

# Wettbewerbsrecht

Kommentar

von

Ernst-Joachim Mestmäcker, Ulrich Immenga

5. Auflage

Wettbewerbsrecht – Mestmäcker / Immenga

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Kartellrecht



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 62760 6

Gerichtshof versucht, drohenden Widersprüchen durch die **Möglichkeit der Aussetzung nationaler Gerichtsverfahren** vorzubeugen,<sup>4</sup> und hatte im Fall „Masterfoods“ den Grundsatz entwickelt, dass einerseits nationale Gerichte keine Entscheidungen erlassen dürfen, die einer von der Kommission bereits erlassenen Entscheidung zuwiderlaufen, und dass andererseits die Kommission Art. 101 Abs. 1 auch dann anwenden kann, wenn ein nationales Gericht anders entschieden hatte.<sup>5</sup> Auch die **Notwendigkeit einer engeren Zusammenarbeit** zwischen Kommission und nationalen Behörden und Gerichten war schon durch den Gerichtshof vorgezeichnet.<sup>6</sup> Jedoch war eine effiziente Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln durch die nationalen Gerichte dadurch erheblich beeinträchtigt, dass es im Falle eines auf Art. 101 Abs. 1 gestützten Verfahrens genügte, bei der Kommission eine Anmeldung vorzunehmen, deren Bearbeitung – auch im Wege eines (unverbindlichen) comfort letters – außerordentlich zeitraubend war und in der Zwischenzeit die nationalen Behörden und Gerichte blockierte.<sup>7</sup>

Die **VO 1/2003** beendete durch die **Anerkennung der Legalausnahme** die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission, so dass nunmehr Art. 101 ohne Einschränkungen von der Kommission und den nationalen Behörden und Gerichten parallel geprüft werden können,<sup>8</sup> mit der wichtigen Ausnahme einer Verfahrenseinleitung durch die Kommission nach Art. 11 Abs. 6, die den nationalen Behörden (nicht auch den nationalen Gerichten) die Zuständigkeit zur Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln (und der parallelen Anwendung des nationalen Rechts)<sup>9</sup> entzieht. Umso dringender war es, die einheitliche Anwendung sicherzustellen. Die Lösung bestand einerseits in einer **engeren Zusammenarbeit** zwischen Kommission und den nationalen Behörden und Gerichten, die weiterhin parallel zuständig sind,<sup>10</sup> und andererseits in der den Entscheidungen der Kommission zuerkannten **Bindungswirkung** des Art. 16. Die **nationalen Gerichte** müssen Entscheidungen vermeiden, die einer von der Kommission erlassenen oder beabsichtigten Entscheidung zuwiderlaufen (Abs. 1). Die **nationalen Behörden** sind an erlassene Kommissionsentscheidungen gebunden (Abs. 2); die Berücksichtigung einer von der Kommission beabsichtigten Entscheidung bedurfte keiner besonderen Regelung, weil die Kommission, die über nationale Verfahren informiert ist, die Zuständigkeit der nationalen Behörde durch eine Verfahrenseinleitung nach Art. 11 Abs. 6 ausschließen kann, um Konflikten vorzubeugen.<sup>11</sup> Das nationale Recht kann entsprechende Vorschriften vorsehen. Nach **§ 33 Abs. 4 GWB** ist das Gericht an die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 101 oder 102 gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung des BKartA, der Kommission oder – insofern geht § 33 Abs. 4 GWB über Art. 16 hinaus – der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts<sup>12</sup> in einem anderen Mitgliedstaat getroffen wurde.<sup>13</sup>

<sup>4</sup> EuGH 28. 2. 1991, Slg. 1991 I-935, Tz. 52 „*Delimitis/Henninger Bräu*“. Einer Aussetzung bedurfte es nur dann nicht, wenn die Voraussetzungen für eine Freistellung „offensichtlich“ nicht erfüllt waren (Tz. 50), also in Fällen von *per-se*-Verstößen.

<sup>5</sup> EuGH 14. 12. 2000, Slg. 2000 I-11369, Tz. 52 und 48 „*Masterfoods*“ (*Bestätigung von KOMM* 11. 3. 1998, ABl. 1998 L 246/1, Tz. 276–279 *Van den Bergh Foods*“, bestätigt: EuGH 28. 9. 2006, C-552/03 P, Slg. 2006 I-9091, Tz. 128 „*Unilever Bestfoods/Masterfoods*“). Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Dalheimer* in: *Dalheimer/Feddersen/Miersch*, Art. 16 Rdnr. 1.

<sup>6</sup> EuGH 14. 12. 2000, Slg. 2000 I-11369, Tz. 60 „*Masterfoods*“.

<sup>7</sup> Vgl. *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 16 Rdnr. 2.

<sup>8</sup> Nur unter der FKVO besteht noch eine ausschließliche Zuständigkeit für die Beurteilung von Zusammenschlüssen mit Gemeinschaftsbedeutung (Art. 21 Abs. 1 und 3).

<sup>9</sup> Art. 3 Abs. 1.

<sup>10</sup> Art. 11 und 15 und die entsprechenden Bekanntmachungen, die bezwecken, eventuellen Konflikten bei der parallelen Anwendung *vorzubeugen*: Erwägungsgrund 22 der VO 1/2003.

<sup>11</sup> Vgl. auch die Grundsätze in der gemeinsamen Protokollerklärung des Rates und der Kommission und *Zuber* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* Art. 16 Rdnr. 12.

<sup>12</sup> Beispiel: Griechenland.

<sup>13</sup> Hierzu *Lübbig* in: *Münchener Kommentar*, § 33 GWB Rdnrn. 113–118.

## II. Entscheidungen der Kommission mit Bindungswirkung

- 3 Nach Art. 16 Abs. 1 dürfen die Gerichte der Mitgliedstaaten bei der Anwendung von Art. 101 und 102 keine Entscheidungen treffen, die **einer von der Kommission erlassenen oder beabsichtigten Entscheidung zuwiderlaufen**. Hierzu gehören:
- **Nachprüfungsentscheidungen**; sie bedürfen zur zwangsweisen Durchsetzung der Genehmigung des zuständigen nationalen Gerichts, das nach Art. 20 Abs. 8 die Echtheit der Entscheidung und die Verhältnismäßigkeit der Zwangsmaßnahmen prüft und hierzu von der Kommission ausführliche Erläuterungen anfordern, aber die Notwendigkeit der Nachprüfung nicht in Frage stellen darf;<sup>14</sup>
  - Entscheidungen zur **Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen** (Art. 7); sie dürfen weder von nationalen Behörden noch von nationalen Gerichten (für die sie als Grundlage für Schadensersatzansprüche dienen) in Frage gestellt werden;
  - **einstweilige Anordnungen** (Art. 8); wenn die Kommission von einer einstweiligen Maßnahme absieht, weil kein Gemeinschaftsinteresse besteht, ist das nationale Gericht nicht gehindert, aufgrund nationalen Rechts einstweilige Anordnungen zu treffen, um die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens zu vermeiden (z.B. Existenzgefahr durch eine missbräuchliche Lieferweigerung);
  - **Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen** (Art. 9); hier ist allerdings zu unterscheiden: die Verpflichtungszusagen, die für verbindlich erklärt werden, binden die beteiligten Unternehmen und auch die nationalen Gerichte, die zur Durchsetzung der Zusagen angerufen werden. Dagegen wird die Frage, ob eine Zuwiderhandlung vorgelegen hat oder noch vorliegt, offen gelassen,<sup>15</sup> so dass die nationalen Gerichte Art. 101 und 102 nach ihren Erkenntnissen selbständig anwenden können, ohne insofern an die Entscheidung der Kommission gebunden zu sein.<sup>16</sup> Die den Unternehmen mitgeteilten Bedenken beruhen nur auf einer „vorläufigen“ Beurteilung, und die Verpflichtungszusagen können über das hinausgehen, was zum Ausräumen dieser Bedenken erforderlich ist, so dass die Entscheidung keine verbindliche Feststellung eines gemeinschaftswidrigen Verhaltens enthält.<sup>17</sup> Eine Tatbestandswirkung der Entscheidung nach Art. 9 für sog. **Follow-on-Klagen** scheidet also aus;<sup>18</sup>
  - **Entscheidungen über die Nichtanwendbarkeit der Art. 101 und 102** (Art. 10), einschließlich der **Gruppenfreistellungen** und deren Entzug (Art. 29); sie sind rechtlich verbindlich, aber die Gruppenfreistellungsverordnungen sind häufig so allgemein formuliert, dass der nationale Richter die Kommission konsultieren<sup>19</sup> oder den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung ersuchen wird;<sup>20</sup>
  - **Bußgeldentscheidungen** (Art. 23); ihr wichtigster Teil ist die verbindliche Feststellung einer Zuwiderhandlung im Sinne von Art 7.<sup>21</sup> Vorausgesetzt ist, dass sich das Vorliegen

<sup>14</sup> EuG 8. 3. 2007, T-340/04, Slg. 2007 II-107, Tz. 109–126 „*France Télécom*“. Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen Kommission und den nationalen Gerichten, Tz. 41.

<sup>15</sup> Erwägungsgrund 22 der VO 1/2003.

<sup>16</sup> Erwägungsgrund 13 der VO 1/2003. In diesem Sinne *Hennig*, S. 263; *Dalheimer* in: *Dalheimer/Feddersen/Miersch*, Art. 16 Rdnr. 7; *Zuber* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Art. 16 Rdnr. 13; *K. Schmidt* BB 2003, 1242.

<sup>17</sup> Diese nationale Zivilverfahren nicht präjudizierende Wirkung einer Entscheidung nach Art. 9 ist einer der Hauptgründe dafür, dass diese Verfahrensart eine zunehmende Rolle spielt.

<sup>18</sup> *Keßler* in: *Münchener Kommentar* § 32b Rdnr. 26.

<sup>19</sup> Vgl. die Anfragen belgischer Gerichte zur Auslegung der VO 2790/1999 (Bierlieferungsverträge) KOMM 2004/MR/6 vom 2. 2. 2005 „*Edmond/Brasserie de Haacht*“.

<sup>20</sup> Vgl. EuGH 18. 1. 2007, C-421/05, Slg. 2007 I-653 „*City Motors/Citroën*“ zur Auslegung der VO 1400/2002.

<sup>21</sup> Zu der bindenden Wirkung einer Bußgeldentscheidung im Hinblick auf mögliche Schadensersatzansprüche vgl. KOMM 9. 11. 2010, IP/10/1487 „*Air Cargo Carriers*“.

Einheitl. Anwend. d. gemeinschaftsrtl. Wettbewerbsrechts 4-7 **Art. 16 VO 1/2003**

oder Nichtvorliegen einer Zuwiderhandlung unzweideutig aus der Begründung der Kommissionsentscheidung ergibt und dass es sich um ein sachlich, örtlich und zeitlich **identisches Verhalten** handelt. Verbotsentscheidungen der Kommission können so die Grundlage von Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten sein;<sup>22</sup> die Kommission weist regelmäßig in den Pressemitteilungen, die ihre Bußgeldentscheidungen begleiten, auf die Möglichkeiten von Schadensersatzklagen hin.<sup>23</sup>

Dagegen können Entscheidungen der Kommission, ein Verfahren aus **Opportunitätsgründen** einzustellen, weil kein Interesse der Gemeinschaft an einer Verfolgung besteht (dem früheren „schwachen“ Negativattest vergleichbar),<sup>24</sup> die nationalen Behörden und Gerichte *rechtlich* nicht binden,<sup>25</sup> haben aber – je nachdem, wie überzeugend die Begründung ist – einen *faktischen* Einfluss auf die nationale Entscheidungsfindung.<sup>26</sup> Dasselbe gilt für die **Zurückweisung einer Beschwerde**,<sup>27</sup> es sei denn dass die Entscheidung ausdrücklich feststellt, dass keine Zuwiderhandlung vorliegt (in diesem Fall ist sie einer Entscheidung nach Art. 10 gleichzustellen).<sup>28</sup> **Informelle Beratungsschreiben**<sup>29</sup> und die **Stellungnahmen** der Kommission als *amicus curiae*<sup>30</sup> können keine rechtlich verbindlichen Wirkungen entfalten, haben aber eine nicht zu unterschätzende praktische Bedeutung.

### III. Die Bindung nationaler Gerichte

Art. 16 Abs. 1 wendet sich an die **nationalen Gerichte**, auch an die Rechtsmittelgerichte. **Schiedsgerichte** sind nicht ausdrücklich einbezogen. Da aber Schiedssprüchen die Vollstreckbarkeitserklärung versagt ist, wenn das Schiedsgericht die Grundsätze des EU-Wettbewerbsrechts als „*ordre public*“ nicht beachtet hat,<sup>31</sup> liegt eine Berücksichtigung einer von der Kommission in derselben Sache erlassenen Entscheidung auf der Hand.<sup>32</sup> Art. 16 gilt aber – aus Gründen fehlender Jurisdiktion – nicht für Gerichte von **Drittstaaten**.<sup>33</sup>

Diese Vorschrift verpflichtet die nationalen Gerichte, **keine Entscheidungen zu erlassen, die einer von der Kommission bereits getroffenen oder beabsichtigten Entscheidung zuwiderlaufen**. Auch wenn die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte grundsätzlich anerkannt wird, sind sie vom EuGH als nach Art. 4 EUV verpflichtet angesehen, Konflikte mit der Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln durch die Kommission und den Gerichtshof zu vermeiden.<sup>34</sup>

Im Falle einer noch nicht getroffenen, aber **beabsichtigten Entscheidung**, hat das Gericht zu prüfen, ob es sein Verfahren **aussetzen** muss, um einen Konflikt zu vermeiden. Um dies beurteilen zu können, sind nationale Gerichte berechtigt, bei der Kommission anzufragen, ob ein Verfahren eingeleitet ist und ob und wann mit einer Entscheidung zu

<sup>22</sup> So im Falle „Vitamine“ (KOMM 22. 11. 2001, ABl. 2003 L 6/1); OLG Karlsruhe 22. 1. 2004, NJW 2004, 2243.

<sup>23</sup> Vgl. KOMM 13. 4. 2011, IP/11/473 „Waschpulverhersteller“.

<sup>24</sup> Das schwache Negativattest ist durch § 32 c GWB wieder aufgelebt.

<sup>25</sup> EuG 17. 10. 2005 T-28/02 DEP, nicht veröffentlicht, Tz. 50 „First Data/VISA“.

<sup>26</sup> K. Schmidt BB 2003, 1237, 1242; Zuber in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, VerfVO Art. 16 Rdnr. 14.

<sup>27</sup> EuG 9. 1. 1996, Slg. 1996 II-1, Tz. 41 „Koelmann“.

<sup>28</sup> Z.B. Abweisung einer Beschwerde, weil der Beschwerdegegner Eurocontrol kein Unternehmen i. S.v. Art. 102 war: EuGH 26. 3. 2009, C-113/07 Tz. 85 „Selex sistemi“. In diesem Fall hat die Zurückweisung der Beschwerde dieselbe Wirkung wie eine Entscheidung nach Art. 10.

<sup>29</sup> EuGH 10. 7. 1980, Slg. 1980, 2327, Tz. 12–13 „Guerlain“.

<sup>30</sup> Vgl. die Stellungnahme der Kommission 2004/MR/6 vom 2. 2. 2005 „Edmond/Brasserie Haacht“.

<sup>31</sup> EuGH 1.6.199, Slg. 1999 I-3055, Tz. 36–39 „Eco/Benneton“.

<sup>32</sup> Zuber in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff Art. 16 Rdnr. 17; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner Art. 16 Rdnr. 8.

<sup>33</sup> Zum EG-US Abkommen 1991 vgl. Völcker IntWbR Rdnrn. 29–35.

<sup>34</sup> EuGH 14. 12. 2000, Slg. 2000 I-11369, Tz. 51–52 „Masterfoods“.

## Art. 16 VO 1/2003 8, 9

V. Abschnitt. Kartellverfahrensverordnung 1/2003

rechnen ist.<sup>35</sup> Die Entscheidung über die Aussetzung hängt davon ab, mit welcher Sicherheit das Ergebnis der Beurteilung durch die Kommission vorauszusehen: nach der „*acte clair*“ Doktrin könnte das nationale Gericht entscheiden, ohne die Entscheidung der Kommission abzuwarten, wenn es sich um eindeutige Verstöße handelt, bei denen ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 wahrscheinlich und eine Anwendung von Art. 101 Abs. 3 unwahrscheinlich ist,<sup>36</sup> während es in Zweifelsfällen das Verfahren aussetzen wird. Die Kommission hat sich verpflichtet, einen Fall **vorrangig zu behandeln**, wenn der Ausgang des zivilrechtlichen Verfahrens von ihrer Entscheidung abhängt.<sup>37</sup> Das nationale Gericht wird seinerseits eine **einstweilige Anordnung** in Betracht ziehen, wenn dies aus Gründen der Dringlichkeit eines vorläufigen Rechtsschutzes notwendig ist.

- 8 Hat das **nationale Gericht bereits entschieden**, ist die **Kommission nicht gehindert**, selbst ein Verfahren einzuleiten<sup>38</sup> und eine Entscheidung zu treffen, die von derjenigen des nationalen Gerichts abweicht.<sup>39</sup> Die Kommission hat das letzte Wort. In diesem Fall muss das nationale Gericht „geeignete Maßnahmen“ treffen, um den Konflikt nachträglich zu beseitigen, einschließlich Maßnahmen zur „Wiedergutmachung“.<sup>40</sup> Denn ein Rechtsunterwerfener kann von einem nationalen Gericht nicht gezwungen werden, eine Anordnung der Kommission zu missachten.<sup>41</sup> Der Gerichtshof lässt freilich im Unklaren, wie ein – eventuell schon rechtskräftiges – Urteil wieder geändert werden kann; die einzige Möglichkeit wäre ein **Wiederaufnahmeverfahren**. Der EuGH geht in dem Fall eines Zusammenschlusses, der von der nationalen Wettbewerbsbehörde als nicht gemeinschaftserheblich angesehen und genehmigt worden war, davon aus, dass die Kommission auch nach Rechtskraft der Entscheidung die Frage der Gemeinschaftsbedeutung überprüfen und die Entscheidung der nationalen Wettbewerbsbehörde rückwirkend – also ohne Rücksicht auf die inzwischen eingetretene Rechtskraft („*exhaustion of the possible legal remedies*“) – revidieren kann.<sup>42</sup> Dagegen hat der EuGH im Falle „*Kapferer*“ die Rechtskraft als gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz anerkannt, der vom nationalen Richter zu beachten ist,<sup>43</sup> so dass nur ein Wiederaufnahmeverfahren in Betracht käme. Nachdem mit der Einführung der Legal Ausnahme die Möglichkeit, durch eine Anmeldung die Prüfung des Art. 101 Abs. 3 auf die Kommission zu verlagern, entfallen ist, werden Parallelverfahren reduziert, und Konflikte werden durch die institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen Gerichten und Kommission die **Ausnahme** bleiben.<sup>44</sup>

- 9 Art. 16 Abs. 1 gilt nicht für diejenigen Gerichte, die nach nationalem Recht mit **administrativen Aufgaben** der Anwendung der Wettbewerbsregeln betraut sind, wie beispielsweise in Griechenland; sie sind wie Wettbewerbsbehörden nach Art. 16 Abs. 2 verpflichtet, keine Entscheidung zu treffen, die einer erlassenen Kommissionsentscheidung zuwiderläuft. Zu den Gerichten zählen aber die **Rechtsmittelgerichte**, die die rechtliche Kontrolle über die administrative Tätigkeit der nationalen Kartellbehörden ausüben.

<sup>35</sup> EuGH 28. 2. 1991, Slg. 1991 I-935, Tz. 53 „*Delimitis/Henninger Bräu*“; Bekanntmachung über die Zusammenarbeit mit den Gerichten, Tz. 12 und 21.

<sup>36</sup> Insbesondere, aber nicht nur, wenn es sich um per-se Verstöße handelt.

<sup>37</sup> Bekanntmachung über die Zusammenarbeit mit den Gerichten, Tz. 12.

<sup>38</sup> Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003.

<sup>39</sup> KOMM 11. 3. 1998, ABl. 1998 L 264/1, Tz. 279 „*Van der Bergh Foods*“; bestätigt: EuGH 28. 9. 2006, C-552/03 P, Slg. 2006 I-9091, Tz. 128 „*Unilever Bestfoods/Masterfoods*“.

<sup>40</sup> Vgl. EuGH 14. 12. 2000, Slg. 2000 I-11 369, Tz. 48 „*Van der Bergh/Masterfoods*“.

<sup>41</sup> EuGH 9. 9. 2003, C-198/01, Slg. 2003 I-8055, Tz. 48 „*Consortio Industrie Fiammiferi*“.

<sup>42</sup> EuGH 25. 9. 2003, C-170/02, Slg. 2003 I-9889, Tz. 36–37 „*Schlüsselverlag J. S. Moser*“. Vgl. auch EuG 16. 12. 2004, T-410/03 „*Hoechst – Sorbate*“ (Notwendigkeit einer Wiedergutmachung vor nationalen Gerichten als Folge eines Urteils, mit dem der Gerichtshof eine Bußgeldentscheidung aufhebt, weil die Kommission dem klagenden Unternehmen keine Immunität zuerkannt hat, während dieselbe Entscheidung in Bezug auf ein anderes Unternehmen, das die Immunität erhalten und deshalb nicht geklagt hat, in Rechtskraft erwachsen ist).

<sup>43</sup> EuGH 16. 3. 2006, C-234/04, Slg. 2006 I-2585, Tz. 21–23 „*Kapferer*“.

<sup>44</sup> Vgl. *Zuber* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Art. 16 Rdnr. 11.

## IV. Die Bindung nationaler Behörden

**Konflikte** zwischen nationalen Behörden und der Kommission werden durch die VO 10 1/2003 **erheblich reduziert**, zum einen durch die enge Zusammenarbeit im Vorfeld und bei der Fallzuteilung, im Verlauf des Verfahrens durch die nationale Behörden ausschließende Wirkung einer Verfahrenseinleitung nach Art. 11 Abs. 6 und durch die Bindungswirkung der von der Kommission erlassenen Entscheidungen.

Art. 16 Abs. 2 verpflichtet die nationalen Wettbewerbsbehörden, keine Entscheidung zu 11 erlassen, die einer Kommissionsentscheidung **zuwiderläuft**. Im Gegensatz zu der für die nationalen Gerichten geltenden Vorschrift des Art. 16 Abs. 1 besagt Art. 16 Abs. 2 nichts darüber, welche Folgen ein bei der Kommission anhängiges Verfahren und eine von ihr *beabsichtigte* Entscheidung für die nationalen Wettbewerbsbehörden hat. Insofern wird die Vorschrift ergänzt durch Art. 11 und 13 sowie die Netzbekanntmachung der Kommission.<sup>45</sup>

Hiernach beginnt die **Zusammenarbeit** zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden<sup>46</sup> und der Kommission **in einem früheren Stadium**, nämlich mit der gegenseitigen Unterrichtung nach Art. 11 Abs. 4 und 5 und der Diskussion über die zweckmäßigste Fallzuteilung, die darauf abzielt, dass nur *eine* Behörde tätig wird. Die Kommission kann – wenn es zu keiner Einigung kommt – den Fall **an sich ziehen**, indem sie nach Art. 11 Abs. 6 das Verfahren einleitet und dadurch der nationalen Behörde die Zuständigkeit entzieht. Damit kommt es prinzipiell gar nicht zu einem Konflikt oder zu der Frage, ob das nationale Verfahren auszusetzen ist.<sup>47</sup> In einem Fall, in dem die Kommission bereits ein Bußgeld verhängt oder von der Verhängung eines Bußgelds abgesehen hat, ist eine nationale Behörde schon nach dem Grundsatz des „*non bis in idem*“ gehindert, in derselben Sache ein zur Verhängung eines nationalen Bußgelds führendes Verfahren einzuleiten oder durchzuführen.<sup>48</sup>

## V. Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung des Art. 16

Die Nichtbeachtung des Art. 16 durch die **nationalen Gerichte und Behörden** kann 13 von der betroffenen Partei im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens gerügt werden. Grundsätzlich kann die Kommission auch ein **Vertragsverletzungsverfahren** gegen den Mitgliedstaat nach Art. 258 AEUV einleiten, aber nur dann, wenn der nationale Richter (einschließlich der Rechtsmittelinstanz) *offenkundig* und *wiederholt* gegen das geltende Recht verstoßen hat, ohne dass der Staat dagegen etwas unternommen hat.<sup>49</sup> Der Einzelne kann in einem solchen Fall auch Schadensersatzansprüche gegen den Mitgliedstaat geltend machen.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Tz. 16–25.

<sup>46</sup> Dazu gehören nach Art. 35 auch Gerichte in den Ländern, in denen Gerichte (und nicht Behörden) mit der administrativen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts betraut sind.

<sup>47</sup> Wenn die nationale Behörde bereits ein Verfahren eingeleitet hat, ist die Kommission verpflichtet, sie vor der Einleitung eines Kommissionsverfahrens nach Art. 11 Abs. 6 zu konsultieren. Vgl. Netzbekanntmachung der Kommission, Tz. 50–57.

<sup>48</sup> Vgl. EuGH 15. 1. 2002, Slg. 2002 I-8375, Tz. 59 „LVM“.

<sup>49</sup> So in Bezug auf die Pflicht des letztinstanzlichen Richters, den EuGH nach Art. 267 anzurufen: EuGH 30. 9. 2003, C-224/01, Slg. 2003 I-10239, Tz. 53 „Köbler/Österreich“, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der nationale Richter *willkürlich* eine Vorlage unterlassen hat (wenn dies nachgewiesen werden kann); zur Schadensersatzpflicht des Mitgliedstaates: EuGH 13. 6. 2006, C-173/03, Slg. 2006 I-5177, Tz. 46 „*Taghetti del Mediterraneo*“.

<sup>50</sup> EuGH 30. 9. 2003, C-224/01, Slg. 2003 I-10239, Tz. 100 „Gerhard Köbler“. Vgl. Zuber in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff Art 16 Rdnr. 29.

## Vorbemerkungen zu Art. 17–22 VO 1/2003

### Übersicht

|   | Rdnr. |
|---|-------|
| I. Einleitung und Ermittlungsbefugnisse im Überblick .....  | 1     |
| II. Gesetzgebungsgeschichte .....   | 3     |
| III. Anwendungsbereich .....  | 13    |
| 1. Sachlicher Anwendungsbereich .....   | 13    |
| 2. Zeitlicher Anwendungsbereich .....   | 15    |
| 3. Räumlicher Anwendungsbereich .....   | 16    |
| 4. Personeller Anwendungsbereich .....  | 19    |
| IV. Verhältnis der Ermittlungsbefugnisse zueinander .....   | 21    |
| V. Grenzen der Ermittlungsbefugnisse .....  | 22    |
| 1. Allgemeine Grenzen .....   | 22    |
| 2. Auskunftsverweigerungsrecht .....  | 24    |
| a) Allgemeines .....  | 24    |
| b) Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte zum Bestehen und<br>Umfang eines Auskunftsverweigerungsrechts ..... | 25    |
| c) Kritik .....   | 41    |
| 3. Legal Privilege .....  | 48    |
| a) Allgemeines .....  | 48    |
| b) Voraussetzungen .....  | 50    |
| aa) Korrespondenz mit einem unabhängigen in einem der Mitglied-<br>staaten zugelassenen Rechtsanwalt .....          | 50    |
| bb) Korrespondenz im Rahmen und Interesse des Rechts des Mandanten<br>auf Verteidigung .....                        | 53    |
| c) Geltendmachung des Legal Privilege .....   | 63    |
| 4. Geschäfts- und Berufsgeheimnisse .....   | 65    |
| VI. Verwertung der Ermittlungsergebnisse .....  | 66    |

**Schrifttum:** siehe auch vor Art. 1 VO 1/2003; *Ameje*, The Interplay between Human Rights and Competition Law in the EU, ECLR 2004, 332 ff.; *Bechtold/Brinker/Bosch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht – Kommentar, 2. A., 2009; *Bechtold*, Die Stellung der Kommission und der Unternehmen im EWG-Kartellverfahren, EuR 1992, 41 ff.; *de Bronett*, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht VO 1/2003, 2005; *Buntschek/Biermann*, „Legal Privilege“ des Syndikusanwalts – Paradigmenwechsel im EG Bußgeldverfahren?, wistra 2004, 457 ff.; *Buntschek*, Anwaltskorrespondenz – Beitrag zur geordneten Rechtspflege oder „tickende Zeitbombe“, WuW 2007, 229 ff.; *Eichler/Peukert*, Vertraulichkeit der Rechtsberatung durch Syndikusanwälte und EMRK, AnwBl 2002, 189; *Engel/Freier*, Die Ermittlungsbefugnisse der Kommission bei Wettbewerbsverstößen, EWS 1992, 361 ff.; *Gillmeister*, Ermittlungsrechte im deutschen und europäischen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 1985; *Dalheimer/Fedderson/Miersch*, EU-Kartellverfahrensverordnung: Kommentar zur VO 1/2003; Sonderausgabe aus „*Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, nach Art. 83 EGV“; *Gronemeyer/Slobodenjuk*, Legal Professional Privilege in Kartellverfahren – Vertraulichkeitsschutz am Scheideweg?, EWS 2010, 308 ff.; *Grützner/Reimann/Wissel*, Richtiges Verhalten bei Kartellamtsermittlungen im Unternehmen, 3. Aufl. 1993; *Hensmann*, Die Ermittlungsrechte der Kommission im europäischen Kartellverfahren, 2009; *Hofmann*, Eine Neubestimmung der Reichweite des Anwaltsprivilegs in Wettbewerbsverfahren, EuZW 2003, 742 ff.; *Mann*, Gleichstellung des Syndikusanwalts beim Vertraulichkeitsschutz, AnwBl 2010, 87 ff.; *Mann/Leisinger*, Kein „legal privilege“ für unternehmensinterne Rechtsanwälte, AnwBl 2010, 776 ff.; *Hootz/Müller-Henneberg/Schwartz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht – Gemeinschaftskommentar, 5. A., 9. Lfg. 2004; *Hossensfelder/Lutz*, Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag, WuW 2003, 118 ff.; *Kapp*, Vertraulichkeit der Anwaltskorrespondenz im Kartellverfahren, WuW 2003, 142 ff.; *ders./Roth*, Fällt eine weitere Beschränkung des europarechtlichen Legal Privilege?, RIW 2003, 946 ff.; *Kehl*, Schutz von Informationen im europäischen Kartellverfahren – Auskunfts-/Zugriffsverweigerungsrechte und Schutz vertraulicher Informationen im europäischen Kartellverfahren unter Berücksichtigung der Verordnung (EG) 1/2003, 2006; *Kerse/Khan*, EC antitrust procedure, 5. A., 2005; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren, 2005; *Kübler/Pautke*, Legal Privilege: Fallstricke und Werkzeuge im Umgang mit kartellrechtlich sensiblen Dokumenten – Ein praktischer Leitfaden, BB 2007, 390 ff.; *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, EG-KartellVO –



Praxiskommentar zur Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2004; *Lange*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2. A., 2006; *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, 11. A., 2010; *Lavoie*, The Investigative Powers of the Commission with respect to Business Secrets under Community Competition Rules, ELR 1992, 20 ff.; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht – Kommentar, 2. A., 2009; *Mäger*, Europäisches Kartellrecht, 2006; *Mattfeld*, Anmerkung zu EuGH-Urteil 18. 5. 1982, Rs. 155/79, EuR 1983, 40 – AM&S, EuR 1983, 47; *Moosecker*, Die EuGH-Entscheidungen Hoechst und Orkem/Solvay, in: FIW: Schwerpunkte des Kartellrechts 1988/89 (1990); *Murphy*, CFI Signals Possible Extension of Professional Privilege to In-house Lawyers, ECLR 2004, 447 ff.; *Nehl*, Nachprüfungsbefugnisse der Kommission aus gemeinschaftsverfassungsrechtlicher Perspektive, in: *Behrens/Braun/Nowak* Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, 2004, S. 73 ff.; *Ortiz Blanco*, European Community Competition Procedure, 2. A., 2006; *van Overbeek*, The Right to Remain Silent, ECLR 1994, 127 ff.; *Pfionm/Hentschel*, Zum Umfang des Legal Privilege in Kartellrechtsverfahren: Das gemeinschaftsrechtliche Gebot umfassender Vertraulichkeit der Anwaltskorrespondenz, EWS 2005, 350 ff.; *Rauber*, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des „legal privilege“, 2010; *Rethorn*, „legal privilege“ zwischen nationalem Ständerecht und europäischem Verfahrensrecht – Rechtsvergleichung im AM&S-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, in: Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends: Festschrift für *Alfred Söllner* zum 70. Geburtstag, 2000, S. 893 ff.; *Ritter/Braun*, EEC Competition Law – A Practitioner’s Guide, 3. A., 2004; *Roxin*, Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, NJW 1992, 1129 ff.; *Schnelle/Bartosch/Hübner*, Das neue EU-Kartellverfahrensrecht – Auswirkungen der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf die Kartellrechtspraxis, 2004; *Schmichels/Resch*, Das Anwaltsprivileg im europäischen Kontext, EuZW 2011, 47 ff.; *Schohe*, Muss die Berufung auf Grundrechte zweckmäßig sein? Zur Aussageverweigerung im europäischen Kartellrecht, NJW 2002, 492 ff.; *Scholz*, Grundrechtsprobleme im europäischen Kartellrecht – Zur Hoechst-Entscheidung des EuGH, WuW 1990, 99 ff.; *Schriever*, AKZO Nobel u. a. – Anwaltsprivilegien für Syndikusanwälte?, AnwBl 2004, 105; *Schubert*, Legal privilege und Nemo tenetur im reformierten europäischen Kartellermittlungsverfahren, 2009; *Schwarze*, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, 261 ff.; *ders.*, Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH, NJW 2005, 3459 ff.; *ders.*, EU-Kommentar, 2. A., 2009; *ders./Weithrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts – Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2004; *ders./Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, 2008; *Seitz*, Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg im europäischen Wettbewerbsverfahren – Wandel in der europäischen Rechtsprechung?, EuZW 2004, 231; *dies.*, Der Vertraulichkeitsschutz der Anwaltskorrespondenz im europäischen Wettbewerbsverfahren – Zu Umfang und Ausgestaltung des Anwaltsgeheimnisses nach der neuen europäischen Rechtsprechung, EuZW 2008, 204 ff.; *dies.*, Ein Schritt vor und zwei zurück? – Zum letzten Stand des Anwaltsgeheimnisses für Unternehmensanwälte im Europäischen Kartellverfahren, EuZW 2010, 524 ff.; *dies.*, Kein Legal Privilege für Syndikusanwälte – Ein Pyrrhussieg?, EuZW 2010, 761; *Soyez*, Das EuGH-Urteil SGL Carbon – eine Niederlage für die Verteidigungsrechte im EG-Kartellbußgeldverfahren, EWS 2006, 389 ff.; *Vöcke*, Die Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren, 2006; *Weiß*, Die Europäische Menschenrechtskonvention, der Grundrechtsstandard in der EU und das EG-Kartellverfahren, EWS 1997, 253 ff.; *ders.*, Neues zum legal professional privilege – Eine Anmerkung zum Akzo Urteil des EuG, EuR 2008, 546 ff.; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 2. A., 2008; *Willis*, „You have the right to remain silent . . .“, or do you? The privilege against self-incrimination following Mannesmannröhren-Werke and other recent decisions, ECLR 2001, 313 ff.; *Wils*, Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, World Competition 2003, 567 ff.; *ders.*, Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement, World Competition 2006, 3 ff.; *van Bael/Bellis*, Competition Law of the European Community, 5. A., 2010; *von Winterfeld*, Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission gegenüber Unternehmen am Beispiel des Kartellrechts, RIW 1992, 524 ff.

## I. Einleitung und Ermittlungsbefugnisse im Überblick

Die Kommission vermag die ihr in Art. 105 AEUV und in Vorschriften nach Art. 103 1 AEUV insbesondere der VO 1/2003 übertragenen Aufgaben bei der Durchsetzung und Überwachung der Einhaltung der Art. 101 und 102 AEUV nur dann wirksam zu erfüllen, wenn sie über volle Kenntnis der maßgeblichen Sachverhalte verfügt. Diesem Erfordernis versuchen die Ermittlungsbefugnisse der Kommission in den Art. 17–22 VO 1/2003 für



## **Vor Art. 17–22 VO 1/2003 2, 3** V. Abschnitt. Kartellverfahrensverordnung 1/2003

das Kartellverfahren Rechnung zu tragen. Sie konkretisieren insoweit für das Wettbewerbsrecht das in Art. 337 AEUV normierte allgemeine Recht der Kommission, Auskünfte einzuholen und Nachprüfungen vorzunehmen.<sup>1</sup>

- 2 Im Einzelnen verfügt die Kommission hierzu über das Recht, ganze Wirtschaftszweige und Arten von Vereinbarungen zu untersuchen (Art. 17 VO 1/2003), Auskunftsverlangen an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen als auch an die Regierungen und Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten zu richten (Art. 18 VO 1/2003), freiwillige, natürliche oder juristische Personen zu befragen (Art. 19 VO 1/2003), Nachprüfungen in den Räumlichkeiten von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen und in anderen Räumlichkeiten durchzuführen (Artt. 20, 21 VO 1/2003) und zudem über die Möglichkeit, Nachprüfungen durch nationale Wettbewerbsbehörden durchführen zu lassen (Art. 22 VO 1/2003). Die Aufzählung der förmlichen Ermittlungsinstrumente ist grundsätzlich abschließend.<sup>2</sup> Neben den formellen Ermittlungsinstrumenten steht es der Kommission darüber hinaus aber frei, sich auch informell Informationen zu beschaffen, solange diese Informationen rechtmäßig in den Besitz der Kommission gelangen.<sup>3</sup> Insoweit bezieht die Kommission ihre Informationen nicht selten unter anderem auch aus Beschwerden von Marktteilnehmern, Einlassungen von Kronzeugen im Rahmen der Kronzeugenmitteilung, dem Informationsaustausch mit den nationalen Wettbewerbsbehörden oder allgemein aus Veröffentlichungen in der Presse.<sup>4</sup> Vor dem Erlass einer Verpflichtungszusageentscheidung nach Art. 9 VO 1/2003 oder einer Nichtanwendbarkeitsentscheidung nach Art. 10 VO 1/2003 fordert die Kommission zudem Dritte durch eine Veröffentlichung im Amtsblatt (sog. Carlsberg Notice) zu einer Stellungnahme zu der beabsichtigten Entscheidung auf.<sup>5</sup>

## **II. Gesetzgebungsgeschichte**

- 3 Schon unter der VO 17/62 verfügte die Kommission mit den Artt. 11–14 VO 17/62 über einige der genannten Ermittlungsbefugnisse. Diese wurden teilweise unverändert in den Artt. 17–22 VO 1/2003 übernommen, teilweise aber auch nicht unerheblich erweitert. Als Gründe für die Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse der Kommission wurden neben der Einführung des Systems der Legalausnahme und der damit erforderlichen stärkeren nachherigen Kontrolle,<sup>6</sup> vor allem die gesammelten Erfahrungen und die Feststellung der Kommission angeführt, dass es zunehmend schwieriger geworden sei, Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln aufzudecken.<sup>7</sup> Die VO 1/2003 versuchte insoweit die Defizite, die

<sup>1</sup> Sura in: Langen/Bunte vor Art. 17 bis 22 Rdnr. 1; de Bronett, Vorbem. zu Artt. 17–22 Rdnr. 1; Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach, Vorbemerkungen zu Artt. 17–22 Rdnr. 332; Miersch in: Dahlheimer/Feddersen/Miersch, vor Art. 17 Rdnr. 2. Bereits vor Inkrafttreten der VO 17/62 hat die Kommission Fälle, in denen Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln vermutet wurden, auf der Grundlage von Art. 89 EGV a.F. (Art. 105 AEUV n.F.) untersucht. Art. 105 AEUV, der eine vorläufige Regelung der Kartellaufsicht betrifft, ist nunmehr jedoch praktisch bedeutungslos (vgl. nur EuGH 11. 4. 1989, Slg. 1989, I-803 ff. Tz. 5, 21 – *Ahmed Saeed*; Ritter/Braun, S. 1058 in Fn. 223).

<sup>2</sup> Vgl. Schnelle/Bartosch/Hübner, S. 127, die in diesem Zusammenhang auf den Grundsatz der enumerativen Einzelermächtigung verweisen.

<sup>3</sup> EuG 20. 3. 2002, Slg. 2002, II-1487 Tz. 367 – *HFB Holding u. a./Kommission*; Miersch in: Dahlheimer/Feddersen/Miersch, vor Art. 17 Rdnr. 4.

<sup>4</sup> Vgl. Kerse/Khan, Chapter 3-001; van Bael/Bellis, S. 986, 999.

<sup>5</sup> Dieckmann in: Wiedemann, § 42 Rdnr. 2.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu kritisch Schütz in: GK Art. 17 Rdnr. 3, der zutreffend darauf hinweist, dass eine Verstärkung der nachherigen Kontrolle nicht zwangsläufig eine Verstärkung der Ermittlungsbefugnisse erfordert und die Aufgabe des Anmeldesystems kaum einen überzeugenden Grund für eine Verstärkung der Ermittlungsbefugnisse darstelle und insoweit die Kommission in Wahrheit die Erweiterungen der Ermittlungsbefugnisse wohl nur „bei Gelegenheit“ erreichen wollte; vgl. auch Klees, § 9 Rdnr. 2.

<sup>7</sup> Vgl. den 25. und 26. Erwägungsgrund der VO 1/2003. Siehe auch Kommission, Weißbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG, ABl. EG 1999 C 132/1 ff. Tz. 108 ff.