷ Nachdem die Kommission zunächst im 12. Wettbewerbsbericht angekündigt hatte, in Zukunft Akteneinsicht in weiterem Umfang zu gewähren, stellte das EuG fest, dass die Kommission durch die Schaffung eines Verfahrens zur Akteneinsicht in Wettbewerbssachen sich selbst bindende Regeln auferlegt habe, die über die vom Gerichtshof aufgestellten Anforderungen hinausgehen.⁸⁸ Für diese Bindungswirkung hat das EuG auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen, in der es der Gerichtshof einmal unter Hinweis auf den Vertrauensschutz, ein andermal unter Hinweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz den Organen der Gemeinschaft untersagt hat, ohne Begründung von Beschlüssen oder innerdienstlichen Richtlinien abzuweichen, denen als solches nicht der Charakter von Rechtsnormen zukommt.⁸⁹ Folglich sei die Kommission verpflichtet, den betroffenen Unternehmen die Gesamtheit der belastenden und entlastenden Schriftstücke zugänglich zu machen, die sie im Laufe der Untersuchung gesammelt hat. Hiervon ausgenommen seien nur die Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen, interne Schriftstücke der Kommission und andere vertrauliche Informationen.⁹⁰

In späteren Verfahren kam das EuG zum Ergebnis, dass auch das Erfordernis der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse Dritter nicht dazu führen dürfe, das aus dem Grundsatz der Waffengleichheit abgeleitete Akteneinsichtsrecht einzuschränken.⁹¹ Enthalten bestimmte Schriftstücke nach Ansicht der Kommission Geschäftsgeheimnisse oder andere vertrauliche Informationen, muss sie nichtvertrauliche Fassungen dieser Schriftstücke herstellen oder durch die Beteiligten, von denen die fraglichen Schriftstücke stammen, herstellen lassen. Eine entsprechende Verpflichtung der betroffenen Unternehmen ergibt sich mittlerweile aus Art. 16 VO 773/04, wobei diesen bereits bei der Einreichung der Unterlagen die Möglichkeit eingeräumt wird, vertrauliche Informationen kenntlich zu machen. Wenn sich die Herstellung nichtvertraulicher Fassungen sämtlicher in Betracht kommender Schriftstücke als schwierig erweist, muss sie den betroffenen Beteiligten ein hinreichend genaues Verzeichnis der problematischen Schriftstücke übersenden. Damit sollen die Betroffenen in die Lage versetzt werden, in Kenntnis der Sachlage zu entscheiden, ob die angeführten Schriftstücke für ihre Verteidigung von Bedeutung sein könnten.⁹² Vor der Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen hat die Kommission jedoch eine gerichtlich überprüfbare Entscheidung

⁸⁶ EuG, Rs. T-30/91, *Solvay*, Slg. 1995, II-1775 Rn. 59.

⁸⁷ EuGH, Rs. 5/85, *Akzo*, Slg. 1986, 1965 Rn. 16.

⁸⁸ EuG, Rs. T-7/89, *Hercules*, Slg. 1991, II-1711 Rn. 53.

⁸⁹ EuGH, Rs. 81/72, *Kommission/Rat: Beamtenstatus*, Slg. 1973, 575 Rn. 10; Rs. 148/73, *Louwage*, Slg. 1974, 81 Rn. 11, 18.

⁹⁰ EuG, Rs. T-7/89, *Hercules*, Slg. 1991, II-1711 Rn. 54.

⁹¹ EuG, Rs. T-30/91, *Solvay*, Slg. 1995, II-1775 Rn. 81,83; Rs. T-36/91, *ICI*, Slg. 1995, II-1847 Rn. 93.

⁹² EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Zement*, Slg. 1992, II-2667 Rn. 147.

zu erlassen und den Betroffenen die Gelegenheit des Rechtsschutzes gegen die Entscheidung einzuräumen.⁹³ Damit sich die Beteiligten sachgerecht verteidigen können hat die Kommission diesen die vollständige Ermittlungsakte zugänglich zu machen, mit Ausnahme der Schriftstücke, die Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen oder andere vertrauliche Informationen enthalten, sowie der internen Vermerke der Kommission.⁹⁴ Unter ausdrücklicher Berücksichtigung der Rechtsprechung hat die Kommission 1997 interne Verfahrensvorschriften für die Akteneinsicht in kartellrechtlichen Verfahren⁹⁵ geschaffen, die 2004 überarbeitet wurden.⁹⁶

Hatte der EuGH zunächst festgestellt, dass eine nicht durchgeführte Akteneinsicht bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens noch geheilt werden könne,⁹⁷ kam das EuG zum Ergebnis, dass eine nicht gewährte Akteneinsicht nicht mehr im gerichtlichen Verfahren nachgeholt werden könne:⁹⁸

„Die Verteidigungsrechte sind verletzt, wenn eine, sei es auch nur geringe, Möglichkeit besteht, dass das Verwaltungsverfahren zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, falls der Kläger das Schriftstück im Verwaltungsverfahren hätte heranziehen können.“⁹⁹ „Dies hat keineswegs die Nichtigerklärung der gesamten Entscheidung zu Folge, sondern ist nur insoweit von Belang, als der entsprechende von der Kommission erhobene Vorwurf nur anhand dieser Schriftstücke bewiesen werden kann.“¹⁰⁰

C. Das attorney client privilege – Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem und europäischem Kartellverfahrensrecht

Das Recht auf juristischen Beistand eines von einem hoheitlichen Verfahren auch nur potentiell Betroffenen ist als allgemeiner Rechtsgrundsatz sowohl im deutschen Verfassungsrecht als Verfahrensgrundrecht aus dem Rechtsstaatsprinzip,¹⁰¹ im Europäischen Gemeinschaftsrecht,¹⁰² als auch in Art. 6 Abs. 3 lit. b, c EMRK und in

⁹³ EuGH, Rs. 5/85, *Akzo*, Slg. 1986, 1965 Rn. 29.

⁹⁴ EuG, Rs. T-7/89, *Hercules*, Slg. 1991, II-1711 Rn. 54.

⁹⁵ Mitteilung der Kommission über interne Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, der Artikel 65 und 66 EGKS-Vertrag und der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, Abl. Nr. C 23 vom 23. Juni 1997, S. 3.

⁹⁶ Entwurf einer Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Artikel 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, Abl. Nr. C 259 vom 21. Oktober 2004, S. 8.

⁹⁷ EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461 Rn. 15.

⁹⁸ EuG, Rs. T-30/91, *Solvay*, Slg. 1995, II-1775 Rn. 98; Rs. T-36/91, *ICI*, Slg. 1995, II-1847 Rn. 108.

⁹⁹ EuG, Rs. T-7/89, *Hercules*, Slg. 1991, II-1711 Rn. 56; verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Zement*, Slg. 1992, II-2667 Rn. 241.

¹⁰⁰ EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Zement*, Slg. 1992, II-2667 Rn. 364.

¹⁰¹ BVerfGE 39, 156 (163); 65, 171 (174 f.); 68, 237 (255).

¹⁰² EuGH, Rs. 115/80, *Demont*, Slg. 1981, 3147 Rn. 10 ff.; EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88 *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 16.

Art. 14 IPbürgR anerkannt. Dieses Recht ist auch im sekundären Gemeinschaftsrecht z.B. in Art. 14 Abs. 5 VO 773/2004 für Anhörungen im Kartellverfahren gewährleistet. Zur effektiven Durchsetzung dieses Rechts ist es notwendig, dass die zu einer umfassenden juristischen Beratung notwendige Übermittlung von vertraulichen Informationen derart geschützt ist, dass Dritte, insbesondere die Ermittlungsbehörden, keinen Einblick in die Korrespondenz nehmen können.

Dieses Schutzprivileg verkörpert das *attorney client privilege* oder *professional legal privilege*. Ohne dieses Privileg würde die potentielle Verwertbarkeit der Kommunikation in einem Kartellverfahren gegen den Mandanten dazu führen, dass dieser seine Unternehmenspolitik gegenüber dem Anwalt nicht bzw. nicht im ausreichenden Maße offenbaren und so eine vollumfängliche Rechtsberatung und die Verhinderung von Wettbewerbsverstößen nicht¹⁰³ bzw. durch die Notwendigkeit des Verzichts auf Schriftlichkeit bei der Kommunikation nicht effizient erfolgen könnte. Dadurch würde das Wettbewerbsrecht maßgeblich seiner präventiven Wirkung und so eines erheblichen Teiles seiner Wirksamkeit beraubt.¹⁰⁴ Außerdem könnte bei Verwertung dieser Korrespondenz mittelbar das oben dargestellte Recht der Aussageverweigerung umgangen werden, was im Wertungswiderspruch zu diesem grundlegenden Verfahrensrecht stehen würde. Mithin liegt die Gewährung und der Schutz dieses Privilegs sowohl im Individualinteresse, weil es dem Unternehmen dadurch möglich ist eine ungefährdete Vertrauensbeziehung zu seinem Rechtsbeistand aufzubauen, als auch im öffentlichen Interesse an der Vermeidung von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht und der Beilegung von Rechtsstreitigkeiten.¹⁰⁵

I. Das Anwaltsprivileg im deutschen Kartellverfahrensrecht

Das Kartellverfahren nach deutschem Recht gliedert sich in zwei Teile – das Verwaltungsverfahren nach §§ 54 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und das Bußgeldverfahren nach §§ 81 ff. GWB.

1. Bußgeldverfahren

Hinsichtlich der Regeln des Bußgeldverfahrens verweist § 46 Abs. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) auf die Strafprozessordnung (StPO). Das Recht auf anwaltlichen Beistand wird in § 137 StPO gewährleistet und gilt so auch für das Bußgeldverfahren nach dem GWB. Der Rechtsanwalt hat zudem gem. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht, welches gem. § 97 StPO durch ein Beschlagnahmeverbot für Dokumente, die sich im Gewahrsam des Anwalts befinden, abgesichert wird. Damit sind Aufzeichnungen und der Briefwechsel grundsätzlich nur dann geschützt, wenn sie sich beim Anwalt befinden. Das Beschlagnahmeverbot beim Anwalt findet dabei gem. § 97 Abs. 2 S. 3 StPO seine Grenze in der eigenen Verwick-

¹⁰³ BVerfGE 38, 321 (323) mit Verweis darauf, dass die Offenheit und deren Schutz im öffentlichen Interesse liegt.

¹⁰⁴ Vgl. dazu *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 298 f.

¹⁰⁵ Vgl. zu dem englischen Ursprung dieses Privilegs *Gumbel*, Grundrechte im EG-Kartellverfahren, 158.

lung des Verteidigers in Form der Begünstigung, Strafvereitelung, Hehlerei oder der Teilnahme an der Straftat.

Wird jedoch ein Ermittlungsverfahren gegen den Mandanten eingeleitet, garantiert § 148 StPO den freien Verkehr zwischen ihm und seinem Rechtsbeistand. Dadurch werden sämtliche ab diesem Zeitpunkt entstehende Unterlagen und damit auch die Korrespondenz zwischen Anwalt und Mandant gleichgültig, ob sie sich beim Mandanten oder beim Anwalt befinden, geschützt, soweit diese einen Bezug zur Verteidigung haben.¹⁰⁶ Darunter fallen nach der Rechtsprechung und der Praxis des Bundeskartellamtes auch diejenigen Schriftstücke des Mandanten, die zur Vorbereitung der Verteidigung dienen.¹⁰⁷

2. *Verwaltungsverfahren*

Im Verwaltungsverfahren ist kein explizites Auskunftsverweigerungsrecht für Anwälte bei Auskunftsverlangen und Durchsuchungen nach § 59 GWB normiert. Da es sich bei ihnen jedoch nicht um Unternehmen oder Vereinigungen handelt, die einem Auskunftsverlangen der Kartellbehörde ausgesetzt sein können, und sie als Zeugen gem. § 57 Abs. 2 GWB i.V.m. § 383 Abs. 1 Nr. 6 der Zivilprozessordnung (ZPO) nicht auskunftspflichtig sind, sind sie von Auskunftsersuchen der Kartellbehörde nicht betroffen.

Hinsichtlich der Beschlagnahme fehlt wiederum ein explizites Verweigerungsrecht in § 58 GWB. Eine Beschlagnahme kann sich jedoch nicht nur gegen Unternehmen und Vereinigungen, sondern auch gegen natürliche Personen richten, womit die Anwälte betroffen wären.¹⁰⁸ Allerdings wendet das Bundeskartellamt¹⁰⁹ unter Zustimmung der Wissenschaft¹¹⁰ in diesem Fall § 97 StPO mit der Begründung an, dass Beschlagnahmebefugnisse im Verwaltungsverfahren, die über die Befugnisse im Bußgeldverfahren hinausgehen, den Schutz im Bußgeldverfahren aushebeln könnten. Im Verwaltungsverfahren besteht jedoch noch kein Beschuldigten-Verteidiger-Verhältnis, so dass der Schutz von § 148 StPO dort nicht Platz greift und die Anwaltskorrespondenz in den Händen des Mandanten vor Beschlagnahme nicht geschützt ist.

Insgesamt kann daraus geschlossen werden, dass Unterlagen, insbesondere solche, die vor Bestehen eines Beschuldigten-Verteidiger-Verhältnisses entstanden sind, nur dann umfassend geschützt sind, wenn sie sich im Gewahrsam des Anwalts befinden. Hintergrund dieses Privilegs ist mithin der Schutz der anwaltlichen Betätigung, die im öffentlichen Interesse liegt und durch das Verteidiger-Beschuldigten-Verhältnis intensiviert wird, nicht aber die Sicherung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten.¹¹¹

¹⁰⁶ BGH, NJW 1973, 2035 (2036 f.).

¹⁰⁷ BGH, NJW 1973, 2035 (2036 f.); Stellungnahme des Präsidenten Bundeskartellamtes vom 8. Oktober 1981, WuW 1983, 283 (284 f.).

¹⁰⁸ Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 55, Rn. 6.

¹⁰⁹ Stellungnahme des Präsidenten Bundeskartellamtes vom 8. Oktober 1981, WuW 1983, 283 (285).

¹¹⁰ Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 55, Rn. 6; Weiß, Verteidigungsrechte in EG-Kartellverfahren, 421; ablehnend: Klaue, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 46, Rn. 67.

¹¹¹ Weiß, Verteidigungsrechte in EG-Kartellverfahren, 420 f.

II. Das Anwaltsprivileg im europäischen Kartellverfahrensrecht

Das Kartellverfahren nach europäischem Recht verleiht der Kommission gem. Art. 17 ff. VO 1/03 umfangreiche Ermittlungsbefugnisse in Form von Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei Unternehmen, die in Verdacht stehen, gegen Art. 81 f. EG verstoßen zu haben. Diese Befugnisse beziehen sich anders als noch unter Geltung der VO 17/62 nicht nur auf die Räumlichkeiten der Unternehmen,¹¹² sondern nach Art. 21 VO 1/03 auch auf andere Räumlichkeiten.

Durch die VO 1/03 wird zudem durch die Abschaffung der Verfahren auf Erteilung eines Negativattestes und einer Freistellung sowie der unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 3 EG eine höhere Verantwortung auf das einzelne Unternehmens verlagert, das nicht mehr die Möglichkeit hat, sich bei Zweifelsfragen an die Kommission zu wenden. Der Beratungsbedarf des Unternehmens wird somit erhöht¹¹³ und ein wirksamer Schutz der Korrespondenz mit dem Rechtsberater unerlässlich, da die Kommission sonst in der Lage wäre, durch gezielten Zugriff auf diese Unterlagen den aufgearbeiteten Sachverhalt samt juristischer Bewertung aufzuklären. Durch die große Bedeutung der präventiven Wirkung des materiellen Kartellrechts, die nur durch eine umfassende juristische Beratung sichergestellt werden kann, wäre die Wirkung solcher Eingriffsrechte für die Wettbewerbsordnung fatal.

Das *legal privilege* ist dennoch in der Novellierung der Kartellverfahrensverordnung nicht berücksichtigt worden und bleibt somit, wie unter der Geltung der VO 17/62, unregelt, obwohl erst durch die Änderung eine Durchsuchung der Räume des unternehmensexternen Anwalts überhaupt möglich wurde. Aus diesem Grund ist die Behandlung der Unterlagen aus dem Anwalt-Mandaten-Verhältnis mangels einschlägiger Regelung durch eine Stellungnahme der Kommission sowie durch die Rechtsprechung geprägt.

1. Stellungnahme der Kommission

In einer Antwort auf eine Anfrage des Abgeordneten *Cousté* ging die Kommission von einem Verwertungsverbot von Dokumenten mit Bezug zu rechtlicher Beratung aus. Dabei behielt sie sich jedoch das Recht vor, die fraglichen Unterlagen selbst zu beurteilen und verwies hinsichtlich des Schutzes der Dokumente auf die Pflicht der Kommissionsbediensteten zur Wahrung von Berufsgeheimnissen.¹¹⁴ Der Schutz der Berufsgeheimnisse nach Art. 28 VO 1/03 soll das Unternehmen davor schützen, dass solche Geheimnisse in den Unterlagen der Kommission den Konkurrenten bekannt werden, nicht jedoch vor Kenntnisnahme durch die Kommission selbst.

Diese Auffassung sollte ersichtlich dem herausragenden Ziel des Kartellverfahrens nach wirksamer Wettbewerbssicherung durch eine möglichst umfassende Information der Kommission dienen. Die zentrale Bedeutung der präventiven Wirkung von juristischer Beratung zur Vermeidung von Wettbewerbsverstößen wurde dabei jedoch ver-

¹¹² Art. 14 Abs. 1 VO 17/62.

¹¹³ Die Begründung zur analogen Änderung des deutschen Wettbewerbsrechts durch die siebte Novelle zum GWB begründet dies mit der Internalisierung der Kosten für die präventive Rechtskontrolle (BR-Drs. 441/04, 73).

¹¹⁴ ABl. EG C 188/1978, S. 31.

kannt bzw. einer Verhinderung von Wettbewerbsverstößen durch staatliche Aufsicht untergeordnet.

2. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des EuGH zur generellen Geltung des Rechts auf anwaltlichen Beistand ging zunächst gegen die restriktive Normierung des Rechts auf anwaltlichen Beistand durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht vor. Art. 12 Abs. 2 VO 2842/98¹¹⁵ gewährte dieses Recht, wie die Vorgängervorschrift Art. 9 Abs. 2 S. 3 VO 99/63¹¹⁶, nur im Stadium nach Eröffnung des Verfahrens.¹¹⁷ In der Rechtssache *Hoechst* wurde der Kommission durch den Gerichtshof die Verpflichtung auferlegt, diese Verteidigungsrechte schon im Stadium der Voruntersuchungen zu wahren.¹¹⁸

In der Entscheidung im Nachprüfungsverfahren gegen das Unternehmen *AM&S* bekräftigte die Kommission ihre Auffassung ein vollumfängliches Einsichtsrecht zu haben.¹¹⁹ Im Rechtsmittelverfahren bestätigte der EuGH zwar das Recht der Kommission, sich die Dokumente vorlegen zu lassen, die sie zur Ermittlung eines Verstoßes für erforderlich hält, verwies jedoch auf dessen Grenzen, die sich aus den „Grundsätzen und Vorstellungen [...], die den Rechtsordnungen dieser Staaten im Hinblick auf die Vertraulichkeit insbesondere bestimmter Mitteilungen zwischen Anwalt und Mandant gemeinsam sind,“¹²⁰ ergeben. Dabei wies er auf die unterschiedliche Begründung dieses Privilegs in den Mitgliedstaaten hin. Während vornehmlich im Rechtskreis des common law dieses Privileg als Ausprägung der Verteidigungsrechte des Mandanten verstanden wird, gilt es in Kontinentaleuropa als Privileg des Anwalts als Mitgestalter der Rechtspflege.¹²¹

Trotz dieser Unterschiede, so der EuGH,

„gibt es in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten jedoch insoweit gemeinsame Kriterien, als die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandanten unter vergleichbaren Voraussetzungen geschützt ist, wenn der Schriftwechsel zum einen *im Rahmen und im Interesse des Rechts des Mandanten auf Verteidigung geführt* wird und zum anderen *von unabhängigen Rechtsanwälten*, das heißt von Anwälten ausgeht, die nicht durch einen Dienstvertrag an den Mandanten gebunden sind.“¹²²

Der Gerichtshof erkannte damit einen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des Schutzes der Vertraulichkeit von Dokumenten aus der Korrespondenz zwischen Anwalt und Mandanten an und legte den Begriff der Vertraulichkeit unabhängig von

¹¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 2842/98 der Kommission vom 22. Dezember 1998 über die Anhörung in bestimmten Verfahren nach Art. 85 und 86 EG-Vertrag (Abl. EG L 354 vom 30. Dezember 1998, S. 18).

¹¹⁶ Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Art. 19 Abs. 1 und 2 der VO Nr. 17 des Rates, Abl. EG Nr. 63/2268 vom 20. August 1963.

¹¹⁷ Die VO 2842/98 wurde inzwischen durch die VO 773/04 abgelöst.

¹¹⁸ EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 16.

¹¹⁹ Abl. 1979, L 199/31.

¹²⁰ EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575 Rn. 18.

¹²¹ *Gumbel*, Grundrechte im EG-Kartellverfahren, 157 ff.

¹²² EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575 Rn. 21.

den verschiedenen Regelungen in den Mitgliedstaaten gemeinschaftsautonom aus. Diese Vertraulichkeit stellt er als gemeinsamen Grundsatz der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich unabhängiger, frei in Anspruch zu nehmender Rechtsberatung dar. Die Vertraulichkeit soll bei Anwaltskorrespondenz demnach grundsätzlich gegeben sein, wenn sie erstens zum Zwecke der Verteidigung des Mandanten geführt wurde und zweitens von unabhängigen Anwälten ausging, die in einem Mitgliedstaat zugelassen sind.¹²³ Als Maßstab für die Beurteilung der Unabhängigkeit zieht der Gerichtshof allerdings nicht die Bindung an das Landesrecht heran, das die Anwälte in ihrer Funktion als Organe der Rechtspflege absichert. Vielmehr soll das Nichtbestehen von vertraglichen Bindungen zwischen Anwalt und Mandant ausschlaggebend sein.

Schriftliche Korrespondenz ist von diesem Schutz damit erfasst, wenn sie nach Eröffnung des Verfahrens geführt worden ist oder auch früher, wenn sie nur einen Bezug zum Gegenstand des Verfahrens aufweist.¹²⁴ Somit ist jeglicher Schriftwechsel mit Bezug zum Verfahrensgegenstand zwischen dem Unternehmen und seinem Anwalt, unabhängig davon in wessen Händen sich die Dokumente befinden, geschützt, so dass die Rechtsberatung schon im Vorfeld einer wettbewerbsrelevanten Verhaltensweise beginnen kann und Wettbewerbsverstöße verhindert werden können.¹²⁵

Dieser Schutz wurde durch das EuG in der Rechtssache *Hilti* bestätigt und dahingehend erweitert, dass unternehmensinterne Dokumente, welche die bei unabhängigen Rechtsberatern eingeholten Informationen lediglich zusammenfassen und so gerade nicht Teil des Schriftwechsels zwischen Anwalt und Unternehmen sind, ebenso wie der Schriftwechsel selbst vor dem Zugriff geschützt sind.¹²⁶ Dies wird aus dem Zweck dieser Mitteilungen an die leitenden Mitarbeiter, Entscheidungen auf der Grundlage der Rechtsberatung zu fällen, hergeleitet.¹²⁷ Diese Auslegung verfolgt den effektiven Schutz der Korrespondenz und will die Reichweite des Schutzes nicht von der unternehmensinternen Struktur abhängig machen, um nicht die Vorteile der präventiven Wirkung zu gefährden.

Das Unternehmen ist zur Durchsetzung dieses Privilegs zwar nicht verpflichtet, den Inhalt der Dokumente zu offenbaren, doch muss es substantiiert darlegen, dass die Unterlagen rechtsberatenden Charakter haben.¹²⁸ Damit hat die Rechtsprechung das von der Kommission in Anspruch genommene Beurteilungsrecht zurückgewiesen. Gegen eine eventuell mit Zwangsgeld oder Geldbuße sanktionierte Anforderung bestimmter Dokumente durch die Kommission kann das Unternehmen Nichtigkeitsklage zum Gericht erheben, welches unter Einsichtnahme in die Dokumente deren Charakter beurteilt.¹²⁹ Allerdings hat die Klage keine aufschiebende Wirkung, so dass ein Antrag nach Art. 242 EG erforderlich ist. Hierdurch sind die vertraulichen Do-

¹²³ EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575 Rn. 21 mit Verweis auf RL 77/249.

¹²⁴ *Ibid.*, Rn. 23.

¹²⁵ EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575 Rn. 23; EuG, Rs. T-30/89, *Hilti*, Slg. 1990, II-163 Rn. 13.

¹²⁶ EuG, Rs. T-30/89, *Hilti*, Slg. 1990, II-163 Rn. 15 ff.

¹²⁷ *Ibid.*, Rn. 18.

¹²⁸ EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575 Rn. 29.

¹²⁹ *Ibid.*, Rn. 30 f.

kumente solange vor dem Zugriff durch die Kommission geschützt, bis über ihren Charakter und damit über das Zugriffsrecht der Kommission entschieden ist. Mithin wird notwendigerweise im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits über die Hauptsache entschieden, da der Schutz der Vertraulichkeit der Korrespondenz auf anderem Wege nicht zu gewährleisten wäre.¹³⁰

3. Vergleichende Bewertung

Damit lässt sich vergleichend feststellen, dass durch die Anerkennung des Schutzes von Dokumenten im Gewahrsam des Unternehmens, die im Vorfeld des Verfahrens entstanden sind, der Schutz nach europäischem Kartellverfahrensrecht weiter ist als nach deutschem Kartellverfahrensrecht. In Hinblick auf die präventive Funktion von anwaltlicher Beratung im Kartellrecht wäre ein solcher Umfang auch für das deutsche Kartellverfahrensrecht wünschenswert.

Grund für diese Unterschiede sind die verschiedenen Schutzzwecke, die mit dem Privileg verfolgt werden. Im europäischen Kartellverfahrensrecht wird die Beziehung Anwalt-Mandant als solche für schutzwürdig erachtet und jegliche Korrespondenz geschützt, die sich auf ein Verfahren bezieht. Das deutsche Recht gewährt dagegen diesen Schutz nur im Zusammenhang mit dem Verfahren und dehnt erst von diesem Ausgangspunkt das Privileg zur Sicherung der Verfahrensrechte auf die verfahrensbezogene Korrespondenz vor Eröffnung des Bußgeldverfahrens aus. Dabei wird deutlich, dass diese Konzeption die Möglichkeit der Prävention von Wettbewerbsverstößen durch anwaltliche Beratung nicht hinreichend einbezieht, sondern allein auf die Verhinderung von Wettbewerbsverstößen durch staatliche Aufsicht setzt.

In der Absicherung dieser präventiven Wirkung zeigt sich auch die große Bedeutung einer Normierung dieses so zentralen Verfahrensbereiches, die dem Normgeber die Abwägung und den Ausgleich der verschiedenen Interessen und Wege zur Erreichung des Zieles auferlegen würde. Dies muss Ziel einer, wenn wohl auch nicht in naher Zukunft anstehenden Novellierung der VO 1/03 sein. Eine Möglichkeit dazu böte die in Art. 44 VO 1/03 vorgesehene Berichterstattung der Kommission an das Europäische Parlament fünf Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung, auf deren Grundlage die Kommission gegebenenfalls eine Überarbeitung vorschlägt.

III. Geltung des Anwaltsprivilegs für Syndikusanwälte

Ein spezielles Problem stellt die Geltung des Anwaltsprivilegs für solche Juristen dar, die zwar als Anwalt zugelassen sind und somit den anwaltlichen Berufspflichten unterstehen, aber in einem Unternehmen fest angestellt sind (so genannte Syndikusanwälte).

¹³⁰ Weiß, Verteidigungsrechte in EG-Kartellverfahren, 436.

1. Regelungen des deutschen Kartellverfahrensrechts

Ein Syndikus hat, sofern er als Rechtsanwalt zugelassen ist und anwaltliche Funktion übernimmt,¹³¹ ebenso wie ein unternehmensexterner Anwalt ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO, § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO,¹³² woraus sich das Beschlagnahmeverbot für Unterlagen in seinem Gewahrsam gem. § 97 StPO ergibt. Die Übernahme anwaltlicher Funktionen wird dabei als Befassung mit typischen anwaltlichen Aufgaben und einer hinreichenden Unabhängigkeit verstanden.¹³³ Diese Voraussetzungen sind durch die Geltung der anwaltlichen Berufspflichten sichergestellt. In soweit besteht kein Unterschied zu unternehmensexternen Anwälten.

Allerdings kann ein Syndikus das Unternehmen, bei dem er angestellt ist, gem. § 46 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) nicht vor (Schieds-)Gerichten vertreten, womit ein für den Schutz des § 148 StPO notwendiges Beschuldigten-Verteidiger-Verhältnis nicht bestehen kann.¹³⁴ Mithin ist die Korrespondenz nur dann geschützt, wenn sie sich im alleinigen Gewahrsam des Syndikusanwalts befindet, also in dessen unternehmensexterner Kanzlei,¹³⁵ oder in einem nur dem Syndikus zugänglichen Gebäudeteil aufbewahrt wird.¹³⁶

Diese vom Bundeskartellamt geäußerte Auffassung, die zu einer Beschränkung des Schutzes bei Syndikusanwälten im Vergleich zu unternehmensexternen Anwälten führt, wird in der Literatur nicht einhellig befürwortet. Anknüpfungspunkt der Kritik ist das Verbot der gerichtlichen Vertretung in § 46 BRAO. Danach schließe erst dieses die gerichtliche Vertretung aus, während die außergerichtliche Vertretung im Verwaltungs- und Bußgeldverfahren nach GWB nicht untersagt wäre und so ein Beschuldigten-Verteidiger-Verhältnis bestünde, das gem. § 148 StPO auch die Unterlagen im Gewahrsam des Mandanten schütze.¹³⁷

Ratio des § 46 BRAO ist die Sicherung der Unabhängigkeit des Anwalts als Organ der Rechtspflege. Das Verbot der Vertretung ist jedoch bewusst entgegen einiger Vorschläge, dieses auf die gesamte anwaltliche Tätigkeit für das beschäftigende Unternehmen auszudehnen, nur auf die gerichtliche Vertretung beschränkt worden.¹³⁸ Diese Einschränkung bildet den maßgebenden Unterschied zwischen Syndikusanwälten

¹³¹ Die Frage, ob ein Syndikusanwalt anwaltlich tätig ist, wird vom BGH in ständiger Rechtsprechung verneint (vgl. nur BGHZ 141, 169, BGH, NJW 2003, 2750), während die überwiegende Ansicht in der Wissenschaft diese Frage bejaht und die Widersprüchlichkeit in der Argumentation des BGH aufzeigt (statt vieler *Frenzel*, MDR 2003, 1323 (1324); *Redeker*, NJW 2004, 889 [890 f.] jeweils m.w.N.). Hinsichtlich des hier gegenständlichen Zeugnisverweigerungsrechts und des sich daraus ergebenden Anwaltsprivilegs besteht jedoch kein Streit mehr, so dass auf die Auseinandersetzung mit den Positionen verzichtet werden kann.

¹³² LG München, AnwBl. 1982, 197.

¹³³ *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, Vor § 81, Rn. 170; *Hassemer*, wistra 1986, 1 (13 f.).

¹³⁴ Stellungnahme des Präsidenten Bundeskartellamtes vom 8. Oktober 1981, WuW 1983, 283 (286).

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Roxin*, NJW 1995, 17 (22).

¹³⁷ *Weiß*, Verteidigungsrechte in EG-Kartellverfahren, 422, kritisiert, dass § 46 BRAO nur die gerichtliche Vertretung ausschließt und will deshalb den Schutz des § 148 StPO für den Syndikus ausdehnen.

¹³⁸ Vgl. *Roxin*, NJW 1992, 1129 (1130 ff.).

und unternehmensexternen Anwälten und ist so nicht geeignet, Einschränkungen des Privilegs für Syndikusanwälte zu begründen. Damit gelten für Syndikusanwälte wie für unternehmensexterne Anwälte die oben dargestellten Regeln, wonach sowohl beim Anwalt als auch beim Unternehmen die Korrespondenz geschützt ist, die im Rahmen eines Beschuldigten-Verteidiger-Verhältnisses, also nach Eröffnung des Bußgeldverfahrens, entstanden ist. Im Übrigen wirkt der Schutz aufgrund der *ratio* des Privilegs nach deutschem Recht umfassend nur für diejenige Korrespondenz, die sich im Gewahrsam des Syndikusanwalts befindet.

2. Regelungen des europäischen Kartellverfahrensrechts

a) Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rechtssache *AM&S*

Im Gegensatz zum deutschen Recht ist der Schriftwechsel mit Syndikusanwälten im Europäischen Kartellverfahren nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rs. *AM&S* generell nicht privilegiert.¹³⁹ Dies wird damit begründet, dass die Syndikusanwälte aufgrund ihrer vertraglichen Beziehungen nicht als unabhängige Mitgestalter der Rechtspflege anzusehen seien, obwohl der EuGH als Maßstab für die Unabhängigkeit auch die Bindung an das Standesrecht durch das Erfordernis der Zulassung zur Anwaltschaft angenommen hat und Syndikusanwälte in einigen Mitgliedstaaten, wie z.B. in Deutschland, als Anwälte zugelassen sein können und so dem Standesrecht unterliegen.¹⁴⁰ Hintergrund dieser Rechtsprechung ist wohl auch das praktische Problem, dass für den Fall der Anerkennung des Privilegs auch für Syndikusanwälte eine Einzelfallbetrachtung nach dem Maß deren Unabhängigkeit aufgrund ihrer Stellung im Unternehmen erfolgen und dabei nach den die Unabhängigkeit garantierenden Standesregeln der Anwaltschaft innerhalb der Gemeinschaft differenziert werden müsste. Diese Einzelfallprüfung würde jedoch die für die Offenheit der Rechtsberatung notwendige Rechtssicherheit hinsichtlich des Einsichtsrechts der Kommission ebenso wenig gewährleisten.

b) Präsident des Gerichts in den Rs. *Akzo Nobel Chemicals* und *Akcros Chemicals*

Nachdem das Urteil des EuGH in der Rechtssache *AM&S* zwei Jahrzehnte das Verfahrensrecht hinsichtlich der Geltung des *attorney client privilege* für Syndikusanwälte prägte, ist die Rechtslage durch den Beschluss des Präsidenten des Gerichts vom 30. Oktober 2003 in den verbundenen Rechtssachen *Akzo Nobel Chemicals* und *Akcros Chemicals* in Bewegung geraten.¹⁴¹ Hintergrund dieses Beschlusses war die Beschlagnahme von Unterlagen der Unternehmen *Akzo Nobel Chemicals* und *Akcros Chemicals* durch die Kommission im Rahmen von Ermittlungen im Kartellverfahren.

¹³⁹ EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575 Rn. 21.

¹⁴⁰ Vgl. oben C II. 2.

¹⁴¹ EuG, verb. Rs. T-125/03 R und T-253/03 R, *Akzo Nobel Chemicals Ltd und Akcros Chemicals Ltd* (noch nicht in der amtlichen Sammlung) – erhältlich im Internet: <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79968969T1903%20R0253_1&doc=T&ouvert=T&seance=ORD> (besucht am 12. Mai 2004). Vgl. auch die weiteren Verfahrensbeschlüsse des Präsidenten des Gerichts vom 25. Mai 2004 (Rs. T-253/03 2, T-253/03 3).

Dabei wurde die Frage der Privilegierung verschiedener Arten von Dokumenten streitig. Zum einen handelte es sich um Unterlagen, die der Vorbereitung einer Beratung durch unternehmensexterne Rechtsanwälte dienen sollten, und zum anderen um Unterlagen der internen Korrespondenz mit einem Unternehmensjuristen. Die Kommission erkannte die Ansprüche der Unternehmen auf Privilegierung insbesondere der letztgenannten Dokumente nicht an. Nachdem die Kommission die Verwertung der Dokumente ankündigte, wendeten sich die Unternehmen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes an das Gericht.

Der Präsident wirft in seinem Beschluss die Frage auf, ob durch die Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte seit 1982 und die Anerkennung des Privilegs in den Mitgliedstaaten die Privilegierung nicht auf die Korrespondenz mit unternehmensinternen Rechtsanwälten ausgedehnt werden sollte.¹⁴² Dies begründet er damit, dass das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses nicht notwendig die Unabhängigkeit von Unternehmensjuristen beeinträchtigt, wenn sie als Anwälte an strenge Berufsregeln gebunden sind.¹⁴³ Zudem müsste geklärt werden, ob die zum Zweck der externen Rechtsberatung erstellten Unterlagen dem Schutz des Anwaltsprivilegs unterfallen.¹⁴⁴ Aus diesen Gründen konnte den in Frage stehenden Dokumenten der Schutz des Anwaltsprivilegs nicht *per se* abgesprochen werden und der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz hatte hinsichtlich derjenigen Dokumente, in die die Kommission noch nicht Einsicht genommen hatte, Erfolg.

Im Rechtsmittel gegen den Beschluss des Präsidenten des Gerichts entschied der Präsident des EuGH am 27. September 2004 über den Schutz des Teiles der Unterlagen, die sich noch nicht in den Akten der Kommission, sondern in einem versiegelten Umschlag befanden.¹⁴⁵ Danach lagen die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung, genauer die Dringlichkeit der Anordnung, nicht vor. Zur Begründung wird ausgeführt, dass erstens das sich ein im Hauptverfahren eventuell ergebendes Verwertungsverbot zum Schutz ausreichend sei und darüber hinaus die Kommission in den fraglichen Teil der Dokumente bei der Durchsuchung bereits Einsicht genommen hätte und Dritten vor einer Entscheidung in der Hauptsache nach einer Erklärung nicht zugänglich machen wolle.¹⁴⁶ Aus diesen Gründen hob der Präsident des Gerichtshofs die einstweilige Anordnung in diesen Punkten auf.

Zur Beantwortung der im Beschluss des Präsidenten des Gerichts aufgeworfenen Fragen hinsichtlich der Reichweite des Schutzes des *professional legal privilege*, insbesondere für Syndikusanwälte, bleibt auf das Urteil im Hauptsacheverfahren und die Entscheidung des Gerichtshofs über eventuell eingelegte Rechtsmittel zu warten. Aus den Beschlüssen über die Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz lassen sich aufgrund des beschränkten Prüfungsumfanges keine Erkenntnisse zu diesen Fragen entnehmen.

¹⁴² *Ibid.*, Rn. 122 ff.

¹⁴³ *Ibid.*, Rn. 126.

¹⁴⁴ *Ibid.*, Rn. 109 ff.

¹⁴⁵ EuGH, Rs. C-7/04 P (R) 1, *Nobel Chemicals Ltd und Akros Chemicals Ltd*, (noch nicht in der amtlichen Sammlung) – erhältlich im Internet: <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79959072C19040007_1&doc=T&zouvert=T&seance=ORD> (besucht am 8. Dezember 2004).

¹⁴⁶ *Ibid.*, Rn. 36 ff.

c) *Literatur*

In der Literatur rief das Urteil des EuGH in der Rechtssache *AM&S* ein geteiltes Echo hervor. Die Mehrzahl der Anmerkungen forderte die Ausdehnung des Anwaltsprivilegs auf Syndikusanwälte¹⁴⁷ wie dies schon im Verfahren selbst von den Generalanwälten *Warner* und *Slynn* vorgetragen wurde.¹⁴⁸ Zustimmende Äußerungen in der Literatur verweisen auf die Gefahr, dass das Privileg andernfalls je nach Mitgliedstaat und beruflicher Stellung eines unternehmensinternen Juristen diskriminierend angewandt würde, da abgesehen von Deutschland und England in den meisten anderen Mitgliedstaaten eine Kumulation von Unternehmenstätigkeit und Mitgliedschaft im Anwaltsstand nicht möglich ist.¹⁴⁹

Die schärfste Kritik hat das Urteil hinsichtlich der Voraussetzung des Privilegs erfahren, dass der Anwalt unabhängig im Sinne des Nicht-Bestehens einer vertraglichen Verbindung mit einem Unternehmen zu sein hat, anstatt an die Bindung an die nationalen Berufspflichten anzuknüpfen, die die Unabhängigkeit des Anwalts voraussetzen.¹⁵⁰ Neben dieser Kritik wurden auch die Anforderungsmerkmale selbst als ungeeignet beurteilt, da sich die Unabhängigkeit von einem Unternehmen nicht nur in einer vertraglichen Bindung, sondern auch in einer wirtschaftlichen Bindung eines externen Anwalt widerspiegeln kann, der bspw. 90% seiner Mandate von einem Unternehmen erhält. Zudem bestehen z.B. durch Outsourcing der Rechtsabteilung in eine Kanzlei, die sich künftig ausschließlich der Beratung des Unternehmens widmet, Möglichkeiten diese Ausnahme vom Anwaltprivileg zu umgehen, ohne dass der Grad der Unabhängigkeit der Anwälte erhöht würde.¹⁵¹

Von der Literatur wird ferner das seit dem Urteil in der Rechtssache *AM&S* von 1982 weitgehend anerkannte Zeugnisverweigerungsrecht der Syndikusanwälte und das daraus folgende Beschlagnahmeverbot nach dem Recht der Mitgliedstaaten hervorgehoben, worauf nun auch der Präsident des Gericht in seinem Beschluss hingewiesen hat.¹⁵² Mithin lässt sich abgesehen von einigen zustimmenden Erörterungen des Urteils, die in der Mehrzahl die positive Seite des generellen Schutzes der Vertraulichkeit in der Beziehung zwischen Anwalt und Mandanten hervorheben, von einer, bezogen auf die einschränkende Auslegung des Anwaltsprivilegs, weitgehenden Ablehnung sprechen.¹⁵³

¹⁴⁷ *Burkhard*, 20 Int'l Law 677 (Spring 1986) (684 ff.); *Dolmans/Eichler/Müller-Ibold*, AnwBl. 49 (1999), 493 (494 ff.); *Eichler/Peukert*, AnwBl. 52 (2002), 189 (190 ff.); *Fischer/Iliopoulos*, NJW 1983, 1031 (1033 f.); *Gumbel*, Grundrechte im EG-Kartellverfahren, 173 ff.; *Hassemer*, wistra 1986, 1 (15 f.); *Mattfeld*, EuR 1988, 47 (51 f.); *Seits*, EuZW 2004, 231.

¹⁴⁸ EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575 (1655).

¹⁴⁹ *Hansen*, AnwBl 1980, 322 (325); *Gillmeister*, Ermittlungsrechte, 217 f.; *Kerse*, EEC antitrust procedure, 302; *Kuyper/van Rijn*, YEL 2 (1982), 1 (16).

¹⁵⁰ Vgl. FN 121; *Redeker*, NJW 2004, 889 (893) schlägt zur Absicherung der Unabhängigkeit der Syndikusanwälte vor, in den Verträgen zwischen Anwalt und Unternehmen die Weisungsfreiheit in der Beurteilung von Rechtsfragen zuzusichern.

¹⁵¹ *Gumbel*, Grundrechte im EG-Kartellverfahren, 176.

¹⁵² *Eichler/Peukert*, AnwBl 52 (2002), 189 (190) mit Verweis auf Belgien, Dänemark, Deutschland, Griechenland, Großbritannien, Irland, die Niederlande, Portugal und Spanien (jeweils mit entsprechenden Nachweisen).

¹⁵³ Vgl. nur *Kuyper/van Rijn*, YEL 2 (1982), 1 (16).

d) *Stellungnahme*

Die Ausdehnung des *legal privilege* auf Syndikusanwälte scheint unter dem stetigen Druck der ablehnenden Literaturansicht durch das beim Gericht anhängige Verfahren möglich zu sein. Durch den Beschluss vom 30. Oktober 2003 stellt der Präsident des Gerichts die Fortgeltung des Begriffs der Unabhängigkeit des Anwalts in Frage und bezieht sich insbesondere auf die Passage des Urteils des Gerichtshofs, in der er als weiteres Merkmal der Unabhängigkeit die Zulassung des Rechtsanwalts in einem Mitgliedstaat fordert, was für Syndikusanwälte nach der derzeitigen Rechtslage in einigen Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist.¹⁵⁴

Die Syndikusanwälte sind, soweit sie zur Anwaltschaft zugelassen werden, an die Berufs- und Standesregeln gebunden, welche die Unabhängigkeit absichern. Die Unternehmensjuristen in den übrigen Ländern haben jedoch privatrechtliche Verbände gebildet, die sich den Berufsregeln des Rats der Anwaltschaften der Europäischen Union (CCBE) unterworfen haben.¹⁵⁵ Diese Berufspflichten könnten wiederum Anknüpfungspunkt für eine Änderung der Rechtsprechung werden. Sie haben europaweite Geltung und sichern den Anwälten, ob sie zur Anwaltschaft zugelassen sind oder nicht, eine Unabhängigkeit vom Mandanten, die zur Gewährung dieses Privileg ausreichend ist. Dieser Anknüpfungspunkt würde gleichzeitig den von der Kommission im Weißbuch Europäisches Regieren¹⁵⁶ geäußerten Willen zur Deregulierung durch ein Aufgreifen von privatrechtlichen Regelungen im Sinne des Selbstverwaltungsgedankens gerecht. Ferner ist die Tatsache der Mitgliedschaft in einer Vereinigung, die sich der Geltung der Berufsregeln unterworfen hat, aufgrund ihrer Formalität leicht und auch vor Ort zu überprüfen.

Jede materielle, an den Maßstäben der Rechtsprechung des EuGH orientierte Auslegung, die nach dem tatsächlichen Grad der Unabhängigkeit auch der unternehmensexternen Anwälte differenzieren würde, wäre im Sinne einer funktionalen Betrachtung des Privilegs nicht zweckdienlich. Das Privileg soll bei der Untersuchung im Unternehmen die Identifikation solcher Unterlagen zur Erleichterung der Arbeit der Kommission ermöglichen, jedoch nicht zuvor Untersuchungen über die Verflechtungen zwischen Kanzlei und Unternehmen notwendig machen. Aus diesem Grunde kann mit Verweis auf die höhere Verantwortung und zunehmende Bedeutung der juristischen Beratung durch die Statuierung von Art. 81 Abs. 3 EG als Legalausnahme die Ausweitung des Schutzes des *legal privilege* auch auf unternehmensinterne Juristen nur begrüßt werden, soweit diese an anwaltliche Berufspflichten gebunden sind, die deren Unabhängigkeit sichern.

Die erhöhte Bedeutung der Rechtsberatung wird zudem dadurch konterkariert, dass die Ermittlungsbefugnisse der Kommission in der VO 1/03 stark erweitert wurden. So kann die Kommission nun nicht nur *Nachprüfungen* in Räumlichkeiten des Unternehmens, sondern gem. Art. 21 VO 1/03 auch „in anderen Räumlichkeiten, [...] – darunter auch in Wohnungen [...] sonstiger Mitarbeiter“ vornehmen, wozu auch die Räumlichkeiten des Syndikusanwalts zählen, da diesem kein Zeugnisverweigerungsrecht von der Rechtsprechung zugebilligt wird.

¹⁵⁴ Eichler/Peukert, AnwBl 52 (2002), 189 (191) mit Verweis auf Frankreich, Italien und Österreich.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ KOM (2001) 428 endgültig.

Im Entwurf der VO war noch vorgesehen, der Kommission ein *Auskunftsrecht* gegenüber allen Mitgliedern der Belegschaft zu übertragen.¹⁵⁷ Dies hätte dazu geführt, dass gerade die Syndikusanwälte, die durch den Anstellungsvertrag an das Unternehmen gebunden sind und so auch in entsprechende Planungen und Diskussionen einbezogen werden, der Kommission in einem Verfahren hätten Auskunft erteilen müssen. Dies hätte die Vertrauensbeziehung zwischen Unternehmensleitung und Syndikusanwalt völlig zerstört und die Einrichtung der Syndikusanwälte gänzlich in Frage gestellt. In der VO 1/03 wurde der Kommission jedoch nur ein Befragungsrecht nach Zustimmung der Befragten eingeräumt, so dass die aufgezeigten schwerwiegenden Konsequenzen nicht zu befürchten sind.

In der Diskussion um die Novellierung der Kartellverfahrensverordnung wurde die Gleichstellung von unternehmensinternen und unternehmensexternen Rechtsanwälten, die durch die Zugehörigkeit zu einer Standesorganisation an mitgliedstaatliche Berufspflichten gebunden sind, gefordert. Dieses Verlangen wurde vom Plenum des Europäischen Parlaments sogar gebilligt.¹⁵⁸ Wettbewerbskommissar *Monti* unterbreitete allerdings den Vorschlag, dass die Kommission die Rechtsgutachten der unternehmensinternen Anwälte nicht mehr zur Begründung eines erhöhten Bußgeldes heranziehen werde, wenn das Parlament die Normierung des Privilegs unter Einschluss der Syndikusanwälte ablehne.¹⁵⁹ Einwände des stellvertretenden Vorsitzenden des Rechtsausschusses wurden nicht gehört und das Privileg fand keinen Eingang in die VO 1/03. Somit hatte sich die Kommission durchgesetzt, die auf die in den Rechtsgutachten der Syndikusanwälte enthaltene Aufbereitung des Sachverhalts als Aufklärungshilfe nicht verzichten wollte.

Im Ergebnis bleibt eine Normierung des *legal privilege* zu fordern, da auch Rechtsklarheit in solchen Verfahrensfragen als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips dem Ziel einer Gerechtigkeit durch Verfahrensregeln dient. Erstaunlich dabei ist nur, dass diese Forderung schon kurz nach Erlass des Urteils in der Rechtssache *AM&S*, also vor gut zwanzig Jahren erhoben und in der ein Verhalten der Kommission prognostiziert wurde, das dem tatsächlichen konträr gegenüber steht:

„Some of the problems discussed above [legal privilege] may be clarified by the Court in due time, but it is not inconceivable that the Commission may wish to settle some of the problems by legislation. The *AM&S* decision does not exclude this and it may well be quicker and more effective.“¹⁶⁰

IV. Probleme der Dezentralisierung aufgrund der Differenzen zwischen europäischem und deutschem Kartellverfahrensrecht

Durch die VO 1/03 wurde die Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten und der Kommission verstärkt und ein System paralleler Zuständigkeiten im Zuge einer Dezentralisierung des Kartellverfahrens etabliert. Diese

¹⁵⁷ Art. 20 Abs. 2 lit. f. KOM (2000) 582 endgültig.

¹⁵⁸ Dokument A4-0137/99, aufgreifend den Evans-Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Bildung A5-0229/2001 (Final) EN, 11-12, Amendment 10.

¹⁵⁹ Protokoll der Sitzung des Europäischen Parlamentes vom 5. September 2001, 15.

¹⁶⁰ *Kuyper/van Rijn*, YEL 2 (1982), 1 (17).

Dezentralisierung bedingt die Anwendung materiellen europäischen Wettbewerbsrechts, aber nationalen Kartellverfahrensrechts. Dies führt bei Abweichungen der Verfahrensrechte, insbesondere bei dem zum Schutz der Rechte des Beschuldigten wirkenden *attorney client privilege*, zu der Frage, wie mit diesen verschiedenen Schutzstandards umzugehen ist. Denn ohne eine einheitliche Anwendung könnten Lücken im Schutz des nationalen Kartellverfahrensrechtes durch das Netzwerk von Kommission und nationalen Kartellbehörden genutzt werden, um Einsicht in Unterlagen zu erhalten, die der Kommission sonst nicht zur Verfügung stünden.¹⁶¹

Solche Abweichungen zwischen dem deutschen und dem europäischen Kartellverfahrensrecht ergeben sich vor allem daraus, dass die Unterlagen nach deutschem Recht grundsätzlich nur beim Anwalt geschützt sind und erst nach Eröffnung des Bußgeldverfahrens geführte Korrespondenz auch in den Händen des Unternehmens durch § 148 StPO Schutz genießt. Damit wird die Korrespondenz vor der Eröffnung des Kartellverfahrens, die durch den Wegfall der Freistellungs- und Anmeldeverfahren zur Beratung des Unternehmens an Bedeutung gewonnen hat, nicht geschützt. Insofern wäre es für die Kommission interessant, gerade in diese Korrespondenz, die aufgrund des Beratungsbedarfs ausführliche Darlegungen hinsichtlich der möglichen Verletzung des Wettbewerbsrechts enthalten wird, Einblick zu nehmen und sie auszuwerten. Dies könnte durch die Einleitung eines Verfahrens durch eine deutsche Kartellbehörde, die Europäisches Wettbewerbsrecht anzuwenden hätte, und die darauf folgende Übernahme des Verfahrens durch die Kommission ermöglicht werden.¹⁶²

Diese Umgehung des europäischen Schutzstandards würde auch in dem Fall interessant, in dem die Kommission, durch die Mitteilungen der nationalen Kartellbehörde auf die Bedeutung des Verstoßes hingewiesen, das Verfahren an sich zieht. Auch dann stellt sich die Frage, wie mit den Unterlagen zu verfahren ist, die nach dem Europäischen Kartellverfahrensrecht der Wettbewerbsaufsicht nicht zur Verfügung ständen.

Zu dieser Problematik wurde noch unter Geltung der VO 17/62 vertreten, dass das deutsche Kartellverfahrensrecht gemeinschaftskonform dahingehend auszulegen sei, dass sowohl in Verfahren, die sich materiell nach Gemeinschaftsrecht richten, als auch bei rein nationalen Sachverhalten ein dem Gemeinschaftsrecht entsprechender Schutzstandard zu gelten hat.¹⁶³ Damals war es durch die starke Zentralisierung der

¹⁶¹ Diese Fragen werden auch nicht in den zur Zusammenarbeit zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden und nationalen Gerichten mit der Kommission veröffentlichten Bekanntmachungen – Abl. EG Nr. C 101/43 und Nr. C 101/54 vom 27. April 2004 – erörtert.

¹⁶² Eine Zuordnung innerhalb des Systems der parallelen Zuständigkeiten soll zwar innerhalb von zwei Monaten nach der Unterrichtung des Netzwerkes durch eine Wettbewerbsbehörde erfolgen, doch wird dadurch die Gefahr einer entsprechenden Vorgehensweise nicht verringert (Ziff. 18, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes von Wettbewerbsbehörden, *ibid.*).

¹⁶³ *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555 (556, 561 ff.) – diese Ausdehnung des gemeinschaftsrechtlichen Standards auch auf rein nationale Verfahren wird damit begründet, dass aufgrund der Gefahr, dass sich im Verfahren doch eine europäische Dimension ergibt, das Unternehmen sich „faktisch nie“ darauf berufen könnte. Dieser Aspekt der tatsächlichen Wirkung wird mit der Aussage verknüpft, dass es für das Unternehmen keinen Unterschied machen könne, ob nun die Kommission oder das Bundeskartellamt tätig würde. Schließlich wird gefolgert, dass das Unternehmen „ein europarechtlich gewährtes Verfahrensrecht wegen *entgegenstehenden nationalen Rechts (!)* nicht in Anspruch nehmen“ kann. Dieser konstruierte Fall einer Normkollision ist jedoch gerade nicht ge-

Verfahren bei der Kommission der Regelfall, dass die nationalen Kartellbehörden nur im Rahmen der Amtshilfe bei Verfahren der Kommission herangezogen wurden, es sich somit um ein Verfahren der Kommission unter Geltung des Europäischen Kartellverfahrensrechts und damit des *attorney client privilege* nach Europäischem Gemeinschaftsrecht handelte.¹⁶⁴

Das Problem tritt jedoch hauptsächlich in dem angesprochenen Fall auf, in dem das Europäische Wettbewerbsrecht durch die nationalen Kartellbehörden nach nationalem Kartellverfahrensrecht angewandt wird. Bei dieser Anwendung von Gemeinschaftsrecht, genauer beim unmittelbaren mitgliedstaatlichen Vollzug von Gemeinschaftsrecht,¹⁶⁵ richten sich das Verwaltungsverfahren und der gerichtliche Rechtsschutz insoweit nach mitgliedstaatlichem Recht, wie das Gemeinschaftsrecht, inklusive der durch die Rechtsprechung aufgestellten allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundsätze, keine eigenständigen Regelungen enthält.¹⁶⁶

Dabei müssen das Diskriminierungsverbot und das Effizienzgebot aufgrund der Notwendigkeit der einheitlichen und gleichmäßigen Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten beachtet werden.¹⁶⁷ Das Diskriminierungsverbot verbietet eine unterschiedliche Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts in Verfahren, in denen Gemeinschaftsrecht unmittelbar angewandt wird, im Vergleich zu Verfahren, die sich allein nach mitgliedstaatlichem Recht beurteilen.¹⁶⁸ Da es sich um ein Problem der Abweichung zwischen mitgliedstaatlichem und gemeinschaftlichem Verfahrensrecht handelt, ist gerade die einheitliche, das heißt diskriminierungsfreie Anwendung des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts problematisch.

Das Effizienzgebot fordert, dass die volle Wirksamkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Norm (*effet utile*) nicht durch die Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts praktisch unmöglich gemacht werden darf.¹⁶⁹ Ziel dieser Regelung ist es, die Gemeinschaftsangehörigen in allen Mitgliedstaaten ohne Wettbewerbsverzerrungen gleich zu behandeln und eine Vereitelung der gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzung durch das nationale Verfahrensrecht zu verhindern.¹⁷⁰ Darüber hinaus bilden die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts Mindeststandards, die dem nationalen Verfahrensrecht durch eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung Grenzen setzen.¹⁷¹

Die Notwendigkeit der Anerkennung des *attorney client privilege* nach dieser gemeinschaftsrechtlichen Einstufung als Mindeststandard lässt sich sowohl aus dem Effizienzgebot als auch aus der Bindung an die allgemeinen Rechtsgrundsätze herleiten. Der EuGH hat in seiner Entscheidung in der Rechtssache *AM&S* das *attorney client*

ben, weil auf ein Verfahren entweder das nationale oder das europäische Verfahrensrecht Anwendung findet.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 558 f.

¹⁶⁵ *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober (Hrsg.), VwR Bd. 3, § 99 III 1 (Rn. 9 ff.).

¹⁶⁶ EuGH, verb. Rs. C-205-215/82, *Deutsche Milchkontor*, Slg. 1983, 2633 Rn. 19.

¹⁶⁷ *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober (Hrsg.), VwR Bd. 3, § 99 V 1 (Rn. 31 ff.).

¹⁶⁸ EuGH, verb. Rs. C-205-215/82, *Deutsche Milchkontor*, Slg. 1983, 2633 Rn. 23.

¹⁶⁹ EuGH, Rs. C-33/76, *Rewe*, Slg. 1976, 1989 Rn. 5; EuGH, verb. Rs. C-205-210/82, *Deutsche Milchkontor*, Slg. 1983, 2633 Rn. 19.

¹⁷⁰ *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober (Hrsg.), VwR Bd. 3, § 99 V 1 (Rn. 33).

¹⁷¹ *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), AVwR, § 3 Rn. 64; *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober (Hrsg.), VwR Bd. 3, § 99 V 1 (Rn. 34); *Streinz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR VII, § 182 Rn. 28.

privilege aus den gemeinsamen Grundsätzen und Vorstellungen der Mitgliedstaaten hergeleitet.¹⁷² Dieser so ermittelte gemeinschaftsrechtliche Mindeststandard bindet auch die nationalen Wettbewerbsbehörden.¹⁷³

Darüber hinaus bestünde bei der Nichtbeachtung dieser Mindeststandards die Gefahr, dass das Europäische Wettbewerbsrecht durch die Verhinderung bzw. Erschwerung der Rechtsberatung im Vorfeld eine wesentliche Komponente seiner Wirksamkeit – die präventive Wirkung der Rechtsberatung – einbüßen würde. Im Ergebnis kann so von einer Bindung der nationalen Kartellbehörden an den durch die Rechtsprechung entwickelten Mindeststandard ausgegangen werden.

Die im Gesetzgebungsverfahren befindliche siebte Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹⁷⁴ passt das GWB u.a. an die Änderungen durch die VO 1/03 an, indem die Zusammenarbeit zwischen Bundeskartellamt und Kommission geregelt wird. Danach soll ein § 50a eingefügt werden, der Übermittlung von Unterlagen regelt. Die einzige Begrenzung dieser Übermittlung stellt dabei § 50a Abs. 3 dar, der die Verwendung von so erlangten Informationen nur für die Fälle ausschließt, in denen die an das Bundeskartellamt übermittelnde Behörde keine ähnlichen Sanktionen, wie sie nach dem GWB wegen Verletzung der Art. 81 f. EG vorgesehen sind, kennt und die Art der Informationserhebung in dem übermittelnden Land nicht dem Schutzniveau der Verteidigungsrechte nach dem GWB entspricht. Dieser differenzierte Gesetzesvorschlag übernimmt die Regelung des Art. 12 VO 1/03 und zeigt, dass das Problem der Abweichung zwischen den Verteidigungsrechten im Netzwerk gesehen wurde. Die Ausnahme wird aber nur in seltenen Fällen eingreifen, da auch das Sanktionssystem durch die Novelle dem der VO 1/03 angepasst werden soll und diese Entwicklung in den übrigen Mitgliedstaaten nicht unwahrscheinlich ist.

D. Stellung und Rechte des Beschwerdeführers und sonstiger interessierter Dritter

Neben den von Verfahren der Kommission in Kartellsachen Betroffenen versuchen auch Unbeteiligte als Beschwerdeführer oder sonstige Dritte die Entscheidung der Kommission in ihrem Sinne zu beeinflussen. Dabei kann der Versuch der Einflussnahme in der Wahrnehmung berechtigter Interessen durch Darlegung der Auswirkungen eines Wettbewerbsverstößes als Konkurrent oder Teil der Marktgegenseite liegen und so zur Verfahrenskonzentration beitragen. Andererseits kann missbräuchlich versucht werden, fremde Geschäftsgeheimnisse aufzudecken. Dies zeigt, dass die Beteiligung Dritter im Spannungsverhältnis zwischen der Wahrung berechtigter Interessen an Aufdeckung und Abschaltung eines Wettbewerbsverstößes und der Wahrung der Interessen der von dem Verfahren Betroffenen durch Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor Ausforschung liegt.

Die Kommission hebt in der VO 773/04¹⁷⁵ die Bedeutung der Beschwerden als Informationsquelle zur Aufdeckung von Zuwiderhandlungen hervor und widmet diesem Verfahren besondere Aufmerksamkeit. So wird die Einreichung von Beschwerden

¹⁷² EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575 Rn. 18.

¹⁷³ Diesen Gesichtspunkt betonen auch *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555 (561).

¹⁷⁴ Vgl. BR-Drs. 441/04 und BT-Drs. 15/3640.

¹⁷⁵ Erwägungsgrund Nr. 5 VO 773/04.

durch die Einführung eines Formblattes¹⁷⁶ standardisiert, wie es zuvor nur bei den abgeschafften Verfahren der Anmeldung und Genehmigung¹⁷⁷ der Fall war.

I. Antragsbefugnis und Verfahrensablauf

Natürliche und juristische Personen können nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 VO 1/03 und Art. 5 Abs. 1 VO 773/04 bei der Kommission eine Abstellungsverfügung gegen Unternehmen, die gegen Art. 81 f. EG verstoßen, erwirken, wenn sie ein berechtigtes Interesse darlegen können. Mitgliedstaaten sind demgegenüber nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 VO 1/03 privilegiert antragsbefugt, ohne ein berechtigtes Interesse nachweisen zu müssen.

Ein berechtigtes Interesse liegt dann vor, wenn der Beschwerdeführer in einer wirtschaftlichen Beziehung zu Beteiligten der möglichen Zuwiderhandlung steht oder die Interessen solcher Personen als Vereinigung vertritt und das beanstandete Verhalten geeignet ist, dessen Interessen unmittelbar zu beeinträchtigen.¹⁷⁸ Zum Nachweis dieses Interesses hat der Beschwerdeführer nach dem Formblatt darüber Angaben zu machen, wie er von dem beanstandeten Verhalten betroffen ist und wie dies durch ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden beseitigt werden kann. Ausgeschlossen sind somit allein solche Beschwerden, die sich allein auf das Gemeinwohl, also auf den Schutz des Wettbewerbs als Eigenwert, berufen.

Allerdings liegt es nach dem Opportunitätsprinzip im weiten Ermessen der Kommission, im Gemeinschaftsinteresse gegen ein Fehlverhalten einzuschreiten.¹⁷⁹ Damit ist sie nicht verpflichtet, alle Verstöße gegen Art. 81 f. EG zu verfolgen.¹⁸⁰ Ihr obliegt lediglich eine Pflicht, die vorgetragene(n) Tatsachen in sachlicher und rechtlicher Hinsicht zu prüfen um feststellen zu können, ob eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise erkennbar ist.¹⁸¹ Nach dieser Prüfung entscheidet die Kommission, ob sie ein Verfahren einleitet. Diese Untersuchung muss mit der erforderlichen Sorgfalt, Ernsthaftigkeit und Umsicht durchgeführt werden, um die Beschwerdepunkte tatsächlich und rechtlich in voller Sachkenntnis würdigen zu können.¹⁸² Dieser Anspruch auf Prüfung der vorgelegten Unterlagen mit der erforderlichen Sorgfalt kann mit Hilfe der Untätigkeitsklage geltend gemacht werden.

Die Beschwerde kann von der Kommission gem. Art. 7 VO 773/04 entweder zurückgewiesen werden, wenn sie mangels Antragsbefugnis unzulässig oder mangels Verstoßes gegen Art. 81 f. EG unbegründet ist, oder wegen des Opportunitätsprinzips

¹⁷⁶ Abl. EG Nr. L 123/24.

¹⁷⁷ VO 3385/94.

¹⁷⁸ EuG, T-114/92, *Bemim*, Slg. 1995, II-147 Rn. 28; vgl. auch Ziff. 33 ff. Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Abl. EG Nr. C 101/65 vom 27. April 2004.

¹⁷⁹ EuG, verb. Rs. T-305/94 bis T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 1999, II-931 Rn. 148.

¹⁸⁰ EuGH, Rs. 125/78 *GEMA*, Slg. 1979, 3173 Rn. 18; EuG, Rs. T-24/90, *Automec*, Slg. 1992, II-2223 Rn. 74.

¹⁸¹ EuG, *ibid.* Rn. 79; Rs. T-7/92, *Aisa Motor*, Slg. 1993, II-669 Rn. 34; Rs. T-206/99, *Métropole Télévision*, Slg. 2001, II-1057 Rn. 58 f.

¹⁸² EuG, Rs. T-24/90, *Automec*, Slg. 1992, II-2223 Rn. 79 ff.; Rs. T-206/99, *Métropole Télévision*, Slg. 2001, II-1057 Rn. 58 f.

auch dann, wenn kein öffentliches Interesse bzw. kein Gemeinschaftsinteresse an der Verfolgung besteht.¹⁸³ Dies ist z.B. dann anzunehmen, wenn der Verstoß mangels Schwere keine Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes hat oder sich hauptsächlich auf das Gebiet eines Mitgliedstaates bezieht und eine nationale Behörde bereits ermittelt.¹⁸⁴ Im Falle einer solchen Ablehnung hat zur Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes die Begründung entsprechend detailliert zu sein, um feststellen zu können, dass die Entscheidung unter keinem Sachverhalts-, Rechts- oder Ermessensfehler leidet.¹⁸⁵ Der Beschwerdeführer hat mithin keinen Anspruch auf Erlass einer Untersagungsentscheidung,¹⁸⁶ sondern nur einen Anspruch auf eine begründungs- und ermessensfehlerfreie Bescheidung seiner Beschwerde.¹⁸⁷

Wenn die Kommission beabsichtigt, die Beschwerde zurückzuweisen, teilt sie dies gem. Art. 7 VO 773/04 dem Beschwerdeführer unter Beifügung der diese Entscheidung tragenden Beweismittel mit¹⁸⁸ und hat dem Beschwerdeführer Gelegenheit zu geben sich zu äußern.¹⁸⁹ Nach diesem Verfahren entscheidet die Kommission endgültig über die Beschwerde. Dabei muss sie jedoch keine Beurteilung über das Vorliegen eines Verstoßes gegen das materielle Wettbewerbsrecht vornehmen.¹⁹⁰ Falls die Kommission die Beschwerde ablehnt, hat sie diese Ablehnung gem. Art. 253 EG zu begründen.

Die Differenzierung, ob diese Entscheidung gegenüber dem Beschwerdeführer direkt ergeht oder ob über die Beschwerde indirekt im Rahmen des Antrags auf Freistellung oder Negativattest nach Art. 2 bzw. Art. 4 VO 17/62 entschieden wird, ist nach Abschaffung dieser Verfahren durch die VO 1/03 nicht mehr erforderlich. Allerdings kann sich die Kommission gem. Art. 9 VO 1/03 auf Verpflichtungszusagen der Unternehmen einlassen oder gem. Art. 10 die Nichtverletzung einer Verhaltensweise im öffentlichen Interesse durch Entscheidung feststellen. Im ersten Fall wird das Unternehmen im Sinne der Beschwerde zu einem Verhalten verpflichtet. Dieses Verhalten kann nach Ansicht des Beschwerdeführers jedoch nicht ausreichen, um die Verletzung abzustellen, womit die Verpflichtung als Ablehnung eines weitergehenden Antrags des Beschwerdeführers zu gelten hat. Die Feststellung nach Art. 10 VO 1/03 nimmt dagegen die Entscheidungen im Verfahren auf Erteilung des Negativattestes und auf Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG auf. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass die Entscheidung nun nicht mehr auf Antrag eines Unternehmens, sondern nur noch im öffentlichen Interesse erfolgen kann.

Insofern ist die Differenzierung nach den Entscheidungen, die direkt gegenüber dem Beschwerdeführer ergehen und solchen, die gegenüber den Verfahrensadressaten ergehen, aufrecht zu erhalten, ohne dass sich dies auf die Tatsache auswirken würde,

¹⁸³ EuG, Rs. T-24/90, *Automec*, Slg. 1992, II-2223 Rn. 74; Rs. T-114/92, *Bemim*, Slg. 1995, II-147 Rn. 80 ff.

¹⁸⁴ EuG, Rs. T-114/92, *Bemim*, Slg. 1995, II-147 Rn. 80 ff.

¹⁸⁵ EuG, Rs. T-206/99, *Métropole télévision*, Slg. 2001, II-1057 Rn. 44.

¹⁸⁶ EuG, Rs. T-575/93, *Koelman*, Slg. 1996, II-1 Rn. 39 m.w.N.

¹⁸⁷ EuG, Rs. T-186/94, *Guérin automobiles*, Slg. 1995, II-1753 Rn. 24, 34; EuGH, Rs. C-282/95 P, *Guérin automobiles*, Slg. 1997, I-1503 Rn. 36.

¹⁸⁸ EuG, Rs. T-115/99, *SEP*, Slg. 2001, II-691 Rn. 47 f.

¹⁸⁹ Art. 6 VO 773/04.

¹⁹⁰ EuGH, Rs. 125/78, *GEMA*, Slg. 1979, 3173 Rn. 17 f.; EuG, Rs. T-114/92 *Bemim*, Slg. 1995, II-147 Rn. 62.

dass der Beschwerdeführer Adressat einer Ablehnung seines Antrags ist und das aufgezeigte Verfahren nach Art. 7 ff. VO 773/04 durchzuführen ist.

II. Klagebefugnis

Die Klagebefugnis des Beschwerdeführers oder von Dritten richtet sich bei der Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 Abs. 4 EG danach, ob der Kläger Adressat einer Entscheidung in diesem Verfahren geworden ist oder, wenn dies nicht der Fall ist, ob er unmittelbar und individuell betroffen ist.

Die unmittelbare Betroffenheit ist dann gegeben, wenn der Kläger tatsächlich und nicht nur potentiell von der Maßnahme beschwert ist. Nach der *Plaumann*-Formel ist er dann individuell betroffen, wenn er durch die angegriffene Entscheidung wegen persönlicher Eigenschaften und besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und daher in ähnlicher Weise wie der Adressat individualisiert ist.¹⁹¹

Wenn die Entscheidung der Kommission direkt an den Beschwerdeführer ergeht, ist dieser als Adressat stets unmittelbar und individuell betroffen, wobei es gleichgültig ist, ob diese als Entscheidung bezeichnet wird. Ausschlaggebend für die Klagebefugnis ist allein, ob die Entscheidung das Verfahren abschließt.¹⁹² Somit ist die Klagebefugnis gegen eine verfahrensabschließende Maßnahme der Kommission, gleich ob als Entscheidung bezeichnet oder ob an den Beschwerdeführer gerichtet, stets gegeben,¹⁹³ womit nur die Dritten unmittelbar und individuell betroffen sein müssen. Aus dem Erfordernis der unmittelbaren Betroffenheit ergibt sich, dass die Dritten nicht nur potentiell, sondern auch tatsächlich von der wettbewerbsverletzenden Verhaltensweise betroffen sein müssen. Diese Voraussetzung wird regelmäßig für Marktopponenten oder Konkurrenten gegeben sein, so dass sie nur diejenigen Antragsteller ausschließt, denen es an einem aus der unmittelbaren Betroffenheit fließenden Rechtsschutzinteresse mangelt, und somit lediglich Popularklagen verhindert.

Die individuelle Betroffenheit zieht den Kreis der Klagebefugten allerdings enger. Wenn Dritte lediglich als Marktgegenseite oder als Wettbewerber, also in ihren wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt sind, sind sie noch nicht individuell betroffen, weil der betroffene Personenkreis dann mit der Allgemeinheit identisch wäre und der Einzelne so nicht ausreichend individualisiert ist.¹⁹⁴ Der Einzelne kann sich jedoch durch seine Verfahrensstellung aus dem Kreis der übrigen Betroffenen herausheben und somit in ähnlicher Weise wie der Adressat einer Entscheidung individualisiert sein. Eine solche Verfahrensstellung kann auf verschiedene Weise erworben werden. Zunächst können sich Dritte durch einen Antrag auf Anhörung gem. Art. 27 Abs. 3 VO 1/03 an dem Verfahren beteiligen, ihre Anmerkungen zu den Beschwerdepunkten vorbringen und so zum Verfahren beitragen. Die zweite Möglichkeit bilden Be-

¹⁹¹ EuGH, Rs. 25/62, *Plaumann*, Slg. 1963, 213 (238); EuG, Rs. T-2/93, *Air France*, Slg. 1994, II-323 Rn. 42.

¹⁹² EuGH, Rs. 26/76, *Metro*, Slg. 1977, 1875 Rn. 13; EuGH, verb. Rs. 142 und 156/84, *BAT & Reynolds*, Slg. 1987, 4487 Rn. 12.

¹⁹³ EuGH, Rs. 39/93 *SFEI*, Slg. 1994, I-2681 Rn. 27 f.; EuG, T-59/00, *compagnia portuale petrochiesa*, Slg. 2001, II-1019 Rn. 42.

¹⁹⁴ EuGH, Rs. 25/62, *Plaumann*, Slg. 1963, 213 (239).

merkungen, die interessierte Dritte zu der einer Entscheidung nach Art. 10 VO 1/03 oder einer Verpflichtung nach Art. 9 VO 1/03 vorangehenden Veröffentlichung nach Art. 27 Abs. 4 VO 1/03 abgeben können.

Mithin wird deutlich, dass eine Klagebefugnis gegen Entscheidungen von Nichtadressaten zumindest immer dann gegeben ist, wenn am vorangegangenen Verwaltungsverfahren aufgrund eines eingeräumten Beteiligungsrechts teilgenommen wurde. Diese Formalisierung der Klagebefugnis, also die Abweichung von dem Konzept der Verletzung subjektiver Rechte im Sinne der Anforderungen der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit kann zwei Gründe haben. Der erste folgt dem Konzept, dass das Individuum nicht eigene Rechte und Rechtsbeeinträchtigungen, sondern die Verletzung objektiven Rechts – hier die Verletzung des Europäischen Wettbewerbsrechts – rügt und so als Funktionär der Rechtsordnung auftritt. Der zweite Grund basiert auf der Verletzung subjektiver Rechte und vermeidet lediglich die schwierige Frage danach, ob eine solche tatsächlich vorliegt.¹⁹⁵

Im Wettbewerbsrecht ist eine Verletzung von Rechten der Konkurrenten oder Marktgegenseite regelmäßig schwer festzustellen und würde die Frage der Zulässigkeit einer Klage unnötig erschweren, wenn z.B. andere Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht leichter festzustellen sind. Aus diesem Grund wurde mit der Schaffung dieser formalisierten Klagerechte der Gedanke verfolgt, dass schwer Betroffene ein großes Interesse daran haben werden, bereits im Verfahren vor der Kommission beteiligt zu sein, um schon dort ihre Sicht darlegen zu können und der Kommission Beweismittel zu liefern. Deshalb kann diesen Beteiligten später auch ein Klagerecht eingeräumt werden, ohne in die angesprochene schwierige Prüfung einsteigen zu müssen: „Wer am Verfahren beteiligt ist, kann auch klagen, und zwar nicht, weil er zum ‚Funktionär der Gesamtrechtsordnung‘ erklärt wird, sondern er wird instand gesetzt, ein eigenes, formalisiertes Recht durchzusetzen.“¹⁹⁶ Die Kommission sieht im Gegensatz dazu die Beschwerden hauptsächlich als Erkenntnisquelle im Sinne einer Einbeziehung des Bürgers zur Tätigkeit im öffentlichen Interesse und so die Beschwerdeführer als Funktionäre zum Schutz des Wettbewerbsrechts.¹⁹⁷

Unabhängig von der Begründung dieser formalisierten Klagerechte können Dritte, die sich am Verwaltungsverfahren beteiligt haben, und der Beschwerdeführer aufgrund seines Anspruchs auf Erlass einer Entscheidung über seine Beschwerde gegen diese Entscheidung Rechtsschutz im Wege der Nichtigkeitsklage suchen. Diese Möglichkeit ist aus systematischen Gründen der Kritik der Literatur ausgesetzt. Danach soll die Möglichkeit zentralen Rechtsschutzes vor dem Hintergrund der Entlastung der Gemeinschaftsgerichte nur dann gegeben werden, wenn es das Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes verlangt, also nur dann, wenn durch den Kläger kein effektiver dezentraler Rechtsschutz vor nationalen Zivilgerichten zu finden ist.¹⁹⁸

Dies wird vor allem daraus hergeleitet, dass bei der Prüfung der Ermessensfehlerfreiheit einer Verneinung des Gemeinschaftsinteresses zu berücksichtigen ist, dass der

¹⁹⁵ *Schmidt*, Festschrift Steindorff, 1085 (1094).

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *De Bronett*, WuW 1997, 865 (872 f.).

¹⁹⁸ *Nowak*, Konkurrentenschutz in der EG, 307 f.; *ders.*, EuZW 2000, 453 (456 ff.), betont, dass die Formalisierung des Klagerechts aufgrund der hohen Inanspruchnahme von Ressourcen durch ein Tätigwerden des Gesetzgebers zurückgedrängt werden sollte.

Beschwerdeführer darlegen kann, dass die nationalen Gerichte nicht in zufrieden stellender Weise Rechtsschutz gewähren können, wenn diese durch die Komplexität eines Sachverhalts diesen nicht angemessen ermitteln können, und die Klage somit Erfolg hat, soweit dieser dezentrale Rechtsschutz effektiv nicht gegeben ist. In diesem Fall soll das Ermessen der Kommission, sich gegen aufwändige Ermittlungsverfahren zu schützen, hinter den Rechtsgrundsatz des effektiven Rechtsschutzes zurücktreten.¹⁹⁹ Ein weiterer Grund für die hohe Anzahl der Beschwerden ist auch darin zu sehen, dass der Beschwerdeführer dadurch die Möglichkeit erhält, einerseits Beweisschwierigkeiten und Kostenrisiken aus dem Weg zu gehen und andererseits gegen negative Beschwerdebescheide verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen.²⁰⁰

Aufgrund der Verfahrenskonzentration scheint eine Möglichkeit der Überprüfung der Entscheidung angebracht, zumal der Kommission Ermessen eingeräumt wird und der Anspruch des Beschwerdeführers so beschränkt wird. Zudem ist aufgrund der Komplexität fraglich, ob ein nationales Gericht den Sachverhalt aufklären könnte.

III. Anspruch auf rechtliches Gehör im Verfahren

Die Position von Beschwerdeführer und Dritten stellt sich anders dar, wenn die Kommission ein Verfahren eröffnet. In diesem Verwaltungsverfahren haben sie ähnliche Rechte wie die vom Verfahren Betroffenen. Bei den Betroffenen steht der Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannte Anspruch auf rechtliches Gehör²⁰¹ im Mittelpunkt, um sich gegen Vorwürfe zu verteidigen.

Die Verfahrensstellung ergibt sich dabei aus folgenden Überlegungen: Das Verfahren zwischen den Drittbeteiligten und den Betroffenen ist nicht kontradiktorisch.²⁰² Zudem sind die Dritten nicht von einer Verbotsentscheidung oder von einer Geldbuße bedroht und daher weniger von einem solchen Verfahren betroffen. Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass ihre Verfahrensstellung und damit ihre Verfahrensbeteiligungsrechte grundsätzlich hinter denjenigen der Betroffenen zurückstehen und dort ihre Grenze finden, wo Rechte von Betroffenen durch die Einräumung von Beteiligungsrechten beeinträchtigt würden.²⁰³

Dennoch haben auch sie einen Anspruch auf Durchsetzung ihrer berechtigten Interessen an der Abstellung von Wettbewerbsverstößen, durch welche sie als Konkurrenten oder Marktopponenten betroffen sind.²⁰⁴ Aus diesem Grund wird den Dritten auch nach Art. 27 Abs. 3 VO 1/03 i.V.m. Art. 13 VO 773/04 ein Anhörungsrecht eingeräumt, wenn sie ein ausreichendes Interesse glaubhaft machen. Dieses kann nach dem Zweck des Verfahrens – der vollständigen Aufdeckung aller Wettbewerbsverstöße und deren Auswirkungen – keine strengeren Anforderungen als das Antragsrecht haben. Dies wird insbesondere im Wortlaut deutlich, wenn das Antragsrecht gem.

¹⁹⁹ Nowak, in: Nowak/Cremer (Hrsg.), Individualrechtsschutz, 47 (71 f., 79).

²⁰⁰ *Ibid.*, 47 (70).

²⁰¹ EuGH, Rs. 85/76, *Hoffman-La Roche*, Slg. 1979, 461 Rn. 9; EuG, Rs. T-10/92, *CBR*, Slg. 1992, II-2667 Rn. 38 f.

²⁰² EuGH, verb. Rs. 142 und 156/84, *BAT & Reynolds*, Slg. 1987, 4487 Rn. 19.

²⁰³ EuGH, verb. Rs. 142 und 156/84, *BAT & Reynolds*, Slg. 1987, 4487 Rn. 20.

²⁰⁴ *Ibid.*

Art. 7 Abs. 1 S. i.V.m. Abs. 2 VO 1/03 ein „berechtigtes Interesse“ fordert, während für das Anhörungsrecht gem. Art. 27 Abs. 3 S. 3 VO 1/03 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 VO 773/04 lediglich ein „ausreichendes Interesse“ von Nöten ist. Dieses liegt nach dem 32. Erwägungsgrund der VO 1/03 dann vor, wenn Interessen von Dritten durch die Entscheidung „betroffen sein können“, womit auch hier bloße wirtschaftliche Interessen ausreichend sind. In dem Verfahren werden die Dritten über Art und Gegenstand des Verfahrens unterrichtet und eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme gesetzt, die durch eine mündliche ergänzt werden kann.

Eine andere Stellung hat der Beschwerdeführer in diesem Verfahren. Grundsätzlich hat auch dieser lediglich die Stellung eines Dritten mit einem Anhörungsrecht. Darüber hinaus werden die Beschwerdeführer gem. Art. 27 Abs. 1 S. 3 VO 1/03 „eng in das Verfahren einbezogen“. Systematisch befindet sich der Satz, wonach die Beschwerdeführer „eng in das Verfahren einbezogen“ werden, im Absatz über das Verfahren der Anhörung der betroffenen Unternehmen. Diesen werden nach Art. 27 Abs. 1 S. 1 VO 1/03 i.V.m. Art. 10 ff. VO 773/04 die Beschwerdepunkte mitgeteilt, zu denen ihnen Gelegenheit gegeben wird sich zu äußern. Da die Rechte der Beschwerdeführer ihre Grenze in den Rechten, der von dem Verfahren Betroffenen, auf Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse finden, kann den Beschwerdeführern nur eine nicht vertrauliche Fassung der Beschwerdepunkte zur Stellungnahme zugeleitet werden. Dieses Auslegungsergebnis wird durch Art. 6 Abs. 1 VO 773/04 gestützt. Das Anhörungsrecht ist Ausdruck des Anspruchs auf rechtliches Gehör, so dass es zu dessen Verwirklichung keines Antrags nach Art. 27 Abs. 3 VO 1/03 bedarf.

IV. Akteneinsichtsrecht

Mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör korrespondiert der Anspruch auf Akteneinsicht als notwendige Voraussetzung dafür, den Anspruch auf rechtliches Gehör durch die Kenntnis der wesentlichen, den Unternehmen vorgeworfenen Verhaltensweisen wirksam wahrnehmen zu können.²⁰⁵ Dabei finden jedoch auch die Grenzen der Verfahrensbeteiligungsrechte Anwendung. Eine Beeinträchtigung von Rechten der Betroffenen kommt vor allem dann in Betracht, wenn sie zur Verteidigung Geschäftsgeheimnisse offenbaren müssen, deren Bekanntwerden dem Betroffenen zu wettbewerblichen Nachteilen gegenüber den Konkurrenten führen würde. Dieser Umstand offenbart die Missbrauchsmöglichkeiten eines solchen weiten Akteneinsichtsrechts.²⁰⁶

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs hat durch eine Reihe von Leitentscheidungen diesen Schutz konkretisiert. Die Rechtsprechung nahm in der Rechtsache *FEDE-TAB*²⁰⁷ ihren Ausgangspunkt. Dabei wandte sich der Beschuldigte gegen die Weiterleitung von Unterlagen, welche als vertraulich bezeichnet waren, an den Beschwerdeführer. Die Unterlagen waren den Mitgliedern der eines Wettbewerbsverstoßes beschuldigten Berufsvereinigung der Tabakhersteller, also einem größeren Personenkreis bekannt. Der Gerichtshof hob hervor, dass

²⁰⁵ EuG, Rs. T-10/92, *CBR*, Slg. 1992, II-2667 Rn. 38.

²⁰⁶ EuGH, verb. Rs. 142 und 156/84, *BAT & Reynolds*, Slg. 1987, 4487 Rn. 19 f.

²⁰⁷ EuGH, verb. Rs. 209 bis 215/78 und 218/78, *FEDE-TAB*, Slg. 1980, 3125.

„Informationen, die als Geschäftsgeheimnisse geschützt sind, die einer Berufsvereinigung von ihren Mitgliedern mitgeteilt werden und deshalb diesen Schutz unter den Mitgliedern verloren haben, ihn nicht gegenüber Dritten verlieren. Übermittelt die Berufsvereinigung solche Angaben der Kommission im Rahmen eines Verfahrens nach der VO 17, so kann sich die Kommission nicht auf die Art. 19 und 20 dieser Verordnung berufen, um die Übermittlung der Angaben an die Beschwerdeführer zu rechtfertigen. Art. 19 Abs. 2 VO 17 räumt diesen nur ein Anhörungsrecht ein, nicht ein Recht auf vertrauliche Information“.²⁰⁸

Dieser beachtliche Verfahrensverstoß führte jedoch nicht zur Aufhebung der Entscheidung, da

„dieser [...] auch eine teilweise Aufhebung der Entscheidung nur dann nach sich zieht, wenn nachgewiesen wäre, dass die angefochtene Entscheidung ohne diesen Verfahrensverstoß einen anderen Inhalt hätte haben können. Aus den Akten ergibt sich, dass GB [der Beschwerdeführer] aus der fraglichen Übermittlung kein Argument ziehen konnte, das einen Einfluss auf den Inhalt der Entscheidung hätte haben können.“²⁰⁹

Eine Präzisierung dieser Grundsätze erfolgte durch die Rechtsprechung in der Rechtssache *Akzo Chemie*²¹⁰, in welcher der Gerichtshof zwischen vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen differenzierte. Während erstere unter besonderen Umständen weitergeleitet werden dürfen, ist die Weiterleitung von letzteren verboten. Aus den Vorschriften über die Anhörung und die Veröffentlichung der Entscheidung²¹¹ ergebe sich eine Einschränkung der Wahrung der Berufsgeheimnisse, so dass die Kommission solche vertraulichen Informationen weiterleiten darf, „soweit dies für den ordnungsgemäßen Ablauf der Untersuchung erforderlich ist.“²¹²

Grundlage des Schutzes der Geschäftsgeheimnisse ist nach dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs Art. 20 Abs. 2 VO 17/62, die Vorgängervorschrift von Art. 28 Abs. 2 VO 1/03, die in der Novellierung lediglich eine inhaltliche Präzisierung erfahren hat. Danach unterliegen die Informationen, die durch Auskünfte von Unternehmen gewonnen wurden, dem Berufsgeheimnis der mit der Sache beschäftigten Bediensteten. Ausnahmen von dieser Regel sind jedoch das Anhörungsverfahren nach Art. 27 VO 1/03 sowie die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten nach Art. 11 ff. VO 1/03. Allerdings verpflichten diese Normen die Kommission, den berechtigten Interessen der Beteiligten an der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse Rechnung zu tragen und sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes des Verwaltungsverfahrens.²¹³ Dazu resümiert der Gerichtshof: „Deshalb dürfen an einen Beschwerdeführer auf keinen Fall Unterlagen weitergeleitet werden, die Geschäftsgeheimnisse enthalten. Jede andere Lösung würde zu dem unannehmbaren Ergebnis

²⁰⁸ EuGH, verb. Rs. 209 bis 215/78 und 218/78, *FEDETAB*, Slg. 1980, 3125 Rn. 46.

²⁰⁹ *Ibid.*, Rn. 47.

²¹⁰ EuGH, Rs. 53/85, *Akzo*, Slg. 1986, 1965.

²¹¹ Art. 19, 21 VO 17/62, jetzt: Art. 27, 30 VO 1/03.

²¹² EuGH, Rs. 53/85, *Akzo*, Slg. 1986, 1965 Rn. 27.

²¹³ EuGH, Rs. 53/85, *Akzo*, Slg. 1986, 1965 Rn. 28; EuG, T-9/99, *HFB*, Slg. 2002, II-1487 Rn. 364.

führen, daß ein Unternehmen versucht sein könnte, bei der Kommission Beschwerde einzulegen, nur um Einsicht in die Geschäftsgeheimnisse der Wettbewerber zu erhalten.²¹⁴

Allerdings bleibt der Kommission die Entscheidung darüber vorbehalten, ob es sich bei einer Tatsache um ein Geschäftsgeheimnis handelt.²¹⁵ Dies ist im Gegensatz zum *attorney client privilege* auch unschädlich, da hier nicht die Kenntnisnahme der Kommission, sondern die von Dritten verhindert werden soll. Die verschiedenen Interessen von Dritten und Beschwerdeführer können dabei jedoch analog dem Verfahren zur Akteneinsicht der Betroffenen in Dokumente, die von anderen Betroffenen stammen, so ausgeglichen werden, dass nicht vertrauliche Fassungen der Schriftstücke angefertigt werden, in welche ohne Verletzung von Interessen des Urhebers Einsicht genommen werden kann.²¹⁶ Hinsichtlich des Beschwerdeführers würde dies jedoch bedeuten, dass er jenseits seiner Interessen Akteneinsicht bekäme, wenn er in die gesamten Akten Einsicht nehmen könnte. Deshalb ist dieses Recht auf solche Akten zu begrenzen, auf die sich die Kommission in ihrer Stellungnahme, mit der sie die Zurückweisung des Antrags ankündigt, stützt. Dieses Recht regelt nun Art. 8 VO 773/04 ausdrücklich. Für den Fall, dass ein Verfahren eingeleitet wird, steht dem Beschwerdeführer ein Recht auf Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten bzw. den Antworten zu, womit seine berechtigten Interessen ausreichend gewahrt sind.²¹⁷

Dritte, die nicht am Verwaltungsverfahren beteiligt sind, haben kein Akteneinsichtsrecht, da die Gefahr bestünde, dass sie dieses Recht dazu nutzen würden, die Beweisprobleme bei der Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen zu beseitigen. Damit würde das Recht zur Durchsetzung individueller Interessen missbraucht, was weder Ziel des Verwaltungsverfahrens, noch Aufgabe der Kommission ist.

E. Exkurs: Stellung und Recht des Beschwerdeführers in Verfahren wegen Verletzung von Art. 86 EG

I. Antragsrecht und Klagebefugnis

Für Verfahren nach Art. 86 EG besteht im Gegensatz zu Verfahren nach Art. 81 f. EG keine besondere Verfahrensordnung, die Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers statuiert. Damit steht ihm kein formelles Antragsrecht zur Verfügung und er hat lediglich die Möglichkeit sich auf informellem Wege an die Kommission zu wenden, um diese zum Einschreiten zu bewegen. Neben dieser Möglichkeit des zentralen Rechtsschutzes steht aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 1 EG²¹⁸ der Weg offen, vor den nationalen Gerichten dezentral Rechtsschutz zu erlangen, was mit den genannten Nachteilen, wie Kostenrisiko und Beweisschwierigkeiten verbunden ist.

²¹⁴ EuGH, Rs. 53/85, *Akzo*, Slg. 1986, 1965 Rn. 28.

²¹⁵ EuGH, Rs. 53/85, *Akzo*, Slg. 1986, 1965 Rn. 29.

²¹⁶ Mitteilung der Kommission, 23. Januar 1997, ABL C 23, S. 3. Ebenso im Mitteilungsentwurf der Kommission vom 21. Oktober 2004, Abl. Nr. C 259, S. 8.

²¹⁷ EuGH, Rs. 53/85, *Akzo*, Slg. 1986, 1965 Rn. 6.

²¹⁸ EuGH, Rs. 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, 409 Rn. 18.

Aufgrund der Ablehnung des zentralen Rechtsschutzes basierte die Rechtsprechung zu Art. 86 EG bis Mitte der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts auf Vorlageverfahren der nationalen Gerichte.²¹⁹ Erstmals wurde in der Rechtssache *Ladbroke Racing*²²⁰ unmittelbar ein Antrag auf Einschreiten bei der Kommission gestellt und dieser Gegenstand eines Urteils. *Ladbroke Racing* wandte sich mit einer *Untätigkeitsklage* gegen die Kommission, weil diese nach einer informellen Beschwerde nicht gehandelt hatte und den Antrag auf Einschreiten gegen die geltend gemachte Verletzung von Art. 86 Abs. 1 EG nicht beschied. Das zuständige Gericht Erster Instanz erklärte die Klage für unzulässig, weil der Kommission nach der Rechtsprechung ein weites Ermessen hinsichtlich des Einschreitens nach Art. 86 Abs. 3 EG zustehe und ein Antragsteller so keinen Anspruch auf Einschreiten habe.²²¹

Erst die *Bundesvereinigung der Bilanzbuchhalter*²²² wandte sich mit einer *Nichtigkeitsklage* nach Art. 230 Abs. 4 EG gegen die „Bescheidung“ ihres Antrags, in der die Kommission mitteilte, nicht gegen den beanstandeten Wettbewerbsverstoß eingreifen zu wollen. Das Gericht lehnte diesmal ebenfalls die Klagebefugnis ab. Dieses Ergebnis begründete es damit, dass das weite Ermessen der Kommission hinsichtlich des Ob und des Wie der Maßnahme keinen Anspruch auf Tätigwerden begründe, aber Ausnahmefälle denkbar wären.²²³ In der Rechtssache *TFI*²²⁴ wurde ein solcher Ausnahmefall erstmals durch das EuG anerkannt:

„Artikel 90 Absatz 3 EG-Vertrag [Art. 86 Abs. 3 EG] gehört nach seiner Stellung im Vertrag und seinem Zweck zu den Vorschriften, die den freien Wettbewerb gewährleisten sollen, und bezweckt somit den Schutz der Wirtschaftsteilnehmer vor Maßnahmen, mit denen ein Mitgliedstaat die vom Vertrag verliehenen wirtschaftlichen Grundfreiheiten behindert. Sowohl aufgrund der Stellung dieser Vorschriften im Vertrag als auch aufgrund ihres Zweckes darf folglich dem einzelnen nicht der Schutz seiner rechtmäßigen Interessen genommen werden, wenn ein Mitgliedstaat im Hinblick auf öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte zustehen, Maßnahmen trifft oder beibehält, die in gleicher Weise wettbewerbswidrig wirken wie die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen anderer Unternehmen. Nach der Rechtsprechung zählt zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts der Grundsatz, daß jedermann gegen die Entscheidungen, die gegen ein von den Verträgen anerkanntes Recht verstoßen, einen Anspruch auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes haben muß. [...] Der weite Ermessensspielraum, über den die Kommission bei der Durchführung des Artikels 90 EG-Vertrag verfügt, darf diesen Schutz nicht zunichte machen, da, wie der Gerichtshof [...] entschieden hat, sich nicht von vornherein ausschließen läßt, daß für einen einzelnen ein Ausnahmefall vorliegt, aufgrund dessen er

²¹⁹ Z.B. EuGH, verb. Rs. C-48/90 und C-66/90, *PTT Nederland*, Slg. 1992, I-565.

²²⁰ EuG, Rs. T-32/93 *Ladbroke Racing*, Slg. 1994, II-1015.

²²¹ EuG, Rs. T-32/93 *Ladbroke Racing*, Slg. 1994, II-1015 Rn. 38.

²²² EuG, Rs. T-84/94, *Bilanzbuchhalter*, Slg. 1995, II-103.

²²³ EuG, Rs. T-84/94, *Bilanzbuchhalter*, Slg. 1995, II-103 Rn. 31; EuGH, Rs. C-107/95, *Bilanzbuchhalter*, Slg. 1997, I-947 Rn. 25 ff.

²²⁴ EuG, Rs. T-17/96, *TFI*, Slg. 1999, II-1757; rechtskräftig durch EuGH, verb. Rs. C-302/99 u. 308/99, Slg. 2001, I-5603.

zur Erhebung einer Klage gegen eine Weigerung der Kommission befugt ist, im Rahmen ihrer Überwachungsfunktion nach Artikel 90 Absätze 1 und 3 EG-Vertrag eine Entscheidung zu erlassen.“²²⁵

Warum ein solcher Ausnahmefall als gegeben angesehen wird, wird im Urteil allerdings nicht deutlich. Jedoch scheint es in dem Fall mit der Gewährung effektiven Rechtsschutzes aufgrund der Vielzahl von Begünstigungen der Konkurrentensender durch den französischen Staat sowie der empfindlichen Störung der wirtschaftlichen Lage des beschwerdeführenden Senders zusammenzuhängen.²²⁶

Diese restriktive Rechtsprechung folgte dem Grundsatz, dass eine Klagebefugnis nur dann gegeben ist, wenn dem Kläger im vorausgehenden Verfahren ein formelles Beteiligungsrecht, wie im Falle des Beschwerdeführers nach der VO 1/03, zusteht.²²⁷ Mangels einer Verfahrensordnung, die dem Beschwerdeführer ein solches Recht einräumen könnte, ist dies eine unerfüllbare Voraussetzung.

Diese Rechtsprechung hat das Gericht Erster Instanz durch das Urteil in der Rechtssache *max.mobil Telekommunikation Service*²²⁸ aufgegeben und dem Rechtsschutz im Anwendungsbereich der Art. 81 f. EG angeglichen, wie dies schon in der Rechtssache *TF1* angedeutet wurde. Danach soll sich aus dem allgemeinen Grundsatz des Rechts auf geordnete Verwaltung, der auch in Art. 41 Abs. 1 der Grundrechte-Charta (Art. II-101 Abs. 1 EV) verankert ist, ein *Anspruch auf sorgfältige und unparteiische Behandlung einer Beschwerde* ergeben.²²⁹ Aufgrund der herausragenden Bedeutung der Argumentation des Gerichts sollen hier die entscheidenden Teile der Argumentation im Original wiedergegeben werden:

„Auf die sorgfältige und unparteiische Behandlung einer Beschwerde besteht ein Anspruch im Rahmen des Rechts auf eine geordnete Verwaltung, das zu den allgemeinen Grundsätzen des Rechtsstaats gehört, die den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Artikel 41 Absatz 1 der am 7. Dezember 2000 in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 364, S. 1; im Folgenden: Grundrechte-Charta) bekräftigt das: Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Angelegenheiten von den Organen und Einrichtungen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden. [...]

So gesehen müssen die allgemeine Überwachungspflicht der Kommission und die sich aus ihr ergebende Folge, die *Verpflichtung zur sorgfältigen und unparteiischen Prüfung* der bei der Kommission eingereichten Beschwerden, dem Grundsatz nach *im Rahmen der Artikel 85, 86, 90, 92 und 93 EG-Vertrag unterschiedslos gelten*, auch wenn die Modalitäten der Erfüllung dieser Verpflichtungen je nach den spezifischen Anwendungsbereichen und insbesondere den Verfahrensrechten, die den Betroffenen in diesen Bereichen durch den EG-Vertrag oder das abgeleitete Gemeinschaftsrecht ausdrücklich eingeräumt sind, unterschiedlich ausfallen. Das Vorbringen der Kommission, Artikel 90 Absatz 3 EG-Vertrag räume den Einzelnen, deren Schutz durch die unmittelbaren

²²⁵ EuG, Rs. T-17/96, *TF1*, Slg. 1999, II-1757 Rn. 50 f.

²²⁶ EuG, Rs. T-17/96, *TF1*, Slg. 1999, II-1757 Rn. 53 ff.

²²⁷ *Nowak*, Konkurrentenschutz in der EG, 316 ff.

²²⁸ EuG, Rs. T-54/99, *max.mobil*, Slg. 2002, II-313.

²²⁹ EuG, Rs. T-54/99, *max.mobil*, Slg. 2002, II-313 Rn. 48.

Verpflichtungen der Mitgliedstaaten gewährleistet sei, keine Verfahrensstellung ein, ist folglich unerheblich. [...]

Diese Verpflichtung zu einer sorgfältigen und unparteiischen Prüfung bedeutet nicht, dass die Kommission die Prüfung bis zum Erlass einer an einen oder mehrere Mitgliedstaaten gerichteten abschließenden Entscheidung oder Richtlinie fortführen muss. Nach ständiger Rechtsprechung ergibt sich nämlich aus Artikel 90 Absatz 3 EG-Vertrag und aus dem Sinn und Zweck des gesamten Artikels 90, dass die Befugnis der Kommission zur Überwachung der Mitgliedstaaten, die gegen den EG-Vertrag, insbesondere die Wettbewerbsregeln, verstoßen, ein weites Ermessens sowohl hinsichtlich des für erforderlich erachteten Tätigwerdens als auch hinsichtlich der geeigneten Mittel umfasst. [...]

Soweit die Kommission zur Prüfung verpflichtet ist, unterliegt die Einhaltung dieser Verpflichtung gerichtlicher Kontrolle. Es liegt nämlich *im Interesse einer geordneten Rechtspflege und zugleich einer ordnungsgemäßen Anwendung der Wettbewerbsregeln*, dass natürliche oder juristische Personen, die bei der Kommission einen Antrag auf Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen diese Regeln stellen, bei vollständiger oder teilweise Ablehnung ihres Antrags über eine Klagemöglichkeit zum Schutz ihrer berechtigten Interessen verfügen. ... Im Übrigen gehört eine solche gerichtliche Kontrolle ebenfalls zu den den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gemeinsamen allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen, wie Artikel 47 der Grundrechte-Charta bestätigt, wonach jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte verletzt sind, das Recht hat, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

Da die Kommission [...] über ein weites Ermessen verfügt, [...] ist die Kontrolle des Gemeinschaftsrichters, [...] auf die Prüfung beschränkt, ob – erstens – die angefochtene Handlung eine Begründung enthält, die prima facie schlüssig ist und aus der hervorgeht, dass der relevante Akteninhalt berücksichtigt worden ist, ob – zweitens – ein zutreffender Sachverhalt zugrunde gelegt wurde und ob – drittens – Prima-facie-Beurteilung dieses Sachverhalts offensichtlich fehlerhaft ist. Somit ist die vom Gericht ausgeübte Kontrolle in ihrem Anwendungsbereich beschränkt und in ihrer Dichte unterschiedlich. Die sachliche Richtigkeit des zugrunde gelegten Sachverhalts unterliegt nämlich einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle, während die Prima-facie-Beurteilung dieses Sachverhalts und vor allem die Beurteilung der Erforderlichkeit eines Tätigwerdens nur einer eingeschränkten Kontrolle durch das Gericht unterliegen.²³⁰

Durch dieses Urteil gleicht das Gericht die Verfahrensstellung der Beschwerdeführer in Verfahren nach Art. 86 EG der in Verfahren nach Art. 81 f. EG an und begründet ein Beschwerderecht, das durch einen Anspruch auf ermessens- und begründungsfehlerfreie Entscheidung gesichert ist. Die Klagebefugnis und mit dieser auch das Recht auf Antragstellung und abschließende „Bescheidung“ eines Antrags ist damit ebenso in Verfahren nach Art. 86 EG anerkannt.²³¹

Allerdings ist auch in diesem Verfahren der Umfang der Prüfungspflicht, wie in Verfahren nach Art. 81 f. EG, beschränkt. Die Kommission hat nach dem Opportu-

²³⁰ EuG, Rs. T-54/99, *max.mobil*, Slg. 2002, II-313 Rn. 48-59.

²³¹ EuG, Rs. T-54/99, *max.mobil*, Slg. 2002, II-313 Rn. 65 f.

nitätsprinzip ein weites Ermessen hinsichtlich des Ob und des Wie des Einschreitens, aber kein freies Ermessen, da sie nach Art. 86 Abs. 3 EG „erforderlichenfalls geeignete“ Maßnahmen zu treffen hat.²³² Die Kommission muss jedoch in der Lage sein, ihr Ermessen fehlerfrei auszuüben und hat so den dargelegten Sachverhalt hinsichtlich aller tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte zu prüfen.²³³ Diese Prüfungspflicht unterliegt insoweit richterlicher Kontrolle, als dass der Entscheidung ein zutreffender Sachverhalt zugrunde liegt und dass *prima facie* aus der Begründung die Berücksichtigung des vorgelegten Akteninhalts hervorgeht und der Sachverhalt nicht offensichtlich fehlerhaft beurteilt wurde.²³⁴

Nach dieser Grundsatzentscheidung, die sowohl ein Antrags- als auch ein korrespondierendes Klagerecht in Verfahren nach Art. 86 EG einräumt, hat das Gericht seine Rechtsprechung bestätigt.²³⁵ Ob diese Rechtsprechung allerdings Bestand haben wird, wird erst das zum Gerichtshof eingelegte Rechtsmittel zeigen.²³⁶ Die in diesem Rechtsmittelverfahren vorliegenden Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* wenden sich zumindest in Teilen gegen die Rechtsprechung des Gerichts. Aus einer Analyse der Rechtsnatur des die Beschwerde zurückweisenden Rechtsakts, „die darin besteht, die *objektive Rechtslage* im Hinblick auf die Anwendbarkeit bestimmter Vertragsbestimmungen darzulegen“²³⁷ schloss der Generalanwalt, insoweit dem Gericht widersprechend, dass der Rechtsakt im Gegensatz zu den verfahrensabschließenden Rechtsakten in Verfahren, zu denen besondere Verfahrensordnungen existieren, keinen bestimmten Adressaten hat.²³⁸ Dennoch billigt er diesem Rechtsakt den Charakter einer Entscheidung im Sinne vom Art. 230 EG zu, gegen die eine Nichtigkeitsklage gegeben ist, da der Rechtsakt Rechtswirkungen für die Beteiligten zeitigt.²³⁹ Daraus ergibt sich jedoch, dass der Beschwerdeführer unmittelbar und individuell i.S.v. Art. 230 Abs. 4 EG betroffen sein muss, um klagebefugt zu sein. Die unmittelbare Betroffenheit wird durch die Konkurrenten- oder Marktopponentenstellung auf dem betroffenen Markt begründet und wird im Regelfall vorliegen.²⁴⁰ Das individuelle Rechtsschutzinteresse, also die individuelle Betroffenheit, im Sinne von persönlichen Eigenschaften oder besonderen Umständen, die den Beschwerdeführer ähnlich wie einen Adressaten individualisieren können,²⁴¹ kann nach der Untersuchung des Generalanwalts nicht deshalb bejaht werden, weil die vom Gericht angenommene Pflicht

²³² EuG, Rs. T-54/99, *max.mobil*, Slg. 2002, II-313 Rn. 54.

²³³ EuGH, verb. Rs. 142 und 156/84, *BAT & Reynolds*, Slg. 1987, 4487 Rn. 20; Rs. C-449/98 P, *IECC*, Slg. 2001, I-3875 Rn. 45; EuG, Rs. T-24/90, *automec*, Slg. 1992, II-2223 Rn. 79; Rs. T-54/99, *max.mobil*, Slg. 2002, II-313 Rn. 55.

²³⁴ EuG, T-54/99, *max.mobil*, Slg. 2002, II-313 Rn. 58.

²³⁵ EuG, T-52/00, Rs. *Coe Clerici Logistics SpA*, Slg. 2003, II-2123 Rn. 93 f.

²³⁶ Vgl. Vorbringen der Kommission in EuG, T-52/00, Rs. *Coe Clerici Logistics SpA*, Rn. 92 – beim EuGH als Rs. C-141/02 P anhängig.

²³⁷ *GA Maduro*, Schlussanträge in der Rs. C-141/02 P vom 21. Oktober 2004, Rn. 43 (noch nicht in der amtl. Sammlung) – im Internet erhältlich: [\(http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=de&num=79958978C19020141&doc=T&couvert=T&seance=CONCL&where=\(\)\)](http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=de&num=79958978C19020141&doc=T&couvert=T&seance=CONCL&where=()) (besucht am 24. November 2004).

²³⁸ *Ibid.*, Rn. 38 ff.

²³⁹ *Ibid.*, Rn. 44 f.

²⁴⁰ *Ibid.*, Rn. 49.

²⁴¹ EuGH, Rs. 25/62, *Plaumann*, Slg. 1963, 213 (238), bekräftigt durch EuGH, Rs. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/Rat*, Slg. 2002, I-6677 Rn. 44.

zur sorgfältigen und unparteiischen Prüfung mangels einer entsprechenden Verfahrensordnung zumindest nicht gegenüber dem Beschwerdeführer bestand.²⁴² Allein das Vorliegen eines Ausnahmefalles, wie in der Rechtssache *TFI* anerkannt, kann somit die Klagebefugnis begründen. Ein Beschwerdeführer ist danach nur dann „individuell betroffen, wenn seine besondere Situation bei der Vornahme der angefochtenen Handlung vom Urheber dieser Handlung berücksichtigt wurde.“²⁴³

Dieses Erfordernis wird zwar im vorliegenden Fall als gegeben angesehen,²⁴⁴ doch wirft dieser Schlussantrag die Rechte der Beschwerdeführer weit zurück, indem faktisch nur in solchen Konstellationen eine individuelle Betroffenheit anzunehmen sein wird, in denen das Art. 86 EG unterfallende Unternehmen so wenige Wettbewerber hat, dass deren Situation zwangsläufig in die Entscheidung der Kommission einfließen muss. Diese Auslegung führt für Märkte mit einer Vielzahl von Konkurrenten und Marktopponenten jedoch dazu, dass die Marktmacht entscheidendes Kriterium der Zuerkennung eines mit einer Klagebefugnis abgesicherten Beschwerderechts ist und die übrigen Betroffenen bei ihren Beschwerden lediglich als Funktionäre der Wettbewerbsordnung auftreten. Dieses Ergebnis kann kaum überzeugen und spricht so für die Schaffung einer Verfahrensordnung für Art. 86 EG, welche die Antragsrechte der Beschwerdeführer regelt und damit deren Klagebefugnis begründet.

II. Anhörungs- und Akteneinsichtsrecht

Nach der Anerkennung eines jedoch nur in Ausnahmefällen gerichtlich nachprüf-
baren Antragsrechts stellt sich die Frage, ob dem Beschwerdeführer ebenso ein Anhörungs- und Akteneinsichtsrecht gewährt werden müsste. Diese Rechte werden dem Beschwerdeführer, wie oben dargestellt, zur Durchsetzung seiner berechtigten Interessen eingeräumt. Insofern wäre es nur konsequent dem Beschwerdeführer in einem Verfahren nach Art. 86 EG wegen der vom Gericht hervorgehobenen Vergleichbarkeit der Sachverhalte und der Verbindung zwischen diesen Verfahrensarten ein Anhörungs- und Akteneinsichtsrecht im gleichen Maße einzuräumen.

Gegen die Einräumung von Verfahrensrechten sprechen jedoch mehrere Argumente. Zunächst ist einzuwenden, dass eine Verfahrensordnung, die diese Rechte gewährt, nicht vorhanden ist und durch eine Anerkennung das Richterrecht unzulässigerweise ausgedehnt würde. Des Weiteren ist ein solches Zugeständnis aufgrund des dem Beschwerdeführer eingeräumten Antragsrechts nicht zwingend, zumal erstens dezentrale Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen und zweitens der Kommission durch Art. 86 EG, wie das Gericht in dem oben zitierten Urteil darlegt, ein abweichender Überwachungsauftrag gegeben wurde. So richtet sich das Verfahren gemäß Art. 86 EG nicht gegen ein Unternehmen, sondern gegen einen Mitgliedstaat, dessen relevantes Verhalten transparenter als eine Kartellvereinbarung zwischen Unternehmen ist. Da die Möglichkeit dezentral Rechtschutz zu erlangen eine Anerkennung von Verfah-

²⁴² *GA Maduro*, Schlussanträge in der Rs. C-141/02 P vom 21. Oktober 2004, Rn. 52 ff. (noch nicht in der amtl. Sammlung) – im Internet erhältlich: [\(http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=de&num=79958978C19020141&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL&where=\(\)\)](http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=de&num=79958978C19020141&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL&where=()) (besucht am 24. November 2004).

²⁴³ *Ibid.*, Rn. 66.

²⁴⁴ *Ibid.*, Rn. 67.

rensrechten in den Kartellverfahren nach der VO 1/03 nicht hinderten und der Beschwerdeführer nach den Schlussanträgen des Generalanwalts gegen die ablehnende Entscheidung nur in Ausnahmefällen den Rechtsweg beschreiten kann, bleibt eine Verfahrensordnung zur Sicherung grundlegender Verfahrensrechte zu fordern.

F. Rechtsschutz vor nationalen Gerichten gegen Durchsuchungsmaßnahmen der Kommission in Kartellverfahren

I. Verfahren bei Durchsuchungsmaßnahmen der Kommission

Gem. Art. 20 Abs. 1 VO 1/03 kann die Kommission bei den von einem Kartellverfahren betroffenen Unternehmen Nachprüfungen vornehmen und zu diesem Zweck die Geschäftsräume betreten und Unterlagen einsehen. Die Kommissionsbediensteten üben gem. Art. 20 Abs. 2 VO 1/03 die Nachprüfung unter Vorlage eines schriftlichen Prüfungsauftrages aus. In diesem Schriftstück muss der Gegenstand und der Zweck der Nachprüfung bezeichnet sein und auf die in Artikel 23 vorgesehenen Sanktionen hingewiesen werden, die verhängt werden können, wenn die angeforderten Bücher oder sonstigen Geschäftsunterlagen nicht vollständig vorgelegt werden oder die Antworten auf die i.S.d. Absatz 2 gestellten Fragen unrichtig oder irreführend sind. Die Bediensteten der Kommission können sich nicht gewaltsam Zugang zu Räumen verschaffen oder die Beschäftigten des Unternehmens zwingen, ihnen den Zugang hierzu zu gewähren; sie können auch keine Durchsuchungen ohne Einwilligung der Verantwortlichen des Unternehmens vornehmen.²⁴⁵

Sollten sich die betroffenen Unternehmen der Nachprüfungsanordnung der Kommission widersetzen, können die Bediensteten der Kommission auf der Grundlage von Artikel 20 Abs. 6 VO 1/03 unter Einschaltung der nationalen Behörden, die ihnen die zur Erfüllung ihrer Aufgabe erforderliche Unterstützung zu gewähren haben, nach allen für die Nachprüfung notwendigen Informationsquellen suchen. Zwar ist diese Unterstützung nur für den Fall vorgeschrieben, dass sich das Unternehmen ausdrücklich widersetzt, jedoch kann sie auch vorsorglich zu dem Zweck angefordert werden, sich über einen etwaigen Widerspruch des Unternehmens hinwegsetzen zu können.²⁴⁶

Vielfach setzt eine Durchsuchung nach den nationalen Rechtsordnungen eine richterliche Durchsuchungsanordnung voraus. Gleichgültig, ob es sich bei der zuständigen Stelle um ein Gericht handelt oder nicht, darf diese nach Art. 20 Abs. 8 VO 1/03 nicht die Beurteilung der Notwendigkeit der angeordneten Nachprüfungen durch die Kommission durch ihre eigene Beurteilung ersetzen. Jedoch ist die nationale Stelle befugt, nach Feststellung der Echtheit der Nachprüfungsentscheidung zu untersuchen, ob die beabsichtigten Zwangsmaßnahmen nicht willkürlich oder, gemessen am Gegenstand der Nachprüfung, unverhältnismäßig sind. Auch hat sie das Recht

²⁴⁵ EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 31; EuGH, verb. Rs. 97 bis 99/87, *Dow Chemical Ibérica SA u.a.*, Slg. 1989, 3165 Rn. 28.

²⁴⁶ EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 32; EuGH, verb. Rs. 97 bis 99/87, *Dow Chemical Ibérica SA u.a.*, Slg. 1989, 3165 Rn. 29.

dafür zu sorgen, dass die Vorschriften ihres nationalen Rechts bei der Durchführung dieser Maßnahmen beachtet und eingehalten werden.²⁴⁷

II. Rechtsschutz gegen Durchsuchungsmaßnahmen der Kommission

Grundsatz der Rechtsschutzmöglichkeiten ist, dass die Zuständigkeit der nationalen Gerichte insoweit gegeben ist, als auf innerstaatliches Recht gestützte Maßnahmen Gegenstand des Angriffs sind und im Übrigen für die Beurteilung von Rechts- und Verfahrenshandlungen, die sich auf das Gemeinschaftsrecht gründen, die Gemeinschaftsgerichte zuständig sind. Soweit Nachprüfungen durch die Kommission vorgenommen werden, können sich Rechtsbehelfe des betroffenen Unternehmens sowohl gegen das Vorgehen der Kommission als solches als auch gegen Maßnahmen der zur Unterstützung hinzugezogenen nationalen Behörden richten.

Die Nachprüfungsanordnung selbst stellt eine Zwangsmaßnahme dar, gegen die nach Art. 230 Abs. 4 i.V.m. Art. 225 Abs. 1 EG das Gericht Erster Instanz angerufen werden kann. Durch Art. 243 EG (i.V.m. Art. 225 Abs. 1 EG und Art. 104 § 1 Abs. 1; 106 Abs. 1 Verfahrensordnung des EuG) wird die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung durch den Präsidenten des EuG gegeben, die auf Aussetzung des Vollzugs eines den Adressaten belastenden Organaktes gerichtet ist. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung entfaltet jedoch keine aufschiebende Wirkung, weshalb der Antrag regelmäßig wegen Erledigung als unzulässig abzuweisen ist, so dass letztlich doch nur der Weg des Klageverfahrens nach Art. 230 EG verbleibt.

Gegen die Nachprüfungsanordnung als solche besteht kein Rechtsschutz vor nationalen Gerichten, da diese als Gemeinschaftsrechtsakt nur der Kontrolle des EuGH und des EuG unterliegt. Die Gültigkeit von Akten der Gemeinschaftsorgane kann nur nach dem Gemeinschaftsrecht beurteilt werden, denn dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht können wegen seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.²⁴⁸

In Betracht kommt jedoch Rechtsschutz gegen die Durchsuchungsmaßnahme. Grundsätzlich hat sich die nationale Behörde bei Unterstützung der Kommission nach deren Verlangen zu richten. Daher liegt es nahe, ein Fehlverhalten der nationalen Behörde der Kommission zuzurechnen und daher entsprechend den oben bereits beschriebenen Weg zum EuG als gegeben anzunehmen. In dieser Hinsicht ist jedoch danach zu differenzieren, ob die nationale Behörde sich innerhalb des von der Kommission verlangten Tätigkeitsrahmens bewegt oder ob sie ihre Befugnisse ohne Billigung der Kommission überschreitet. Solange sie dem – rechtswidrigen – Ersuchen der zuständigen Behörde entspricht, ist ihr Handeln dieser zuzurechnen. Wie im Fall der Amtshilfe ändert sich jedoch bei Befugnisüberschreitung der gegen die Hilfe leistende Behörde zu beschreitende Rechtsweg nicht je nach dem zu wessen Unterstützung sie tätig wird. Überschreitet die unterstützende Behörde ihre Befugnisse, so sind ihre

²⁴⁷ EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 35; EuGH, verb. Rs. 97 bis 99/87, *Dow Chemical Ibérica SA u.a.*, Slg. 1989, 3165 Rn. 32.

²⁴⁸ EuGH, *IHG*, Slg. 1970, 1125 Rn. 3.

Handlungen der ersuchenden Behörde nicht mehr zurechenbar, so dass sie sich selbst insoweit einem Verfahren vor dem für die Beurteilung ihres Tätigwerdens zuständigen Gericht aussetzt.

Der nationalen gerichtlichen Kontrolle der Durchsuchungsmaßnahme sind jedoch die gleichen Grenzen gesetzt wie den zuständigen Stellen, das heißt auch ihr ist die materielle Prüfung bis auf die Verhältnismäßigkeit entzogen. Dabei ist es auch nicht relevant, dass der EuGH, im Gegensatz zu den meisten nationalen Rechtsordnungen, kein Grundrecht der Unverletzlichkeit der Geschäftsräume anerkennt, da Prüfungsmaßstab für die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung oder deren Geltung in einem Mitgliedstaat allein das Gemeinschaftsrecht ist.²⁴⁹

Da die Mitgliedstaaten die Wirksamkeit des Vorgehens der Kommission sicherzustellen haben,²⁵⁰ kann dem Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten regelmäßig keine aufschiebende Wirkung zukommen, da andernfalls der Erfolg der Durchsuchungsmaßnahme gefährdet wäre. Dies bedeutet, dass regelmäßig eine Durchsuchung durch die Kommission vorgenommen werden kann, ohne dass das Unternehmen in der Lage ist, auf rechtlich einwandfreiem Weg zu verhindern, dass auch Unterlagen in die Hände der Kommission gelangen, die nichts mit dem Gegenstand der Nachprüfung zu tun haben. Dem Unternehmen nützt es letztlich nichts, wenn der EuG nach einigen Jahren die Rechtswidrigkeit der Durchsuchungsanordnung feststellt.

Ein effektiver Grundrechtsschutz lässt sich allerdings gewähren, wenn man dem von der Kommission im *Hochst*-Verfahren unterbreiteten Vorschlag²⁵¹ folgt, die anlässlich der Durchsuchung aufgefundenen streitbefangenen Unterlagen bis zu einer gerichtlichen Entscheidung verschlossen aufzubewahren. Dies muss nicht notwendigerweise zu einer faktischen Betriebsstilllegung führen, da hier im beiderseitigen Interesse vom Kopierrecht der Kommission Gebrauch gemacht werden kann, so dass die Originalunterlagen dem Unternehmen weiterhin im vollen Umfang zur Verfügung stehen. Ausdrücklich ist diese Verfahrensweise nun in Art. 20 Abs. 2 lit. c und d der VO 1/03 geregelt. In diesem Fall bleibt auch der Weg des einstweiligen Rechtsschutzes eröffnet, da das Rechtsschutzinteresse des Unternehmens sowie die Eilbedürftigkeit nicht mit Verschluss der Unterlagen entfallen. Gerade von Seiten der Kommission, die am Fortgang des Verfahrens interessiert ist, besteht in dieser Situation ein Bedürfnis an schneller Entscheidung.

Gem. Art. 21 VO 1/03 erstreckt sich die Befugnis der Kommission zu Nachprüfungen nunmehr auch auf solche Räume, die nicht einem Unternehmen zugeordnet sind. Die Verordnung nennt insoweit vor allem „Wohnungen von Unternehmensleitern und Mitgliedern der Aufsichts- und Leitungsorgane“. Die Anordnung einer solchen Nachprüfung bedarf jedoch der Bestätigung durch den Richter des Mitgliedstaates, in dessen Territorium die Nachprüfungen stattfinden soll. Dabei darf das nationale Gericht die Echtheit der Kommissionsentscheidung prüfen. Es muss dabei darauf achten, dass die beabsichtigten Zwangsmaßnahmen weder willkürlich noch unverhältnismäßig sind, wobei insbesondere die Schwere der zur Last gelegten Zuwiderhandlung, die Wichtigkeit des gesuchten Beweismaterials, die Beteiligung des

²⁴⁹ EuGH, verb. Rs. 97 bis 99/87, *Dow Chemical Ibérica SA u.a.*, Slg. 1989, 3165 Rn. 38.

²⁵⁰ EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 33.

²⁵¹ Vgl. Sitzungsbericht - EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 (2870).

betreffenden Unternehmens und die begründete Wahrscheinlichkeit, dass sich Bücher und Geschäftsunterlagen, die sich auf den Nachprüfungsgegenstand beziehen, in den Räumlichkeiten aufbewahrt werden, berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang kann das nationale Gericht die Kommission unmittelbar oder über die nationale Wettbewerbsbehörde um ausführliche Erläuterungen zu den Punkten ersuchen, deren Kenntnis zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit erforderlich ist.²⁵² Bezüglich der Rechtsschutzmöglichkeiten kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

G. Rechtsschutz gegen Bußgelder der Kommission

I. Rechtsgrundlagen und Praxis der Bußgeldfestsetzung

Art. 81 Abs. 2 EG sieht als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG nur vor, dass verbotene Vereinbarungen und Beschlüsse nichtig sind. Nach Art. 7 Abs. 1 VO 1/03 stellt die Kommission derartige Verstöße fest. Durch Art. 83 Abs. 2 lit. a EG ist der Rat ermächtigt, auf sekundärrechtlicher Ebene Geldbußen einzuführen, wovon er auch Gebrauch gemacht hat. Nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/03 ist die Kommission ermächtigt, gegen Unternehmen Bußgelder in Höhe von bis zu zehn Prozent des von dem einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festzusetzen.

Innerhalb dieses Rahmens steht ihr ein weites Ermessen zu. Nachdem die Kommission anfänglich nur Geldbußen in geringer Höhe verhängt hatte, ging sie mit ihrer Entscheidung im Fall *Musique diffusion française (Pioneer)* dazu über, Bußen auf bis zu 10% desjenigen Umsatzes festzusetzen, den das jeweilige Unternehmen im letzten Jahr innerhalb der Gemeinschaft mit den von dem Kartellrechtsverstoß betroffenen Produkten erzielt hatte. Der EuGH bejahte die Rechtmäßigkeit dieser umsatzproportionalen Bebußung,²⁵³ die die Kommission seitdem – von wenigen Ausnahmen abgesehen – durchgehend anwendet.

Nach ständiger Rechtsprechung verfügt die Kommission bei der Festlegung der Höhe der Geldbußen im Rahmen der VO 1/03 über ein Ermessen, um die Unternehmen dazu anhalten zu können, die Wettbewerbsregeln zu beachten.²⁵⁴ Außerdem ist die Kommission dadurch, dass sie in der Vergangenheit für bestimmte Arten von Zuwiderhandlungen Geldbußen in bestimmter Höhe verhängt hat, nicht daran gehindert, dieses Niveau innerhalb der durch die Verordnung 1/03 gezogenen Grenzen anzuheben, wenn dies erforderlich ist, um die Durchführung der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik sicherzustellen.²⁵⁵ Für die wirksame Anwendung der Wettbe-

²⁵² Vgl. Bekanntmachung der Kommission zur Zusammenarbeit mit den Gerichten vom 27. April 2004 (Abl. EG Nr. C 101) S. 54 (S. 60 Nr. 40).

²⁵³ EuGH, Rs. 100/80, *musique diffusion (Pioneer)*, Slg. 1983, 1825 Rn. 121.

²⁵⁴ EuG, Rs. T-150/89, *Martinelli*, Slg. 1995, II-1165 Rn. 59; EuG, Rs. T-49/95, *Van Me-gen Sports*, Slg. 1996, II-1799 Rn. 53; EuG, Rs. T-229/94, *Deutsche Bahn*, Slg. 1997, II-1689 Rn. 127.

²⁵⁵ EuGH, Rs. 100/80, *musique diffusion (Pioneer)*, Slg. 1983, 1825 Rn. 109; EuG, Rs. T-30/91, *Solvay*, Slg. 1995, II-1775 Rn. 309 und EuG, Rs. T-304/94, *Europa Carton*, Slg. 1998, II-869 Rn. 89.

werksregeln der Gemeinschaft ist es gerade konstitutiv, dass die Kommission das Niveau der Geldbußen jederzeit den Erfordernissen dieser Politik anpassen kann.²⁵⁶

1. Bußgeldleitlinien der Kommission

Am 14. Januar 1998 veröffentlichte die Kommission Bußgeldleitlinien, die statt einer umsatzproportionalen eine pauschale Bebußung vorsehen.²⁵⁷ Ziel dieser Leitlinien ist nach Bekunden der Kommission eine größere Transparenz der Bußgeldberechnung – wie sie das Gericht Erster Instanz angemahnt hatte – sowie eine kohärentere Bebußungspraxis. Im Ergebnis führen die Leitlinien zu erheblich höheren Bußgeldern, wodurch die abschreckende Wirkung auf Unternehmen gesteigert werden soll.²⁵⁸

Nach Nummer 1 Abs. 1 der Leitlinien wird bei der Berechnung der Geldbußen der Grundbetrag nach Maßgabe der Schwere und Dauer des Verstoßes als den einzigen Kriterien von Art. 23 Abs. 3 der VO 1/03 errechnet. Nach den Leitlinien wählt die Kommission als Ausgangspunkt bei der Berechnung der Geldbußen einen anhand der Schwere des Verstoßes ermittelten Betrag. Bei der Ermittlung der Schwere des Verstoßes sind seine Art und die konkrete Auswirkung auf den Markt, sofern diese messbar sind, sowie der Umfang des betreffenden räumlichen Marktes zu berücksichtigen. Dabei werden die Verstöße in drei Gruppen unterteilt: minder schwere Verstöße, bei denen Geldbußen zwischen 1.000 und 20 Millionen Euro in Betracht kommen, schwere Verstöße, bei denen die Geldbußen zwischen 1 Million und 20 Millionen Euro liegen können, und besonders schwere Verstöße, für die Geldbußen oberhalb von 20 Millionen Euro vorgesehen sind.²⁵⁹

Innerhalb der angeführten Kategorien von Zuwiderhandlungen ermöglicht die Skala der festzusetzenden Geldbußen eine Differenzierung gemäß der Art des begangenen Verstoßes.²⁶⁰ Ferner ist die tatsächliche wirtschaftliche Fähigkeit, durch die Verstöße Wettbewerber und Verbraucher wirtschaftlich in erheblichem Umfang zu schädigen, zu berücksichtigen, und die Geldbuße auf einen Betrag festzusetzen, der eine hinreichend abschreckende Wirkung entfaltet.²⁶¹ Darüber hinaus kann der Tatsache Rechnung getragen werden, dass Großunternehmen in den meisten Fällen dank ausreichender Ressourcen über juristischen und wirtschaftlichen Sachverstand verfügen, mit dem sie besser erkennen können, in welchem Maß ihre Vorgehensweise einen Verstoß darstellt und welche Folgen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu erwarten sind.²⁶²

²⁵⁶ EuGH, Rs. 100/80, *musique diffusion (Pioneer)*, Slg. 1983, 1825 Rn. 109 und EuG, Rs. T-23/99, *Fernwärmerohre*, Slg. 2002, II-1705 Rn. 236 und 237.

²⁵⁷ Vgl. Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden vom 14. Januar 1998 (Abl. EG Nr. C 9) S. 3 ff.

²⁵⁸ EuG, Rs. T-31/99, *ABB*, Slg. 2002, II-1881 Rn. 147.

²⁵⁹ Vgl. Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden vom 14. Januar 1998 (Abl. EG Nr. C 9) S. 3.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Ibid.*, S. 3f.

In diesem Rahmen kann es in Fällen, in denen mehrere Unternehmen beteiligt sind, z.B. bei Kartellen, angebracht sein, den festgesetzten Betrag zu gewichten, um die jeweilige Schwere und damit die tatsächliche Auswirkung des Verstoßes jedes einzelnen Unternehmens auf den Wettbewerb zu berücksichtigen. Dies gilt vor allem, wenn an einem Verstoß derselben Art Unternehmen von sehr unterschiedlicher Größe beteiligt waren und infolgedessen der allgemeine Ausgangsbetrag dem spezifischen Charakter jedes Unternehmens anzupassen ist.²⁶³

Bei der Berücksichtigung der Dauer eines Verstoßes wird in den Leitlinien unterschieden zwischen Verstößen von kurzer Dauer (in der Regel weniger als ein Jahr), bei denen der anhand der Schwere ermittelte Ausgangsbetrag nicht zu erhöhen ist, Verstößen von mittlerer Dauer (in der Regel zwischen einem und fünf Jahren), bei denen dieser Betrag um bis zu 50% erhöht werden kann, und Verstößen von langer Dauer (in der Regel mehr als fünf Jahre), bei denen dieser Betrag für jedes Jahr des Verstoßes um bis zu 10% erhöht werden kann.²⁶⁴

Die Nummern 2 und 3 der Leitlinien sehen eine Anpassung des Grundbetrags der Geldbuße nach Maßgabe bestimmter erschwerender und mildernder Umstände vor, die beim jeweiligen Unternehmen vorliegen. Insbesondere enthält Nummer 3 eine nicht abschließende Auflistung von Umständen, die zu einer Verringerung des Grundbetrags der Geldbuße führen können. Genannt werden die passive Mitwirkung eines Unternehmens, die tatsächliche Nichtanwendung der Vereinbarungen, die Beendigung der Verstöße nach dem ersten Eingreifen der Kommission, der Nachweis berechtigter Zweifel des Unternehmens an der Rechtswidrigkeit seines geahndeten Verhaltens, die fahrlässige Begehung des Verstoßes und die aktive Mitwirkung des Unternehmens an dem Verfahren außerhalb des Anwendungsbereichs der Mitteilung über Zusammenarbeit. Diese Umstände beruhen somit alle auf dem individuellen Verhalten des jeweiligen Unternehmens.

Nach der Rechtsprechung²⁶⁵ ist bei Begehung einer Zuwiderhandlung durch mehrere Unternehmen die relative Schwere des Tatbeitrags jedes einzelnen von ihnen zu prüfen, um zu ermitteln, ob bei ihnen erschwerende oder mildernde Umstände vorliegen. Diese Feststellung folgt zwingend aus dem Grundsatz der individuellen Zumessung von Strafen und Sanktionen, der besagt, dass ein Unternehmen nur für die Handlungen bestraft werden darf, die ihm individuell zur Last gelegt worden sind, und der in allen Verwaltungsverfahren gilt, die zu Sanktionen gemäß den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft führen können.²⁶⁶

Als allgemeine Bemerkung wird in den Leitlinien hinzugefügt, dass der Endbetrag der nach diesem Schema ermittelten Geldbuße (Grundbetrag einschließlich der durch die erschwerenden oder mildernden Umstände bedingten prozentualen Auf- oder Abschläge) gem. Artikel 23 Abs. 2 VO 1/03 in keinem Fall 10% des Gesamtumsatzes der betroffenen Unternehmen übersteigen darf. Ferner kann es den Leitlinien zufolge nach Durchführung der genannten Berechnungen je nach Fall angebracht sein, im

²⁶³ *Ibid.*, S. 4.

²⁶⁴ *Ibid.*; EuG, Rs. T-23/99, *Fernwärmeröhre*, Slg. 2002, II-1705 Rn. 228.

²⁶⁵ EuGH, Rs. C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Slg. 1999, I-4125 Rn. 150 und EuGH, Rs. C-284/91, *Suiker Unie*, Slg. 1992, I-5473 Rn. 623.

²⁶⁶ Vgl. zur Verhängung einer Geldbuße – EuG, Rs. T-45/98 und T-47/98, *Krupp Thyssen Stainless und Acciai speciali Terni*, Slg. 2001, II-3757 Rn. 63.

Hinblick auf die entsprechende Anpassung der vorgesehenen Geldbußen einige objektive Faktoren zu berücksichtigen. Darunter fallen z.B. ein besonderer wirtschaftlicher Zusammenhang, durch den Verstoß eventuell erzielte wirtschaftliche oder finanzielle Vorteile und die besonderen Merkmale der betreffenden Unternehmen wie ihre tatsächliche Steuerkraft in einem gegebenen sozialen Umfeld. Folglich wird auch die Berechnung der Geldbußen nach der in den Leitlinien beschriebenen Methode anhand der beiden in Artikel 23 Abs. 2 VO 1/03 genannten Kriterien – Schwere des Verstoßes und Dauer der Zuwiderhandlung – unter Beachtung der dort festgelegten Obergrenze vorgenommen.²⁶⁷

2. Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Die Organe der Europäischen Union haben ihre Handlungen am Gleichbehandlungsgrundsatz zu orientieren. Nach ständiger Rechtsprechung liegt ein Verstoß gegen diesen jedoch nur dann vor, wenn vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte gleichbehandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist.²⁶⁸

Im Bereich der Ahndung von Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln verlangt die Beachtung dieses Grundsatzes, dass gegenüber Unternehmen, die im selben Zeitraum Zuwiderhandlungen derselben Art begangen haben, unabhängig von dem zwangsläufig zufallsbedingten Zeitpunkt, zu dem eine Entscheidung gegen sie ergeht, die gleiche gesetzliche Sanktionsandrohung besteht. Insoweit ist dieser Grundsatz eng mit dem Verbot der Rückwirkung von Strafen verbunden, wonach eine Sanktion, die wegen Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln gegen ein Unternehmen verhängt wird, der Sanktion entsprechen muss, die zur Zeit der Zuwiderhandlung vorgesehen war.

Der oben bereits dargestellte Erlass der Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen und die damit verbundene Änderung der damaligen Verwaltungspraxis der Kommission stellt keine Verfälschung des rechtlichen Rahmens für die Ermittlung des Betrages der Geldbußen dar, die wegen Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft verhängt werden können, da dieser Rahmen allein in der VO 1/03 geregelt ist und die Leitlinien sich mit diesem decken.²⁶⁹

3. Verbot der Mehrfachahndung

Problematisch ist, ob Geldbußen, die bereits in anderen Staaten wegen der gleichen Handlung gegen ein Unternehmen verhängt wurden, bei der Festlegung der Geldbuße durch die Kommission berücksichtigt werden müssen. Anderenfalls könnte möglicherweise ein Verstoß gegen das Verbot der Mehrfachahndung vorliegen. Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei dem Grundsatz *ne bis in idem*, der auch in Artikel 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK verankert ist, um einen tragenden Grund-

²⁶⁷ EuG, Rs. T-23/99, *Fernwärmerohre*, Slg. 2002, II-1705 Rn. 231.

²⁶⁸ EuG, Rs. T-311/94, *BPB de Eendracht*, Slg. 1998, II-1129 Rn. 309.

²⁶⁹ EuG, Rs. T-224/00, *Archer Daniels Midland*, Slg. 2003, II-2597 Rn. 72 f.

satz des Gemeinschaftsrechts, dessen Wahrung der Richter zu sichern hat.²⁷⁰ Im Bereich des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft verbietet dieser Grundsatz, dass ein Unternehmen wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens, für das es in einer früheren, nicht mehr anfechtbaren Entscheidung der Kommission mit einer Sanktion belegt oder für nicht verantwortlich erklärt wurde, erneut verurteilt oder verfolgt wird.²⁷¹

Die Möglichkeit einer doppelten Sanktion – einer gemeinschaftsrechtlichen und einer innerstaatlichen – infolge der Durchführung zweier Parallelverfahren, die verschiedenen Zielen dienen und deren Zulässigkeit aus dem besonderen System der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten auf kartellrechtlichem Gebiet folgt, ist in der Rechtsprechung bejaht worden. Danach können gegen ein Unternehmen zwei Parallelverfahren wegen derselben Zuwiderhandlung durchgeführt und somit zwei Sanktionen verhängt werden.²⁷² Allgemeine Billigkeits-erwägungen gebieten es allerdings, dass die Kommission bei der Zumessung der Geldbuße die einem Unternehmen für dieselbe Tat bereits auferlegten Sanktionen berücksichtigt, wenn es sich um Sanktionen wegen Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht eines Mitgliedstaats, also im Gebiet der Gemeinschaft begangene Rechtsverletzungen handelt.²⁷³

Diese Feststellung wird durch die Tragweite des Grundsatzes des Verbotes der Mehrfachahndung bestätigt, wie er in Artikel 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK verankert ist und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angewandt wird. Nach dem Wortlaut dieses Artikels bewirkt dieser Grundsatz lediglich, dass es den Gerichten eines Staates untersagt ist, sich mit einer Straftat zu befassen oder wegen einer solchen Tat zu bestrafen, wenn die angeklagte Person wegen derselben Tat bereits in demselben Staat rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist. Dagegen verbietet es der Grundsatz *ne bis in idem* nicht, dass eine Person mehr als einmal in zwei oder mehr verschiedenen Staaten wegen derselben Tat verfolgt oder bestraft wird.²⁷⁴

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass es gegenwärtig keinen völkerrechtlichen Grundsatz gibt, der es den Behörden oder Gerichten verschiedener Staaten untersagt, eine Person wegen derselben Tat zu verfolgen und zu verurteilen.²⁷⁵ Ein solches Verbot könnte sich heute daher nur aus einer sehr engen internationalen Zusammenarbeit ergeben, die zum Erlass gemeinsamer Bestimmungen führt.²⁷⁶ Jedoch darf nach Artikel 50 Grundrechte-Charta (Art. II-110 EV) niemand wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freige-

²⁷⁰ EuG, Rs. T-305/94 bis T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij u.a.*, Slg. 1999, II-931 Rn. 96; bestätigt insoweit durch EuGH, Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, Slg. 2002, I-8375 Rn. 59.

²⁷¹ EuG, Rs. T-224/00, *Archer Daniels Midland*, Slg. 2003, II-2597 Rn. 86.

²⁷² EuGH, Rs. 14/68, *Wilhelm u.a.*, Slg. 1969, I Rn. 11; EuG, Rs. T-141/89, *Tréfleurope*, Slg. 1995, II-791 Rn. 191; Rs. T-149/89, *Sotralentz*, Slg. 1995, II-1127 Rn. 29.

²⁷³ EuGH, Rs. 14/68, *Wilhelm u.a.*, Slg. 1969, I Rn. 11; EuG, Rs. T-141/89, *Tréfleurope*, Slg. 1995, II-791 Rn. 191; Rs. T-149/89, *Sotralentz*, Slg. 1995, II-1127 Rn. 29.

²⁷⁴ Vgl. EuGMR, *Krombach/Frankreich* vom 29. Februar 2000 (unveröffentlicht) – zitiert nach EuG, Rs. T-224/00, *Archer Daniels Midland*, Slg. 2003, II-2597 Rn. 91.

²⁷⁵ EuG, Rs. T-224/00, *Archer Daniels Midland*, Slg. 2003, II-2597 Rn. 92.

²⁷⁶ *Ibid.*

sprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden. Die Charta soll aber unabhängig von der Frage, ob sie rechtliche Bindungswirkung hat, nur im Gebiet der Union gelten und beschränkt die Tragweite des in ihrem Artikel 50 festgelegten Rechts ausdrücklich auf die Fälle, in denen der Freispruch oder die Verurteilung innerhalb dieses Gebietes erfolgt ist. Danach besteht keine Pflicht der Kommission, Geldbußen, die Unternehmen von Nichtmitgliedstaaten auferlegt wurden, bei der Festsetzung der eigenen Geldbußen zu berücksichtigen, da die oben dargestellten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

4. Sonderproblem der konzernzugehörigen Unternehmen

Bei konzernzugehörigen Unternehmen stellt sich grundsätzlich die Frage, ob außer ihnen weitere Unternehmen des Konzerns für den Verstoß verantwortlich gemacht und damit mit einer Geldbuße belegt werden können. Entscheidend ist diese Frage dann, wenn das unmittelbar beteiligte Konzernunternehmen nur geringe Umsätze erzielt oder seinen Sitz und sein Vermögen außerhalb der Europäischen Union hat. Denn in diesen Fällen könnte die Kommission einerseits nur geringere Geldbußen verhängen und andererseits wäre die Vollstreckung der festgesetzten Geldbußen problematisch. In diesen Fällen greift die Kommission auf das Konzept der „wirtschaftlichen Einheit“ zurück, das nach ständiger Rechtsprechung des EuGH einen Zurechnungsgrund bei Konzernunternehmen darstellt, die Kommission und das Gericht Erster Instanz darin aber eine Frage des Unternehmensbegriffs sehen.²⁷⁷

Eine „wirtschaftliche Einheit“ mit der Folge, dass das wettbewerbswidrige Verhalten eines Unternehmens einem anderen Unternehmen zugerechnet werden kann, soll dann gegeben sein, wenn das erstgenannte Unternehmen trotz eigener Rechtspersönlichkeit sein Marktverhalten nicht selbst und unabhängig bestimmt, sondern vor allem wegen wirtschaftlicher und rechtlicher Bindung im Wesentlichen die Weisungen des letztgenannten Unternehmens befolgt hat.²⁷⁸ Die Kommission und das EuG betrachten die beiden Konzernunternehmen unter diesen geschilderten Voraussetzungen als ein Unternehmen.²⁷⁹ Der EuGH macht in einem jüngeren Urteil noch einmal deutlich, dass das wettbewerbswidrige Verhalten eines Unternehmens einem anderen Unternehmen nur dann zugerechnet werden kann, wenn das erstgenannte Unternehmen sein Marktverhalten nicht selbständig bestimmt, sondern vor allem wegen der wirtschaftlichen und sozialen Bindungen zwischen ihnen im Wesentlichen die Weisungen des letztgenannten Unternehmens befolgt hat.²⁸⁰

Einer Aufweichung der Zurechnungsvoraussetzungen erteilt der EuGH eine klare Absage. Zu Unrecht habe das EuG entschieden, dass es zulässig sei, einer Gesellschaft sämtliche Handlungen eines Konzerns zuzurechnen, auch wenn die Gesellschaft nicht

²⁷⁷ Steinle, EWS 2004, 118.

²⁷⁸ Ständige Rspr. seit EuGH, Rs. 48/69, *ICI*, Slg. 1972, 619 Rn. 133.

²⁷⁹ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 13. Juli 1994, Abl. EG 1994 Nr. L 243, 1 (45), Rn. 140 – *Karton*; EuG, T-156/94, *Aristrain*, Slg. 1999, II-645 Rn. 136; *Papakirakou*, Das Europäische Unternehmensstrafrecht in Kartellsachen, 163 ff.

²⁸⁰ EuGH, Rs. C-196/99 P, *Aristrain*, Urteil vom 2. Oktober 2003 (noch nicht veröffentlicht) – im Internet erhältlich: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod:CELEXnumdoc&numdoc=61999J0196&lg=DE>, Rn. 96 (besucht am 9. Juli 2004).

für die Koordinierung der Konzerntätigkeit verantwortlich war. Die bloße Tatsache, dass das Gesellschaftskapital zweier eigenständiger Handelsgesellschaften derselben Person oder Personengruppe gehört, reicht nicht als Nachweis dafür aus, dass diese beiden Gesellschaften eine wirtschaftliche Einheit bilden, die die Grundlage einer Zurechnung wäre.²⁸¹ Auch ist die Kommission bei derartigen Konstellationen nicht berechtigt, beiden Gesellschaften als Gesamtschuldner eine einheitliche Geldbuße in einer anhand ihres kumulierten Umsatzes berechneten Höhe aufzuerlegen und die Zahlung dieser Geldbuße allein von einem der Unternehmen zu verlangen.²⁸²

a) Die gesamtschuldnerische Haftung

Eine gesamtschuldnerische Haftung kommt nur in Betracht, wenn dem mithaftenden Unternehmen das wettbewerbswidrige Verhalten des anderen Unternehmens zugerechnet werden kann und allen Gesamtschuldnern somit eine Zuwiderhandlung zur Last fällt.²⁸³ Nur unter diesen Umständen kann die in Art. 23 Abs. 2 VO 1/03 nicht vorgesehene gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Unternehmen überhaupt mit dem Wortlaut der Bußgeldregelung vereinbar sein. Anderenfalls läge ein Verstoß gegen den Grundsatz *nulla poena sine lege* und dem daraus folgenden Analogieverbot vor.²⁸⁴

Dennoch bleibt die gesamtschuldnerische Haftung im Kartellbußgeldrecht eine bedenkliche Rechtsfigur,²⁸⁵ denn sie bedeutet immer auch eine Haftung für fremde Schuld und ist damit mit dem Schuldprinzip deutscher Prägung unvereinbar. Eine für jeden Gesamtschuldner individuelle Unrechts- und Schuld festgestellt findet sich nämlich in den Entscheidungen der Kommission mit gesamtschuldnerischer Haftung selten. Stattdessen werden alle objektiven und subjektiven Momente grundsätzlich für alle Gesamtschuldner gemeinsam festgestellt. Soweit doch einmal individuelle Umstände einzelner Gesamtschuldner festgestellt werden, haften Letztere trotzdem für den vollen Betrag der festgesetzten Geldbuße.²⁸⁶ Trotz dieser Bedenken kommt die gesamtschuldnerische Bebußung seit einiger Zeit in der Entscheidungspraxis der Kommission häufiger zum Tragen.²⁸⁷

Bilden zwei Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit, so hat die Kommission ein Wahlrecht.²⁸⁸ Sie kann entweder gegen jedes Unternehmen eine gesonderte Geldbuße

²⁸¹ *Ibid.*, Rn. 99.

²⁸² *Ibid.*, Rn. 101.

²⁸³ *Ibid.*, Rn. 99; EuGH, Rs. C-294/98 P, *Metsä-Serla*, Slg. 2000, I-10065 Rn. 28; GA Mischo, SA, *Metsä-Serla*, Slg. 2000, I-10067 Rn. 28, 37.

²⁸⁴ Vgl. *Steinle*, EWS 2004, 118 (123).

²⁸⁵ Vgl. die Kritik von *Dannecker/Fischer-Fritsch*, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 263 f.

²⁸⁶ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 21. Dezember 1994, Abl. EG 1994 Nr. L 378, 45 (52), Rn. 78 – *Tretorn*; Kommission, Entscheidung vom 14. Dezember 1972, Abl. EG 1972 Nr. L 299, 51 (56 f.) – *Zoja/CSC-ICI*.

²⁸⁷ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 21. Dezember 1994, Abl. EG 1994 Nr. L 378, 45 (52), Rn. 78 – *Tretorn*; Kommission, Entscheidung vom 13. Juli 1994, Abl. EG 1994 Nr. L 243, 1 (45), Rn. 140 – *Karton*; Kommission, Entscheidung vom 21. Oktober 1998, Abl. EG 1999 Nr. L 24, 1 (69) – *Fernwärmetechnik*.

²⁸⁸ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 21. Dezember 1994, Abl. EG 1994 Nr. L 378, 45 (52), Rn. 78 – *Tretorn*; Kommission, Entscheidung vom 13. Juli 1994, Abl. EG 1994 Nr. L 243, 1 (45),

festsetzen oder nur einen Betrag erheben, für welchen dann beide Unternehmen gesamtschuldnerisch haften.²⁸⁹ Wie eingangs bereits dargestellt, wird der Streit um die richtige Einordnung des Konzepts der wirtschaftlichen Einheit bei der Berechnung der umsatzabhängigen Bußgeldobergrenze des Art. 23 Abs. 2 VO 1/03 praktisch relevant. Da nach der Rechtsprechung des EuGH eine wirtschaftliche Einheit nicht zu einem einheitlichen Unternehmen, sondern ausschließlich zur Zurechnung des wettbewerbswidrigen Verhaltens führt, bleiben die betreffenden Unternehmen gesonderte an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen i.S.v. Art. 23 Abs. 2 VO 1/03. Aufgrund des unmissverständlichen Wortlauts dieser Vorschriften ergibt sich, dass die Zehnprozentgrenze für jedes Unternehmen gesondert zu berechnen ist. Nur so wird verhindert, dass gegen ein gesamtschuldnerisch bebußtes Unternehmen Geldbußen festgesetzt werden, die diese Obergrenze übersteigen.²⁹⁰

b) Berechnung der Bußgeldobergrenze bei gesamtschuldnerischer Haftung

Die Kommission darf bei ihrer Beurteilung des allgemeinen Niveaus der Geldbußen der Tatsache Rechnung tragen, dass offenkundige Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft immer noch verhältnismäßig häufig sind. Daher steht es ihr frei, das Niveau der Geldbußen anzuheben, um deren abschreckende Wirkung zu verstärken. Die Kommission ist also, wie bereits dargestellt, nicht dadurch gebunden, dass sie in der Vergangenheit für bestimmte Arten von Zuwiderhandlungen Geldbußen in bestimmter Höhe verhängt hat.²⁹¹

5. Pflicht zur Begründung der Höhe der Geldbuße

Zu untersuchen bleibt, inwieweit die Kommission erläutern muss, wie die Höhe der gegen die einzelnen Unternehmen festgesetzten Geldbußen ermittelt worden ist. Nach ständiger Rechtsprechung hat die Pflicht zur Begründung von Einzelfallentscheidungen den Zweck, dem Gemeinschaftsrichter die Überprüfung der Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu ermöglichen und den Betroffenen so ausreichend zu unterrichten, dass er erkennen kann, ob die Entscheidung zutreffend begründet oder eventuell mit einem Mangel behaftet ist, der ihre Anfechtung ermöglicht. Dabei hängt der Umfang der Begründungspflicht von der Art des fraglichen Rechtsakts und den Umständen ab, unter denen er erlassen wurde.²⁹²

Bei Entscheidungen, in denen Geldbußen festgesetzt werden, ist bei der Bestimmung des Umfangs der Begründungspflicht insbesondere zu berücksichtigen, dass die Schwere der Zuwiderhandlungen anhand einer Vielzahl von Gesichtspunkten zu er-

Rn. 140 – *Karton*; Kommission, Entscheidung vom 21. Oktober 1998, Abl. EG 1999 Nr. L 24, 1 (69) – *Fernwärmetechnik*.

²⁸⁹ EuGH, Rs. C-294/98 P, *Metsä-Serla*, Slg. 2000, I-10065 Rn. 27 f.; Noch weiter gehende Wahlmöglichkeiten der Kommission fordert *Wils*, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, 182 ff.

²⁹⁰ Vgl. *Steinle*, EWS 2004, 118 (124).

²⁹¹ EuGH, Rs. 100/80, *musique diffusion (Pioneer)*, Slg. 1983, 1825 Rn. 105-108; EuG, Rs. T-13/89, *ICI*, Slg. 1992, II-1021 Rn. 385.

²⁹² EuG, Rs. T-49/95, *Van Megen Sports*, Slg. 1996, II-1799 Rn. 51.

mitteln ist. Dazu gehören u.a. die besonderen Umstände der Rechtssache, ihr Kontext und die Abschreckungswirkung der Geldbußen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass es keine zwingende oder abschließende Liste von Kriterien gibt, welche zwangsläufig berücksichtigt werden müssen.²⁹³

II. Rechtsschutz

Kommissionsentscheidungen können nach Art. 230 Abs. 4 EG i.V.m. Art. 225 Abs. 1 EG vor dem EuG angefochten werden. Die Klage ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung der Kommissionsentscheidung zu erheben, unabhängig davon ob eine Rechtsmittelbelehrung erteilt wurde oder nicht.²⁹⁴ Nach Art. 31 VO 1/03 hat das EuG auch die Befugnis zur uneingeschränkten Nachprüfung von Bußgeldentscheidungen. Die Gerichte kontrollieren somit einerseits die Rechtmäßigkeit der Entscheidung (Form, Verfahren, Ermessensausübung) und zum anderen die Höhe der Geldbußen.

Für die Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane spricht grundsätzlich die Vermutung der Rechtmäßigkeit, solange sie nicht durch das EuG oder den EuGH aufgehoben oder von der Kommission zurückgenommen worden sind.²⁹⁵ In der Rechtssache *PVC* sah das EuG jedoch derart gravierende Fehler in der Entscheidung, dass es die Nichtigkeit der Handlung der Kommission feststellte und der Entscheidung jegliche Rechtswirkung versagte.²⁹⁶ Verfahrensfehler können im Übrigen nur dann zur Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit der Entscheidung führen, wenn die Möglichkeit besteht, dass das Verfahren ohne diesen Fehler zu einem anderen Ergebnis geführt hätte.²⁹⁷ Nichtig oder für nichtig erklärte Entscheidungen kann die Kommission erneut erlassen, ohne dass sie hierdurch gegen den Grundsatz *ne bis in idem* verstoßen würde.²⁹⁸

Eine Entscheidung ist dann ermessensmissbräuchlich, wenn sie nach objektiven, maßgeblichen und übereinstimmenden Anhaltspunkten offensichtlich ausschließlich oder zumindest überwiegend zu anderen als den angegebenen Zwecken erlassen worden ist.²⁹⁹ Für die Höhe des Bußgeldes werden als Bemessungsverfahren Schuld, Dauer und Schwere der Zuwiderhandlung herangezogen. Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Schwere der Zuwiderhandlungen anhand einer Vielzahl von Gesichtspunkten zu ermitteln, zu denen u.a. die besonderen Umstände der Rechtssache, ihr Kontext und die Abschreckungswirkung der Geldbußen gehören, ohne dass es eine zwingende oder abschließende Liste von Kriterien gäbe, die auf jeden Fall berücksichtigt werden müssten.³⁰⁰ Bei der Festsetzung von Geldbußen wegen Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln übt die Kommission ihre Befugnis im Rahmen des ihr

²⁹³ EuGH, Rs. C-137/95 P, *SPO*, Slg. 1996, I-1611 Rn. 54.

²⁹⁴ EuGH, Rs. C-153/98, *Guérin*, Slg. 1999, I-1441 Rn. 58.

²⁹⁵ EuGH, Rs. C-137/92 P, *PVC (BASF AG)*, Slg. 1994, I-2555 Rn. 48.

²⁹⁶ EuG, verb. Rs. T-79/89, T-84/89 bis T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 und T-104/89, *PVC (BASF AG u.a.)*, Slg. 1992, II-315 Rn.101.

²⁹⁷ EuG, Rs. T-7/89, *Hercules*, Slg. 1991, II-1711 Rn. 56.

²⁹⁸ EuGH, Rs. C-238/99 P u.a., *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375 Rn. 59 ff.

²⁹⁹ EuG, Rs. T-143/89, *Ferriere Nord SpA*, Slg. 1995, II-917 Rn. 68.

³⁰⁰ EuGH, Rs. C-137/95 P, *SPO*, Slg. 1996, I-1611 Rn. 54.

durch die VO 1/03 eingeräumten Ermessens aus. Die Wirtschaftsteilnehmer dürfen nicht auf die Beibehaltung einer bestehenden Situation vertrauen, die im Rahmen des Ermessensspielraums der Gemeinschaftsorgane verändert werden kann. Folglich können Unternehmen, die in ein Verwaltungsverfahren einbezogen sind, das zu einer Geldbuße führen kann, nicht darauf vertrauen, dass die Kommission das zuvor praktizierte Bußgeldniveau nicht überschreiten wird.³⁰¹

Zwar ist das EuG nicht an die Berechnung der Kommission gebunden, sondern hat eine eigene Beurteilung unter Berücksichtigung des Einzelfalls vorzunehmen.³⁰² Die Kommissionsentscheidungen wurden bislang jedoch anerkannt, wenn die Bemessungsfaktoren und der zugrunde gelegte Sachverhalt tatsächlich vorlagen.³⁰³ Auch bei der Herabsetzung einer Geldbuße verwendet das EuG die jeweilige Berechnungsmethode der Kommission.³⁰⁴ Dies ist unter dem Aspekt der Rechtssicherheit zwar unbefriedigend, jedoch dem Verordnungsgeber anzulasten, der Art. 31 VO 1/03 zu unbestimmt formuliert hat.

³⁰¹ EuG, Rs. T-23/99, *Fernwärmerohre*, Slg. 2002, II-1705 Rn. 241, 243.

³⁰² EuG, Rs. T-156/94, *Aristrain*, Slg. 1999, II-645 Rn. 161.

³⁰³ EuGH, Rs. C-53/92 P, *Hilti*, Slg. 1994, I-667 Rn. 47 ff.

³⁰⁴ EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Zement*, Slg. 2000, II-497 Rn. 4815.

SCHRIFTTUM

- Dannecker, Gerhard/Fischer-Fritsch, Jutta*, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, Köln 1989.
- De Bronett, Georg-Klaus*, Das Beschwerderecht von Personen und Personenvereinigungen bezüglich der Anwendung der Art. 85 und 86 durch die Europäische Kommission, Ein dringender Fall für den Gesetzgeber, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1997, 865-873.
- Dolmans, Maurits/Eichler, Helmut/Müller-Ibold, Till*, Die Sicherung des „Legal Privilege“ im Gemeinschaftsrecht, *Anwaltsblatt* 49 (1999), 493-499.
- Eichler, F. Helmut/Peukert, Wolfgang*, Vertraulichkeit der Rechtsberatung durch Syndikusanwälte und EMRK, *Anwaltsblatt* 52 (2002), 189-198.
- Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Auflage, Berlin 2002.
- Eucken, Walter*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 6. Auflage, Tübingen 1990.
- Fischer, Michael Th./Iliopoulos, Konstantin*, Die Sicherung der Vertraulichkeit der Anwaltskorrespondenz im kartellrechtlichen Nachprüfungsverfahren, Zur Bedeutung des AM&S-Urteils des EuGH, *Neue Juristische Wochenschrift* 1983, 1031-1034.
- Frenzel, Sten*, Beschäftigung als Syndikusanwalt als Tätigkeit „als Rechtsanwalt“ (Anm. zu BGH vom 14. Juli 2003, NotZ 1/03), *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2003, 1323-1324.
- Gillmeister, Ferdinand*, Ermittlungsrechte im deutschen und europäischen Kartellordnungs-widrigkeitenverfahren, Baden-Baden 1985.
- Gleiss, Alfred/Hirsch, Martin* (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 3. Auflage, Heidelberg 1978.
- Gruber, Johannes Peter*, Das neue Kartellverfahren der Europäischen Union, *Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht – Wirtschaftsrechtliche Blätter* 2004, 1-12.
- Gumbel, Tim*, Grundrechte im EG-Kartellverfahren nach der VO 17/62, Untersuchung im Vergleich zum Grundrechtsschutz im deutschen und englischen Kartellverfahren, Berlin 2001.
- Hansen, Götz Eike* zur, Der Schutz des Anwaltsprivilegs im Verwaltungsverfahren der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, *Anwaltsblatt* 30 (1980), 322-325.
- Hassemer, Winfried*, Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht* 1986, 1-17.
- Hossenfelder, Silke/Lutz, Martin*, Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2003, 118-129.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB, Kommentar*, München 2001.
– *EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, Band II, München 1997.
- Jahn, Susanne*, Das Durchsuchungsrecht der Kommission im System der Nachprüfungsbefugnisse des europäischen Wettbewerbsrecht, Hamburg 2003.
- Jaeger, Wolfgang*, Die möglichen Auswirkungen einer Reform des EG-Wettbewerbsrechts für die nationalen Gerichte, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2000, 1062-1074.

- Kapp, Thomas/Schröder, Matthias*, Legal Privilege des EG-(Kartell-) Verfahrensrechts, Ist § 97 Abs. 2 S. 1 StPO gemeinschaftsrechtswidrig?, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2002, 555-566.
- Kerse, Christopher S.*, EEC antitrust procedure, 2. Edition, London 1988.
- Kuyper, Pieter Jan/van Rijn, Thomas P.J.N.*, Procedural Guarantees and Investigatory Methods in European Law, with Special Reference to Competition, *Yearbook of European Law* 2 (1982), 1-55.
- Mattfeld, Antje*, Anmerkung zu EuGH, Rs. 155/79, *AM&S / Kommission*, *Europarecht* 1983, 47-53.
- Monnet, Jean*, Erinnerungen eines Europäers, Mit einem Vorwort von Helmut Schmidt, Baden-Baden 1988.
- Monopolkommission*, Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 S. 4 (Sondergutachten 32), Bonn 2001.
- Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? Zum Weißbuch der Kommission vom 28. April 1999, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 S. 4 (Sondergutachten 28), Bonn 1999.
- Nowak, Carsten*, Zentraler und dezentraler Individualrechtsschutz in der EG im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundsatzes effektiven Rechtsschutzes, in: Nowak, Carsten/Cremer, Wolfram (Hrsg.), Individualrechtsschutz in der EG und WTO, der zentrale und dezentrale Rechtsschutz natürlicher und juristischer Personen in der Europäischen Gemeinschaft und in der Welthandelsorganisation, Baden-Baden 2002, 47-79.
- Der Rechtsschutz von Beschwerdeführern im EG-Wettbewerbs- und EG-Außenhandelsrecht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2000, 453-458.
 - Konkurrentenschutz in der EG, Interdependenz des gemeinschaftlichen und des mitgliedstaatlichen Rechtsschutzes von Konkurrenten, Baden-Baden 1997.
- Pies, Ingo*, Eucken und von Hayek im Vergleich, zur Aktualisierung der ordnungspolitischen Konzeption, Tübingen 2001.
- Papakirakou, Theodoris*, Das Europäische Unternehmensstrafrecht in Kartellsachen, Herbolzheim 2002.
- Redeker, Konrad*, Der Syndikusanwalt als Rechtsanwalt, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 889-893.
- Roxin, Claus*, Das Beschlagnahmeprivileg des Syndikusanwalts im Lichte der neuesten Rechtsentwicklung, *Neue Juristische Wochenschrift* 1995, 17-23.
- Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, *Neue Juristische Wochenschrift* 1992, 1129-1136.
- Schröter, Helmuth/Jakob, Thina/Mederer, Wolfgang* (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2003.
- Schwarze, Jürgen*, Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents – zugleich eine Untersuchung der Grundprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2004, 135-140.
- Seits, Claudia*, Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg im europäischen Wettbewerbsverfahren – Wandel in der europäischen Rechtsprechung?, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2004, 231-235.
- Steinle, Christian*, Kartellgeldbußen gegen Konzernunternehmen nach dem „Aristrain“-Urteil des EuGH, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2004, 118-124.

- Streinz*, Rudolf (Hrsg.), EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003.
- Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII – Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg 1992, § 182.
- Weiß*, Wolfgang, Die Verteidigungsrechte in EG-Kartellverfahren, zugleich ein Beitrag zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts, Köln 1996.
- Wils*, Wouter P. J., The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, The Hague/London/New York 2002.
- Wolff*, Hans Julius/*Bachof*, Otto/*Stober*, Rolf (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Band 3, 5. Auflage, München 2004.

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht
(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368

Bislang erschienene Hefte

- Heft 1 Wiebe-Katrin Boie, Der Handel mit Emissionsrechten in der EG/EU – Neue Rechtssetzungsinitiative der EG-Kommission, März 2002, ISBN 3-86010-639-2
- Heft 2 Susanne Rudisch, Die institutionelle Struktur der Welthandelsorganisation (WTO): Reformüberlegungen, April 2002, ISBN 3-86010-646-5
- Heft 3 Jost Delbrück, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, Juli 2002, ISBN 3-86010-654-6
- Heft 4 Christian Tietje, Die historische Entwicklung der rechtlichen Disziplinierung technischer Handelshemmnisse im GATT 1947 und in der WTO-Rechtsordnung, August 2002, ISBN 3-86010-655-4
- Heft 5 Ludwig Gramlich, Das französische Asbestverbot vor der WTO, August 2002, ISBN 3-86010-653-8
- Heft 6 Sebastian Wolf, Regulative Maßnahmen zum Schutz vor gentechnisch veränderten Organismen und Welthandelsrecht, September 2002, ISBN 3-86010-658-9
- Heft 7 Bernhard Kluttig/Karsten Nowrot, Der „Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002“ – Implikationen für die Doha-Runde der WTO, September 2002, ISBN 3-86010-659-7
- Heft 8 Karsten Nowrot, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz von Internet-Domains, Oktober 2002, ISBN 3-86010-664-3
- Heft 9 Martin Winkler, Der Treibhausgas-Emissionsrechtehandel im Umweltvölkerrecht, November 2002, ISBN 3-86010-665-1
- Heft 10 Christian Tietje, Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, Januar 2003, ISBN 3-86010-671-6
- Heft 11 Gerhard Kraft/Manfred Jäger/Anja Dreiling, Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen im Spiegel rechtspolitischer Diskussion und ökonomischer Sinnhaftigkeit, Februar 2003, ISBN 3-86010-647-0
- Heft 12 Bernhard Kluttig, Welthandelsrecht und Umweltschutz – Kohärenz statt Konkurrenz, März 2003, ISBN 3-86010-680-5

- Heft 13 Gerhard Kraft, Das Corporate Governance-Leitbild des deutschen Unternehmenssteuerrechts: Bestandsaufnahme – Kritik – Reformbedarf, April 2003, ISBN 3-86010-682-1
- Heft 14 Karsten Nowrot/Yvonne Wardin, Liberalisierung der Wasserversorgung in der WTO-Rechtsordnung – Die Verwirklichung des Menschenrechts auf Wasser als Aufgabe einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft, Juni 2003, ISBN 3-86010-686-4
- Heft 15 Alexander Böhmer/Guido Glania, The Doha Development Round: Reintegrating Business Interests into the Agenda – WTO Negotiations from a German Industry Perspective, Juni 2003, ISBN 3-86010-687-2
- Heft 16 Dieter Schneider, „Freimütige, lustige und ernsthafte, jedoch vernunft- und gesetzmäßige Gedanken“ (Thomasius) über die Entwicklung der Lehre vom gerechten Preis und fair value, Juli 2003, ISBN 3-86010-696-1
- Heft 17 Andy Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, August 2003, ISBN 3-86010-697-X
- Heft 18 Michael Slonina, Gesundheitsschutz contra geistiges Eigentum? Aktuelle Probleme des TRIPS-Übereinkommens, August 2003, ISBN 3-86010-698-8
- Heft 19 Lorenz Schomerus, Die Uruguay-Runde: Erfahrungen eines Chef-Unterhändlers, September 2003, ISBN 3-86010-704-6
- Heft 20 Michael Slonina, Durchbruch im Spannungsverhältnis TRIPS and Health: Die WTO-Entscheidung zu Exporten unter Zwangslizenzen, September 2003, ISBN 3-86010-705-4
- Heft 21 Karsten Nowrot, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights – Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, September 2003, ISBN 3-86010-706-2
- Heft 22 Gerhard Kraft/Ronald Krenzel, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective, Oktober 2003, ISBN 3-86010-715-1
- Heft 23 Ingeborg Fogt Bergby, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, November 2003, ISBN 3-86010-719-4
- Heft 24 Lilian Habermann/Holger Pietzsch, Individualrechtsschutz im EG-Antidumpingrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, Februar 2004, ISBN 3-86010-722-4
- Heft 25 Matthias Hornberg, Corporate Governance: The Combined Code 1998 as a Standard for Directors' Duties, März 2004, ISBN 3-86010-724-0

- Heft 26 Christian Tietje, Current Developments under the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures as an Example for the Functional Unity of Domestic and International Trade Law, März 2004, ISBN 3-86010-726-7
- Heft 27 Henning Jessen, Zollpräferenzen für Entwicklungsländer: WTO-rechtliche Anforderungen an Selektivität und Konditionalität – Die GSP-Entscheidung des WTO Panel und Appellate Body, Mai 2004, ISBN 3-86010-730-5
- Heft 28 Tillmann Rudolf Braun, Investment Protection under WTO Law – New Developments in the Aftermath of Cancún, Mai 2004, ISBN 3-86010-731-3
- Heft 29 Juliane Thieme, Latente Steuern – Der Einfluss internationaler Bilanzierungsvorschriften auf die Rechnungslegung in Deutschland, Juni 2004, ISBN 3-86010-733-X
- Heft 30 Bernhard Kluttig, Die Klagebefugnis Privater gegen EU-Rechtsakte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: Und die Hoffnung stirbt zuletzt..., September 2004, ISBN 3-86010-746-1
- Heft 31 Ulrich Immenga, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, Oktober 2004, ISBN 3-86010-748-8
- Heft 32 Horst G. Krenzler, Die Uruguay Runde aus Sicht der Europäischen Union, Oktober 2004, ISBN 3-86010-749-6
- Heft 33 Karsten Nowrot, Global Governance and International Law, November 2004, ISBN 3-86010-750-X
- Heft 34 Ulrich Beyer/Carsten Oehme/Friederike Karmrodt, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht, November 2004, ISBN 3-86010-755-0
- Heft 35 Frank Rieger/Johannes Jester/ Michael Sturm, Das Europäische Kartellverfahren: Rechte und Stellung der Beteiligten nach Inkrafttreten der VO 1/03, Dezember 2004, ISBN 3-86010-764-X