

**BDI**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.Deutscher Industrie- und
HandelskammertagRegistrierungsnummer BDI:
1771817758-48Registrierungsnummer DIHK:
22400601191-42

16. März 2010

**Stellungnahme zur Konsultation der Europäischen Kommission zu mehr
Transparenz und Vorhersehbarkeit in Kartelluntersuchungen****D 0331****A. Einleitung**

Die Europäische Kommission hat am 6. Januar 2010 drei Arbeitspapiere veröffentlicht, in denen sie Unternehmen Hinweise zur Praxis bei Kartelluntersuchungen gibt. Dabei handelt es sich um ein Dokument, in dem bewährte Vorgehensweisen („Best Practices“) bei Kartelluntersuchungen dargestellt werden, ein Dokument, das Hinweise zur Übermittlung ökonomisch basierter Beweise im Rahmen von Kartell- und Fusionskontrollverfahren gibt, sowie Leitlinien zur Rolle der Anhörungsbeauftragten in Kartelluntersuchungen. Die Kommission hat interessierte Parteien dazu aufgefordert, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Vorgehensweise bei Kartelluntersuchungen noch weiter verbessert werden kann.

Der Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI) und der Deutsche Industrie- und Handelskammertag e.V. (DIHK) danken der Kommission für die Möglichkeit, zu den Dokumenten Stellung zu nehmen.

Wir unterstützen die Europäische Kommission in ihren Bemühungen, für mehr Transparenz in ihren Verfahren und eine verbesserte Kommunikation mit den Unternehmen zu sorgen, und begrüßen die Veröffentlichung der drei oben erwähnten Dokumente als wesentlichen Schritt in die richtige Richtung. Übersichtliche Leitlinien zu den Befugnissen der Kommission und dem bestmöglichen Verhalten in einer Kartelluntersuchung kommen sowohl den Unternehmen wie auch der Kommission zugute. So haben sich die 2004 verabschiedeten Best Practices im Bereich der Fusionskontrolle als durchaus hilfreich erwiesen. Hinsichtlich der neu veröffentlichten Dokumente der Kommission besteht aus unserer Sicht jedoch Verbesserungsbedarf.

Unsere Anmerkungen beziehen sich insbesondere auf das Dokument, in dem bewährte Vorgehensweisen bei Kartelluntersuchungen dargestellt werden (im Folgenden: „Best Practices Paper“). In ihrer anlässlich der Veröffentlichung der Arbeitspapiere erschienenen Presseerklärung bezeichnete die Kommission das Best Practices Paper als „eine Art ABC des Kartellverfahrens“, das den Unternehmen einen Überblick über den gesamten Verfahrensverlauf geben soll. Bedauerlicherweise klammert die Kommission jedoch wichtige Bereiche, wie das Kronzeugenprogramm oder die Möglichkeit, einen Vergleich zu schließen („Direct Settlement“), komplett aus. Auch kommt weder die umstrittene Bußgeldpraxis der Kommission noch die vielfach geäußerte Kritik an unverhältnismäßigen Sektoruntersuchungen zur Sprache. Hier sind wesentliche Klarstellungen und Ergänzungen nötig.

So sehr wir die Initiative der Kommission zu mehr Transparenz begrüßen, müssen wir dennoch darauf hinweisen, dass es nicht ausreicht, in einem Best Practices Paper lediglich die bestehende Verfahrenspraxis der Kommission aufzulisten, da diese Praxis in vielerlei Hinsicht

nicht als „Best Practice“ bezeichnet werden kann. Insbesondere hinsichtlich der Sanktionsbefugnisse der Kommission besteht grundlegender Änderungsbedarf. Seit dem 1. Dezember 2009 findet die Charta der Grundrechte der Europäischen Union über Artikel 6 EUV auf die Verfahren der Kommission unmittelbar Anwendung. Für das hier interessierende Kartellverfahren sind vor allem die Artikel 41 (Recht auf eine gute Verwaltung), Art. 48 (Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte) sowie Art. 49 (Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit von Strafen) der Charta von Bedeutung. Darüber hinaus bleibt der Maßstab für ein faires Verfahren, Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), anwendbar. Diesen Standards entspricht das Verfahren der Europäischen Kommission in wesentlichen Elementen nicht. Im Folgenden gehen wir auf diesen und einige weitere Punkte gesondert ein, die aus unserer Sicht verbessert werden müssen.

Zuvor möchten wir der Kommission gerne einige allgemeine Anregungen unterbreiten, mit denen die Wirkung der Dokumente - nach ihrer Überarbeitung in Folge der laufenden Konsultation - verstärkt werden könnte:

- Die Kommission sollte nach Möglichkeit die Dokumente für rechtlich verbindlich erklären. Hierdurch würde ihr eigenes Commitment zu einem fairen Verfahren noch stärker verdeutlicht werden.
- Die Kommission sollte die anderen Kartellbehörden im European Competition Network ermutigen, ähnliche Leitpapiere zu veröffentlichen, um eine faire Verfahrensdurchführung im gesamten Netzwerk zu garantieren.
- Die Dokumente sollten in alle Amtssprachen der EU übersetzt werden.

B. Einzelanmerkungen

1. State of Play Meetings und Festsetzung des Zeitrahmens

BDI und DIHK begrüßen die Ankündigung der Kommission in Randnummer 55 ff des Best Practices Papers, künftig an bestimmten Abschnitten des Verfahrens Treffen zum Stand der Dinge („State of Play Meetings“) mit den betroffenen Unternehmen durchzuführen. Dies stellt in der Tat eine deutliche Verbesserung der Transparenz des Verfahrens und der Kommunikation mit den Unternehmen dar. Das Papier sollte ergänzend klarstellen, dass die Unternehmen einen Anspruch auf die Durchführung dieser State of Play Meetings haben, sofern die Anfragen der Unternehmen nach einem solchen Treffen ein vernünftiges Maß nicht überschreiten. Dies sollte auch für Kartelluntersuchungen gelten (Randnummer 60).

Bislang ist der Zeitrahmen einer Untersuchung durch die Europäische Kommission für die Unternehmen nur schwer einschätzbar. Laut Randnummer 17 des Best Practices Papers bemüht sich die Kommission nach Einleitung des Verfahrens lediglich darum, den Fall innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens zu behandeln. Klarere Vorgaben zum zeitlichen Ablauf würden den Parteien des Verfahrens dabei helfen, personelle Ressourcen besser für die Untersuchung einplanen zu können und kämen dabei letztlich auch der Kommission zugute. In Analogie zur europäischen Fusionskontrolle sollte die Kommission daher auch in Untersuchungen aufgrund einer möglichen Verletzung von Art 101 und 102 AEUV verbindliche Fristen für die Einleitung oder den Abschluss bestimmter Verfahrensschritte einführen. In besonders begründeten Fällen kann eine Fristverlängerung erforderlich sein. Die Unternehmen sollten aber die Möglichkeit haben, diese Fristverlängerung gerichtlich überprüfen zu lassen.

Sollte die Kommission kein verbindliches Fristenregime einführen wollen, könnte sie alternativ auch während des ersten State of Play Meetings gemeinsam mit den Parteien einen individuellen Zeitplan festsetzen. Bislang ist in Randnummer 57 des Best Practices Papers nur von einer möglichen Angabe des Zeitrahmens durch die Kommission die Rede. Es sollte eine enge Abstimmung mit den Unternehmen erfolgen.

An einigen Stellen sieht das Best Practices Paper bereits einen indikativen Zeitrahmen vor. So ist die Kommission laut Randnummer 15 z.B. bestrebt, Beschwerdeführer innerhalb von vier Monaten nach Erhalt der Beschwerde über die angestrebten Schritte zu informieren, sofern sie genügend Informationen sammeln konnte. Auch hier sollte eine verbindlichere Vorschrift eingeführt werden, um eine größere Rechtssicherheit für Beschwerdeführer zu gewährleisten. Es ist ferner anzuregen, die durchschnittliche Verfahrensdauer bei der Kommission und bei nationalen Wettbewerbsbehörden jährlich zu veröffentlichen.

2. Auskunftsverlangen der Kommission

Wie in Randnummer 30 ff des Best Practices Papers beschrieben, kann die Kommission von einem Unternehmen nach Artikel 18 VO 1/2003 verlangen, alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Dies gilt nach Praxis der Kommission selbst dann, wenn die Informationen gegen das Unternehmen oder ein anderes Unternehmen verwendet werden könnten. Die Grenze des Auskunftsanspruchs ist stets das Grundrecht, sich nicht selbst bezichtigen zu müssen. Nach Ansicht von BDI und DIHK sollte die Kommission das Selbstbezichtigungsverbot in vollem Umfang anerkennen. Unternehmen sollten nicht aktiv an ihrer eigenen Überführung mitwirken müssen. Unternehmensvertreter sollten ein Aussageverweigerungsrecht haben, wenn sie mit ihrer Aussage das Unternehmen bezichtigen würden. Weiterhin sollten die Unternehmen das Recht haben, eine Auskunftsanordnung durch die Kommission gerichtlich nachprüfen zu lassen; hierzu bedarf es möglicherweise der Einräumung einer Kompetenz für den Anhörungsbeauftragten, in Einzelfällen bereits im Untersuchungsverfahren und damit vor der Mitteilung von Beschwerdepunkten und den damit einhergehenden vollen Verteidigungsrechten eine anfechtbare Entscheidung zu erlassen (vgl. auch unten Punkt 10). Die Kommission ist gehalten, die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK zu beachten, in welcher ein generelles Auskunftsverweigerungsrecht im Falle der Selbstbezichtigung gefordert wird (EGMR v. 25.2.1993, *Funke*, Serie A 265-A, Tz. 44). Auch der EuGH hat die Untersuchungsbefugnisse der Kommission zumindest insoweit begrenzt, als dass Unternehmen nicht verpflichtet werden können, Antworten zu erteilen, durch welche sie das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müssten (EuGH v. 18.10.1989, *Orkem*, Rs. 374/87, Slg. 1989, 3283 Tz. 35).

Ferner sollte das Fristenregime bei Auskunftsersuchen noch einmal kritisch überarbeitet werden. Die Europäische Kommission erläutert in Randnummer 35 des Best Practices Papers, dass den Unternehmen zur Beantwortung eines regulären Auskunftsersuchens mindestens zwei Wochen eingeräumt werden – in Einzelfällen kann die Beantwortungsfrist aber auch unter einer Woche angesetzt werden. Die Kommission bezeichnet diesen Zeitrahmen als „angemessen“ (Randnummer 35). Vor dem Hintergrund, dass Auskunftsersuchen regelmäßig komplexe wirtschaftliche Sachverhalte und Detailinformationen betreffen, sind diese Fristen aber eindeutig zu kurz. Zwar ist es den Unternehmen nach Randnummer 36 möglich, eine Fristverlängerung zu beantragen. Vorteilhafter wäre es jedoch, wenn die Kommission von Anfang an eine angemessene Frist setzen würde.

Ebenso erscheint die Frist, die Unternehmen gewährt wird, um auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte zu reagieren, nicht in allen Fällen angemessen zu sein. So beschreibt die Kommission in Randnummer 87 des Best Practices Papers, dass sie selbst in komplexen Fäl-

len oder in Fällen, in denen die Akten sehr umfangreich sind, in der Regel nur eine Frist von zwei Monaten für die schriftliche Stellungnahme der Unternehmen vorsieht. Dieser relativ kurze Zeitrahmen stellt nicht ausreichend sicher, dass die Unternehmen die Möglichkeit haben, alle Informationen – von der Kommission in vielen Monaten, manchmal Jahren zusammengetragen – ausreichend zu begutachten und zu bewerten. Dies ist vor allem dann relevant, wenn in der Mitteilung der Beschwerdepunkte erstmals die von der Kommission zugrunde gelegte „theory of harm“ genannt und entsprechende ökonomische Argumente benannt werden. Um auch die Möglichkeit zu haben, durch externe Gutachten die ökonomischen Modelle der Kommission zu widerlegen, muss in diesen Fällen eine durchschnittlich längere Frist eingeräumt werden.

Randnummer 37 des Best Practices Papers sieht vor, dass Unternehmen, die im Rahmen der Auskunftserteilung neben der ausführlichen Antwort an die Kommission auch eine nicht-vertrauliche Fassung einreichen möchten, verpflichtet sind, in letzterer die gestrichenen Passagen durch eine kurze Zusammenfassung zu ersetzen. Artikel 16 Absatz 3 VO 773/04 sieht jedoch lediglich vor, dass die Kommission eine Frist setzen *kann*, innerhalb derer die Unternehmen eine knappe Beschreibung jeder Angabe, die entfernt worden ist, übermitteln. Die Unternehmen sind also keinesfalls verpflichtet, jedes Mal eine Zusammenfassung der gestrichenen Informationen abzugeben, wie Randnummer 37 fälschlicherweise vermuten lässt. Es wäre unverhältnismäßig, wenn die Kommission stets eine solche Zusammenfassung verlangen würde, ohne die Relevanz der jeweiligen Information für den Fall zu beachten.

3. Fallverteilung im European Competition Network

Durch die VO 1/2003 ist im europäischen Kartellverfahren ein Prinzip der parallelen Zuständigkeit zwischen der Europäischen Kommission und den mitgliedstaatlichen Kartellbehörden begründet worden. Eine der grundlegenden Fragen in jedem System paralleler Zuständigkeit, nämlich welche Behörde für die Bearbeitung und Entscheidung eines Falls zuständig sein soll, wird in der VO 1/2003 und auch im Best Practices Paper nicht beantwortet. Der bloß appellative Charakter der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, möglichst nur die Zuständigkeit der „gut geeigneten“ oder der „besonders gut geeigneten“ Behörde zu begründen, ersetzt keine klare Zuständigkeitsregel und stellt keinen ausreichenden Schutz für Unternehmen dar. Daher sollten in die VO 1/2003 selbst detaillierte Kriterien für eine klare, eindeutige Fallzuweisung aufgenommen werden. Ist die Zuständigkeit streitig, sollte grundsätzlich die Kommission entscheiden. Sie hat bisher auch keine Möglichkeit, einen Fall mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, den sie – etwa aufgrund von Arbeitsüberlastung oder weil eine nationale Behörde sachnäher ist - nicht an sich ziehen will, einer einzelnen nationalen Wettbewerbsbehörde zuzuweisen. Schließlich sollten nationale Behörden nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet sein, einen Fall einzustellen, wenn eine andere Wettbewerbsbehörde mit demselben Verfahren vorbefasst ist (Art. 13 VO 1/2003).

4. Ausführungen zum Kronzeugenprogramm und zum Vergleichsverfahren

Wir bedauern, dass die Kommission auf die Möglichkeit verzichtet, den Unternehmen mit ihrem Best Practices Paper ein vollständiges „ABC“ für das gesamte Kartellverfahren zu vermitteln, indem sie wichtige Bereiche des Verfahrens, wie das Kronzeugenprogramm oder die Vergleichsschließung („Direct Settlement“), ausklammert. Auch hinsichtlich dieser beiden für das Kartellverfahren bedeutenden Instrumente sind Verbesserungen möglich.

So setzen sich BDI und DIHK ausdrücklich für die Schaffung eines „One-Stop-Shops“ für Kronzeugenanträge ein. Solange es keine Erstreckungswirkung der Kronzeugenprogramme gibt, hängt es angesichts unklarer und variabler Behördenzuständigkeiten oft vom Zufall ab, ob ein Kronzeugenantrag überhaupt bei der richtigen Behörde gestellt wird. Daneben besteht die Unsicherheit, ob der erste Antragsteller gemäß einem Kronzeugenprogramm eines Mitgliedstaates, dessen Behörde sich nicht als zuständig erweist, seine Position als „Whistleblower“ in dem Mitgliedstaat behalten kann, dessen Behörde letztlich den Fall bearbeitet. Bedauerlicherweise weisen die bestehenden Kronzeugenprogramme in den Mitgliedstaaten nicht nur hinsichtlich der formellen Voraussetzungen, sondern auch bezüglich der rechtlichen Wirkungen große Differenzen auf. Theoretisch müsste ein Kronzeugenantrag bei jeder Behörde, die für den Fall zuständig sein könnte, einzeln beantragt werden und zwar möglichst gleichzeitig. Dies hat sich in der Praxis als großes Hindernis erwiesen. Kaum ein Unternehmen kann nämlich sämtliche Eventualitäten der Fallzuteilung im voraus bedenken und dann noch in verschiedenen Mitgliedstaaten gleichzeitig das erste sein, das einen Kronzeugenantrag in der jeweiligen Landessprache und nach den dort vorherrschenden rechtlichen Besonderheiten einreicht. Besteht nicht die Möglichkeit, einen „Marker“ zu setzen, stehen die Kosten angesichts eines ungewissen Nutzens in keinem Verhältnis. Der Umstand, dass der Antrag eines Unternehmens nach einer nationalen Kronzeugenregelung nicht gleichzeitig auch als Antrag für entsprechende Kronzeugenregelungen anderer nationaler Wettbewerbsrechte gewertet werden soll, trägt den Interessen der Unternehmen nach Rechtssicherheit nicht genügend Rechnung. Hier bedarf es dringend einer Erstreckungswirkung der Kronzeugenprogramme im Sinne eines „One-Stop-Shops“.

Betroffene Unternehmen sollten möglichst frühzeitig (noch vor Erlass der Beschwerdepunkte) vom Inhalt eines sie belastenden Kronzeugenantrages in Kenntnis gesetzt werden und die Möglichkeit erhalten, sich hierzu zu äußern. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Kommission den möglicherweise irreführenden Angaben des Kronzeugen bei ihrer Meinungsbildung weitaus mehr Gewicht beimisst als den Ausführungen und Erklärungen der anderen Verfahrensbeteiligten.

BDI und DIHK hatten die Einführung eines Vergleichsverfahrens in Kartellfällen 2008 sehr begrüßt. Durch die Arbeiterleichterung und Verkürzung des Verfahrens und durch die Reduzierung der Bußgelder kann ein Vergleich sowohl der Kommission wie auch den betroffenen Unternehmen große Vorteile bringen. Um die Akzeptanz des Verfahrens zu stärken und die Möglichkeiten für Unternehmen im Rahmen einer Kartelluntersuchung vollständig aufzuzeigen, hätten wir es begrüßt, wenn die Kommission das Vergleichsverfahren in ihrem Best Practices Paper dargestellt und gleichzeitig konkretisiert hätte - ähnlich wie sie auch dem Commitment-Verfahren nach Art. 9 VO 1/2003 ein ganzes Kapitel widmet. Im Hinblick auf die Konsequenzen des Vergleichsverfahrens für die Unternehmen – beispielsweise hinsichtlich künftiger privater Schadensersatzklagen - sind die bestehenden Vorschriften noch zu ungenau.

5. Praxis und Befugnisse der Kommission bei Sektoruntersuchungen

Die Sektoruntersuchung nach Art. 17 VO 1/2003 stellt ein Schlüsselement der Ermittlungsbefugnisse der Kommission dar. Daher wäre es für Unternehmen äußerst hilfreich, in das Best Practices Paper auch Angaben zu den Befugnissen der Kommission sowie Hinweise zum bestmöglichen Verhalten der Unternehmen im Rahmen einer Sektoruntersuchung aufzunehmen. Die Sektoruntersuchungen könnten insgesamt kosteneffizienter und einfacher für die Unternehmen gestaltet werden, indem die Kommission weniger streng auf die Einhaltung der formellen Vorgaben ihres Fragebogens achtete und sich auf wesentliche Punkte in ihrer Un-

tersuchung beschränkte. Auch sollte der Dialog mit den untersuchten Unternehmen in stärkerem Maße aufgenommen werden.

Nach der derzeitigen Praxis müssen die an einer Sektoruntersuchung beteiligten Unternehmen innerhalb teilweise sehr kurzer Fristen detaillierte Fragebögen beantworten. Dies ist in der Regel nur mit hohem personellem Aufwand möglich. Bei vielen der abgefragten Informationen stellt sich die Frage nach der Relevanz für die eigentliche Sektoruntersuchung. Nicht alle der von der Kommission angeforderten Informationen sind für die Unternehmen ohne weiteres verfügbar. Hinzu kommt, dass die Kommission ein einheitliches Format für den Erhalt der Daten vorsieht. Die notwendigen Umformatierungen kosten die Unternehmen erneut Zeit und Personalaufwand. Auskunftersuchen und Fragebögen sollten aus den dargestellten Gründen punktueller ausgestaltet werden, d.h. es sollten nur diejenigen Informationen erfragt werden, die in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der vermuteten Wettbewerbsbeschränkung bzw. -verfälschung stehen. Zudem sollte eine feste Beantwortungsfrist von mindestens acht Wochen eingeführt werden, die nur in begründeten Einzelfällen von der Europäischen Kommission unterschritten werden darf. Die Kommission sollte die angeforderten Daten, soweit klarverständlich, auch in ihrer ursprünglichen Form akzeptieren. Weiterhin sollte die Kommission ihre Auskunftersuchen ausschließlich an die Unternehmensleitung des jeweiligen Unternehmens richten, anstatt an verschiedenen Stellen und bei verschiedenen Angestellten nachzufragen.

Die Sektoruntersuchung in der pharmazeutischen Industrie, bei der die Kommission erstmals unangekündigte *Dawn Raids* durchgeführt, also Maßnahmen ergriffen hat, die bislang nur im Rahmen einer kartellrechtlichen Untersuchung aufgrund eines begründeten Tatverdachts vorgenommen wurden, hat die Frage nach den Befugnissen der Kommission im Rahmen einer Sektoruntersuchung aufgeworfen.

Auch wenn Art. 17 VO 1/2003 der Kommission einen weiten Ermessensspielraum zugesteht, ist sie doch an die Wahrung des Rechtsstaatlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebunden. Auch Art. 8 EMRK (Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung), der auch auf juristische Personen Anwendung findet, muss beachtet werden. Im Rahmen der Untersuchung der pharmazeutischen Industrie entstand vielfach der Eindruck, dass die Kommission die Sektoruntersuchung lediglich zur Ausforschung der betroffenen Unternehmen durchgeführt hat („fishing expedition“), um auf diese Weise Informationen für eine offizielle Kartelluntersuchung zu finden. Für die Unternehmen war die durchgeführte Untersuchung insbesondere aufgrund der unangekündigten Ortsbesichtigungen schon durch die Berichterstattung in den Medien und die dadurch erfolgte Rufschädigung ein schwerer Schlag. Die Kommission sollte sich daher im Rahmen ihrer Sektoruntersuchungen streng an rechtsstaatliche Prinzipien halten. Ein *Dawn Raid* sollte stets nur möglich sein, wenn die Kommission einen konkreten Tatverdacht gegen ein Unternehmen hat.

6. Aussageverweigerungsrecht der Unternehmensjuristen

Bislang hat die Kommission ein Aussageverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen („Legal Professional Privilege“) nicht anerkannt, sondern auf externe Rechtsanwälte beschränkt. Juristen, die ein Unternehmen beraten, sollten aber auch dann ein Aussageverweigerungsrecht haben und den Einblick in Unterlagen, die aus der Rechtsberatung hervorgegangen sind, abwehren können, wenn sie bei dem betroffenen Unternehmen angestellt sind. Ein Aussageverweigerungsrecht ist jedenfalls dann geboten, wenn der Unternehmensjurist Mitglied einer berufsständischen Kammer ist, in der er die allgemeinen standesrechtlichen Pflichten zu beach-

ten hat. Das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen der Unternehmensführung und dem beratenden Rechtsanwalt im Unternehmen darf nicht gestört werden.

Gerade im System der Legalausnahme gewinnt das Aussageverweigerungsrecht der Unternehmensjuristen besonders an Bedeutung, da die Unternehmen stets selbst die Vereinbarkeit ihrer Vereinbarungen mit Art. 101 AEUV prüfen müssen. Sie sind umso mehr auf den kompetenten Rechtsrat aus ihrer Rechtsabteilung angewiesen. Dieser Rat muss durch das allgemeine anwaltliche Aussageverweigerungsrecht geschützt sein. Es ist nicht akzeptabel, dass ein Rechtsanwalt zunächst das kartellrechtsrelevante Verhalten des Unternehmens – auch für die Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden – überprüft, um anschließend mit den gesammelten Unterlagen einer Überprüfung der Kommission ausgesetzt werden zu können. Ein solches Vorgehen widerspricht den Grundsätzen eines fairen Verfahrens.

Darüber hinaus sollte die Kommission klarstellen, dass sich das Aussageverweigerungsrecht auch auf schriftliche Kontakte zwischen (unabhängigem oder angestelltem) Anwalt und Unternehmen bezieht, die im Vorfeld der Verfahrenseröffnung durch die Kommission stattgefunden haben, sofern ein Bezug zum Gegenstand der Kartelluntersuchung besteht (siehe EuGH v. 18.5.1982, *AM&S Europe Limited v Commission*, Rs. 155/79, ECR 1982, 1575, Tz. 23). Die Erläuterung in Fußnote 37 des Best Practices Papers, nach der derartige Kontakte berücksichtigt werden *können*, ist aus unserer Sicht nicht ausreichend.

7. Informelle Beratungsschreiben

Mit dem Übergang von einem Administrativausnahme- zu einem Legalausnahmesystem durch die VO 1/2003 ist für die Unternehmen die Möglichkeit entfallen, eine Beurteilung der beabsichtigten Verhaltensweise auf ihre Kartellrechtskonformität durch die Europäische Kommission zu erlangen. Die nun erforderliche Selbsteinschätzung kann gerade für kleine und mittlere Unternehmen zu rechtlicher Unsicherheit führen. Dies gilt vor allem für die Beurteilung der Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Die Unternehmen müssen nicht nur einschätzen, ob die in Frage stehenden Verhaltensweisen einen Effizienzgewinn mit sich bringen – eine Frage, die einer komplexen wirtschaftlichen Abwägung bedarf und nicht selten zu einer Fehleinschätzung führen kann -, sondern auch über detaillierte Kenntnisse der Marktanteile der beteiligten Unternehmen, der Wettbewerbssituation im allgemeinen oder der Marktstruktur verfügen. Diese Fakten, nach denen sich die Beurteilung einer Wettbewerbsbeschränkung wesentlich richtet, sind gerade durch kleine Unternehmen nur schwer rechtssicher zu ermitteln.

Um die Rechtsunsicherheit zu mindern hat die Kommission eine „Bekanntmachung über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81, 82 EG-Vertrag, die in Einzelfällen auftreten“ veröffentlicht. Nach eigenen Angaben haben die Unternehmen in den letzten Jahren von der dort vorgesehenen Möglichkeit, informelle Beratung bei der Kommission einzuholen, kaum Gebrauch gemacht, was die Kommission zu der Ansicht führt, dass die Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen nicht sehr hoch ist. Allerdings sind die Voraussetzungen für ein informelles Beratungsschreiben der Kommission sehr streng. So muss eine ernsthafte Rechtsunsicherheit bestehen, die auf dem Auftreten neuer oder ungelöster Rechtsfragen resultiert. Die Kommission äußert sich weder zu Fragen des Verfahrensrechts, noch zu tatsächlichen Fragen oder zu Fragen, die durch den bestehenden Rechtsrahmen einschließlich der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte oder durch allgemein verfügbare Orientierungshilfen, die Entscheidungspraxis der Kommission oder frühere Beratungsschreiben geklärt ist. Selbst wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind, steht es im Ermessen der Kommission, ob sie ein Beratungsschreiben erlässt oder nicht. Die wenigen Anfragen der Unternehmen

nach informeller Beratung überraschen daher nicht. Vor diesem Hintergrund sollten die informelle Beratung durch die Europäische Kommission ausgeweitet und die Hürden für informelle Beratungsschreiben gesenkt werden. Dies könnte die Rechtsunsicherheit für Unternehmen gerade bei rechtlichem Neuland abfedern.

8. Verhängung von Geldbußen

Wenn die Kommission mit ihrem Best Practices Paper tatsächlich einen kompletten Überblick über den gesamten Verlauf des Kartellverfahrens bieten möchte, dann muss das Papier auch Ausführungen zu möglichen Sanktionen und den diesbezüglichen Befugnissen der Kommission enthalten. BDI und DIHK regen daher an, dass die Kommission in ihr Best Practices Paper auch ein Kapitel zur Bemessung der Bußgelder aufnimmt.

Nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 kann die Kommission gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Geldbußen in Höhe von maximal 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahres erzielten Gesamtumsatzes des fraglichen Unternehmens verhängen, um Zuwiderhandlungen dieser Unternehmen gegen die kartellrechtlichen Verbotsvorschriften der Art. 101 und 102 AEUV zu sanktionieren. Die verhängten Bußgelder haben dabei in den letzten Jahren immer größere Summen erreicht und sind weltweit die höchsten.

BDI und DIHK betonen, dass wettbewerbswidriges Verhalten geahndet und die verhängten Bußgelder eine abschreckende Wirkung haben müssen. Dennoch sollten die Regelungen, die zur Verhängung eines Bußgeldes führen, auf einer rechtsstaatlichen Grundlage beruhen und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit genügen. Aus unserer Sicht wird dem durch die derzeitige Praxis der Kommission bei der Bemessung der Bußgelder nicht ausreichend Rechnung getragen.

Generell sollte überlegt werden, ob die Befugnis ein Bußgeld zu verhängen, nicht im Sinne einer rechtsstaatlicheren Entscheidung einer anderen Abteilung, die nicht an der Untersuchung beteiligt war, übertragen werden sollte (siehe unten unter 9.).

Der Rahmen eines möglichen Bußgelds ist jedenfalls unterhalb der 10 % Schwelle nahezu vollkommen offen. Da die Kommission in den öffentlichen Begründungen der Entscheidungen keine nachvollziehbaren Aussagen zu der Berechnung der Bußgelder macht, sondern sich diese dem Anschein nach für die voraussehbaren gerichtlichen Verfahren vorbehält, ist davon auszugehen, dass die erlassenen Bußgelder oftmals nicht mehr im angemessenen Verhältnis zum Schuldprinzip stehen. Der Kommission steht praktisch **ein unbegrenzter, willkürlich ausdehnbarer Bußgeldrahmen** zur Verfügung. In der VO 1/2003 finden sich auch keine Angaben zu der Frage, welche Grundsätze bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße anzuwenden sind, sondern lediglich der Hinweis, dass die Kommission sowohl die Schwere als auch die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen hat. Alle weiteren Regelungen zur Bemessung der Bußgeldhöhe sind nicht in der VO 1/2003 geregelt, sondern in den durch die Kommission erlassenen Bußgeldleitlinien. Im Hinblick auf den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz halten wir es für erforderlich, dass **in Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 selbst detaillierte und ausreichend bestimmte Grundsätze zur Bußgeldfestsetzung aufgenommen und auch die Kriterien der Schwere und Dauer näher bestimmt werden**, wie es auch das Europäische Parlament wiederholt gefordert hat (zuletzt in seiner Entschließung vom 9. März 2010 zum Bericht über die Wettbewerbspolitik 2008). Dies entspricht auch Art. 290 AEUV, der besagt, dass die wesentlichen Aspekte eines Bereichs dem Gesetzgebungsakt vorbehalten sind und eine Befugnisübertragung für sie deshalb ausgeschlossen ist.

Auch die Praxis der Kommission lässt keine Einheitlichkeit erkennen, sondern erscheint, zum Beispiel in der Anwendung von Punkt 37 der Bußgeldleitlinien, wonach die besonderen Umstände des Falles ein Abweichen von der allgemeinen Methode erlauben, willkürlich.

Bislang ist es für Unternehmen nicht möglich, die Elemente, die zur Bildung der Bußgeldsumme geführt haben, im Einzelnen nachzuvollziehen. Die Höhe des Bußgeldes wird nach der mündlichen Anhörung festgelegt und den Unternehmen erst mit der Entscheidung verkündet. Im Sinne eines transparenteren Verfahrens sollte die Kommission **die geplante Berechnung des Bußgeldes bereits vor Erlass der Entscheidung offenlegen und den Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme geben**. Dies betrifft insbesondere die wirtschaftlichen Elemente, die die Kommission zur Grundlage der Bußgeldbemessung herangezogen hat, wie den Umsatz des Unternehmens oder mildernde und verschärfende Umstände. Indem die Unternehmen frühzeitig in die Überlegungen zur Bußgeldberechnung einbezogen werden, können spätere Gerichtsverfahren von vornherein vermieden werden.

Die Bußgeldbemessung orientiert sich hinsichtlich des Grundbetrages an dem **produktbezogenen Umsatz im letzten vollständigen Jahr**, in dem das betreffende Unternehmen an dem Verstoß beteiligt war. Dieser Umsatz ist aber weitgehend zufällig und steht nicht im direkten Zusammenhang mit dem Tatvorwurf oder seinen Auswirkungen. Der Umsatz ist zudem kein geeigneter Parameter, um die finanzielle Situation eines Unternehmens bzw. die abschreckende Wirkung für dieses Unternehmen wiederzuspiegeln. Es läge eher nahe, auf den konkreten Tatvorwurf oder den Handlungserfolg abzustellen, oder die finanzielle Situation des Unternehmens anhand der Aktiva, der Passiva, des Eigenkapitals, der Einnahmen- und Verlustrechnung sowie des Barvermögens (Cashflow) zu bemessen. Die Bemessung anhand unterschiedlicher Umsatzgrößen führt zu einigen unausgewogenen und ungerechten Ergebnissen, wie ein Gutachten zeigt, das der BDI in Auftrag gegeben hat¹.

Auch die sogenannte „**Kappungsgrenze**“ **des Artikel 23 VO 1/2003** in Höhe von 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahres erzielten Gesamtumsatzes sollte aus Sicht des BDI und des DIHK nicht als eine Kappungsgrenze, sondern vielmehr als eine Obergrenze interpretiert werden: Sie bezeichnet einen Bußgeldrahmen, wie jüngst das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Urteil zu der insoweit identischen Norm des deutschen Rechts festgestellt hat (Urteil v. 26.6.2009, VI -2 KART 1-9/07 – Zementkartell, Tz. 610 et seq.). Die Fortführung unterschiedlicher Auslegungen spiegelt bereits für sich genommen das Fehlen eines konsistenten Ansatzes innerhalb der EU.

Kritisch zu sehen ist auch **die undifferenzierte Anwendung des weiten kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs** durch die Europäische Kommission in Bußgeldverfahren. Mit seinem Urteil vom 10.9.2009 in der Rechtssache Akzo Nobel (C-97/08 P) hat der EuGH erneut Stellung zu den Grundsätzen der Haftungszurechnung von Kartellverstößen im Konzern genommen. Hierbei bestätigte er, dass die Kommission ein Bußgeld nicht nur gegen das Unternehmen verhängen kann, das direkt einen Verstoß gegen Artikel 101 oder 102 AEUV begangen hat, sondern insbesondere auch gegen die Konzernmutter als Gesamtschuldnerin, sofern diese eine wirtschaftliche Einheit mit ihren Tochtergesellschaften bildet, selbst dann, wenn der Muttergesellschaft keine persönliche Beteiligung an der Zuwiderhandlung nachgewiesen werden kann. Die tatsächliche Einflussnahme durch die Mutter- auf die Tochtergesellschaft wird vermutet. Diese Praxis führt jedoch zu einer verschuldensunabhängigen Erfolgshaftung, die im Widerstreit zu dem allgemein anerkannten gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip

¹See Sir Jeremy Lever, Legal Opinion:

Guidelines on setting fines for infringements of Articles 81 and 82 of the EC Treaty are fairly subject to serious criticism (http://www.bdi.eu/download_content/Publikation_BDI_Gutachten_Opinion_zu_EU_Bussgeldleitlinien.pdf)

steht, wonach jede selbstständige Gesellschaft eigenständiges Handlungs-, Vermögens- und Haftungssubjekt ist. Aus diesem Grund sollte im europäischen Kartellsanktionsrecht klar geregelt werden, welches Unternehmen Adressat einer Sanktion sein soll. Die kapitalmäßige Verflechtung kann hierbei kein Zurechnungskriterium sein, sondern allein die Beteiligung bzw. Billigung an dem zu sanktionierenden Verstoß.

BDI und DIHK setzen sich auch dafür ein, dass die Bemühungen, die ein Unternehmen auf sich nimmt um Kartellverstöße zu verhindern, bußgeldmildernd berücksichtigt werden. Die Kommission sollte eine Bußgeldreduzierung für **effektiv durchgeführte Compliance-Programme** gewähren, wie es beispielsweise auch in Großbritannien, Kanada oder Australien geschieht. Fälle, in denen die Führungsebene eines Unternehmens alle Möglichkeiten ergriffen hat, um ein funktionierendes Compliance-Programm durchzuführen, und in denen es dennoch einen Kartellrechtsverstoß durch einen Mitarbeiter gibt, sind weniger streng zu beurteilen als Fälle, in denen die Unternehmensleitung keine Schritte zur Verhinderung möglicher Verstöße unternommen hat oder selbst an der Verletzung beteiligt war. Die Kommission sollte daher eine Bußgeldminderung gewähren, wenn ein Compliance-Programm effektiv durchgesetzt und von den Führungskräften des Unternehmens eingehalten und überwacht wird und sofern eine effektive Sanktionierung von Unternehmensangehörigen vorgesehen ist, die einen Kartellverstoß begehen. Hierdurch könnten die besonderen Anstrengungen des Unternehmens, geeignete präventive Maßnahmen zu ergreifen und auf diese Weise Kartellverstöße zu verhindern, honoriert werden.

9. Grundsatz der Gewaltenteilung

Artikel 6 EMRK, in dem das Recht auf ein faires Verfahren festgeschrieben ist, ist nach langjähriger Rechtsprechung des EuGH als Grundrecht innerhalb der EU anerkannt. Verstärkt wird dies durch Art. 6 II EUV, nach dem die Europäische Union der EMRK beitreten wird. Auch Art 47 II der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sieht das Recht auf ein faires Verfahren vor. Zum Grundrecht auf ein faires Verfahren gehört die klare Trennung zwischen Ermittlungs- und Anklagebehörde sowie gerichtlicher Kontrolle. Dies ist durch das Verfahren der Europäischen Kommission jedoch nicht ausreichend gewährleistet.

Die Generaldirektion Wettbewerb führt die Untersuchung durch, stellt die Beweise zusammen und wertet sie aus, entscheidet über die Eröffnung des Verfahrens, bereitet die Entscheidung des Kommissarskollegiums vor und ermittelt die Höhe der Geldbußen. Die Tatsache, dass das Gericht und der EuGH nur eine beschränkte gerichtliche Kontrolle der von der Kommission auferlegten Geldbußen vornehmen, führt dazu, dass die Kommission Ermittlungs- und Anklagebehörde sowie de facto auch Richter in einem ist. Die europäischen Gerichte beschränken sich bei ihrer Prüfung auf die von den Parteien vorgebrachten Klagegründe; eine vollumfängliche Prüfung der von der Kommission festgestellten Tatsachen, etwa im Wege einer Beweisaufnahme, findet nicht statt. Zudem räumen die europäischen Gerichte der Kommission bei der Bußgeldpolitik einen äußerst weiten Ermessensspielraum ein.

Um eine tatsächliche Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Judikative zu gewährleisten, wäre daher eine institutionelle und organisatorische Neugestaltung der Kompetenzen von Europäischer Kommission und europäischen Gerichten zu befürworten. Die Kommission könnte hierbei als Ermittlungs- und Anklagebehörde fungieren, während den europäischen Gerichten die Entscheidung über die zu verhängende Sanktion obliegen würde.

Eine solch grundlegende Umgestaltung der institutionellen Zuständigkeiten setzt eine Änderung der Verträge voraus und ist daher nur langfristig planbar. Zur Gewährleistung eines

rechtsstaatlicheren Verfahrens und als ersten Schritt in Richtung einer effektiven Gewaltenteilung könnte innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb eine strengere Trennung der Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnis vorgesehen werden, beispielsweise indem eine Untersuchungsabteilung die Ermittlungen durchführt und eine – organisatorisch wie personell völlig unabhängige - Rechtsabteilung im Anschluss die gefunden Beweise auswertet und die Entscheidungen trifft. Die strikte Trennung der beiden Abteilungen müsste gerichtlich überprüft werden können.

10. Rolle der Anhörungsbeauftragten

Wir begrüßen, dass die Kommission auch ein Papier zur Rolle der Anhörungsbeauftragten veröffentlicht hat und damit die Bedeutung dieser Institution verdeutlicht. Für die Wahrung der Verteidigungsrechte der Unternehmen und die Einhaltung eines fairen Verfahrens spielen die Anhörungsbeauftragten eine entscheidende Rolle. Das Leitpapier gibt den Unternehmen zum ersten Mal einen guten Überblick über die Funktion und Befugnisse der Anhörungsbeauftragten.

Aus unserer Sicht muss die Rolle der Anhörungsbeauftragten in Verfahren wegen Verletzung der Artikel 101 und 102 AEUV noch gestärkt und gleichzeitig ihre Unabhängigkeit von der Generaldirektion Wettbewerb stärker verdeutlicht werden, damit das Verfahren den oben genannten und sich aus der Grundrechtscharta ergebenden Mindestanforderungen an ein faires Verfahren genügt.

Zwar sind die Anhörungsbeauftragten weder Teil der Generaldirektion Wettbewerb, noch unterstehen sie trotz ihrer organisatorischen Anbindung dem für Wettbewerb zuständigen Mitglied der Kommission, den sie allein in Einzelfällen beraten. Um die durch das nunmehr nahezu 10 Jahre alte Mandat von 2001 eingeräumte Unabhängigkeit des Amtes in der Sache zu verwirklichen, würde sich aber eher eine Ansiedlung beim Generalsekretariat der Kommission oder beim Kommissionspräsidenten anbieten. Dies sollte einhergehen mit einer Verstärkung der Ressourcen der Anhörungsbeauftragten. Die mündliche Anhörung sollte zudem als echtes kontradiktorisches Verfahren vor den Anhörungsbeauftragten ausgestaltet werden, so dass auch Zeugen gehört und so die Verteidigungsrechte effektiv ausgeübt werden können. Die Anhörungsbeauftragten könnten so auch im Rahmen der Entscheidungsfindung eine wichtigere Rolle erhalten, indem sie auf Antrag den Entscheidungsentwurf in einem eigenständigen Verfahren inhaltlich überprüfen. Auf diese Weise würde nicht allein die Gewaltenteilung innerhalb der Kommission stärker verdeutlicht werden, sondern zugleich das Verfahren an Legitimität gewinnen.



Lau



Reppel