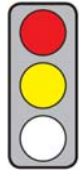


Stand: 06.04.2010

## KERNPUNKTE

**Ziel der Leitlinien:** Die Kommission will die Transparenz von Kartell- und Missbrauchsverfahren erhöhen.

**Betroffene:** Unternehmen, die an einem Verfahren wegen mutmaßlicher Verletzungen von Art. 101 oder Art. 102 AEUV beteiligt sind.



**Pro:** Die Transparenz von wettbewerbsrechtlichen Verfahren wird erhöht.

**Contra:** (1) Die Leitlinien enthalten keine verbindlichen Aussagen. Eine Selbstbindung der Kommission wird durch weiche Formulierungen vermieden.

(2) Das europäische Kartellverfahren bleibt durch die Bündelung weiter Investigativ- und Entscheidungsbefugnisse in der Kommission und aufgrund mangelnder rechtlicher Kontrolle weiterhin rechtsstaatlich bedenklich.

## INHALT

### Titel

Leitlinien der Kommission vom 6. Januar 2010: **„Best Practices“ bei der Durchführung von Verfahren aufgrund von Verstößen gegen europäische Wettbewerbsregeln (Art. 101 und Art. 102 AEUV)**

### Kurzdarstellung

Soweit nicht anders angegeben, verweisen die Randnummern auf die Leitlinien der Kommission vom 6. Januar 2010, die Artikelangaben auf die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002.

#### ► Gegenstand und Ziele

- Die „Best Practices“-Leitlinien beschreiben den Ablauf eines europäischen Kartell- oder Missbrauchsverfahrens (Missbrauch von Marktmacht) von der Entscheidung der Kommission, ob sie sich eines Falles annimmt, bis hin zur potentiellen Annahme eines Beschlusses.
- Sekundärrechtlich festgelegt ist die Durchführung der Wettbewerbsregeln (Art. 101 und 102 AEUV) in der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 und der darauf gestützten Durchführungsverordnung (EG) Nr. 773/2004.
- „Best Practices“ stellen Leitlinien dar, die aus Sicht der Kommission die beste Vorgehensweise beim Kartell- und Missbrauchsverfahren widerspiegeln. Sie sollen bereits bestehende Instrumente zur Regelung des Kartellverfahrens entsprechend der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH ergänzen (Rn. 6 f.).
- Sie sind kein verbindliches Rechtsinstrument, sondern legen bewährte Vorgehensweisen dar, die auf Erfahrungen der Kommission bei Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 und der Durchführungsverordnung basieren (Rn. 5).
- Die Kommission will die Leitlinien ab Veröffentlichung auf laufende und zukünftige Kartell- und Missbrauchsverfahren anwenden. Abweichungen im Einzelfall behält sie sich vor (Rn. 5).
- Ziel der Leitlinien ist es insbesondere, die Transparenz und Vorhersehbarkeit solcher Verfahren zu erhöhen sowie die Dauer eines solchen Verfahrens zu verkürzen (vgl. [Grafik zum Verfahrensablauf](#)).

#### ► Ursprung eines Kartell- oder Missbrauchsverfahrens

- Die Kommission kann eine mutmaßliche Verletzung von Art. 101 oder Art. 102 AEUV untersuchen,
  - wenn Unternehmen, Bürger oder ein Mitgliedstaat einen Verdacht melden (Rn. 8) oder
  - von Amts wegen, z. B. wenn bestimmte Indizien auf ein solches Verhalten hindeuten (Rn. 10).
- Zunächst ermittelt die Kommission in einer Erstbewertung (Rn. 11) die betroffenen Unternehmen, den relevanten Markt und das mutmaßlich wettbewerbswidrige Verhalten.
- In der Regel erfahren die betroffenen Unternehmen, dass sie einer Erstbewertung unterzogen werden, wenn sie von der Kommission aufgefordert werden, freiwillig Informationen zur Verfügung zu stellen (Rn. 14 sowie Art. 18 Abs. 2). In diesem Zusammenhang werden die betroffenen Unternehmen auf ein Zeugnisverweigerungsrecht hingewiesen (Rn. 14).
- Im Rahmen der Erstbewertung kann die Kommission zu dem Schluss kommen,
  - die Untersuchung einzustellen,
  - den Fall einer nationalen Wettbewerbsbehörde zuzuweisen oder
  - ein förmliches Kartell- oder Missbrauchsverfahren einzuleiten.
- Ein förmliches Kartell- oder Missbrauchsverfahren eröffnet die Kommission im Anschluss an die Erstbewertung, wenn das mutmaßlich wettbewerbswidrige Verhalten (Rn. 12)
  - den Wettbewerb stark einschränkt und das Risiko beinhaltet, die Verbraucher zu schädigen, und/oder
  - für die Ausrichtung der EU-Wettbewerbspolitik wichtig ist und/oder
  - für eine einheitliche Anwendung der Wettbewerbsregeln in der EU von Bedeutung ist.

### ► **Förmliches Kartell- oder Missbrauchsverfahren**

- Die Kommission kann „alle erforderlichen Auskünfte“ verlangen (Art. 18).
  - Die Kommission kann Auskunft verlangen von
    - den direkt betroffenen Unternehmen, die im Verdacht wettbewerbswidrigen Verhaltens stehen,
    - anderen Unternehmen oder Verbänden, die über relevante Informationen verfügen könnten.
  - Das Erteilen von Auskünften ist
    - freiwillig, wenn die Kommission ein „einfaches Auskunftsverlangen“ ausspricht, oder
    - verpflichtend, wenn die Kommission ein „Auskunftsverlangen durch Entscheidung“ beschließt.
  - Da Auskünfte unter Umständen auch an Dritte weitergereicht oder veröffentlicht werden, muss das betroffene Unternehmen (Rn. 37) auf vertrauliche Inhalte hinweisen und erläutern, weshalb diese Inhalte vertraulich sind sowie eine nicht-vertrauliche Version der Auskunft bereitstellen.
- Die Kommission kann „alle erforderlichen Nachprüfungen“ durchführen (Art. 20).
  - Insbesondere dürfen die Bediensteten der Kommission und andere von ihr ermächtigte Begleitpersonen die Räumlichkeiten der betroffenen Unternehmen betreten, alle Bücher oder sonstige Geschäftsunterlagen prüfen und Kopien davon anfertigen (Art. 20 Abs. 2 lit. a–c).
  - Schriftstücke müssen nicht vorgelegt werden, wenn sich das betroffene Unternehmen auf das anwaltliche Privileg der Vertraulichkeit („Anwaltsprivileg“) beruft (Rn. 47). Dies gilt nur für den Schriftverkehr mit einem unternehmensexternen Anwalt.
- Die Kommission kann Treffen anbieten, in denen sie die betroffenen Unternehmen über den aktuellen Stand des Verfahrens unterrichtet und diese dazu Stellung nehmen können („state of play meetings“). Die Treffen finden zu folgenden Zeitpunkten statt (Rn. 57):
  - „kurz“ nach Eröffnung des Verfahrens und
  - zu einem „späteren“ Zeitpunkt, zu dem die Untersuchungen bereits fortgeschritten sind.
- Zusätzlich zu den Treffen mit unmittelbar betroffenen Unternehmen kann die Kommission freiwillige „Dreieckstreffen“ mit allen Beteiligten initiieren (Rn. 61). Dies bietet sich insbesondere an, wenn die Beteiligten widersprüchliche Aussagen machen.
- Während der gesamten Untersuchung soll ein – von der Kommission ernannter und dem Wettbewerbskommissar unterstellter – Anhörungsbeauftragter ein faires Verfahren garantieren (Rn. 73). Ein Beschluss der Kommission aus dem Jahre 2001 bestimmt das Mandat des Anhörungsbeauftragten (2001/462/EG). Insbesondere obliegt es dem Anhörungsbeauftragten
  - mündliche Anhörungen durchzuführen,
  - den zuständigen Kommissar über die Ergebnisse der Anhörung zu unterrichten und
  - Streitigkeiten zwischen der Kommission und den betroffenen Unternehmen zu schlichten.

### ► **Verfahrensbeendigung (Option 1): Feststellung und Abstellung von Rechtsverletzungen (Art. 7)**

- Kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass einige gegen ein Unternehmen vorgebrachten „Beschwerdepunkte“ gerechtfertigt sein könnten, erhält dieses eine „Mitteilung der Beschwerdepunkte“. Die Mitteilung gibt Auskunft darüber,
  - welche Beschwerden gegen die betroffenen Unternehmen vorgebracht werden (Rn. 76),
  - ob die Kommission eine Geldbuße (Art. 23) verhängen möchte (Rn. 77) und
  - ob sie Maßnahmen verhaltensorientierter Art (z.B. Verbot der Kopplung von Produkten) oder struktureller Art (z.B. Entflechtung) beabsichtigt, um wettbewerbswidriges Verhalten abzustellen (Rn. 78).
- Die Empfänger einer solchen Mitteilung können dazu schriftlich Stellung nehmen. Zu diesem Zweck haben die Parteien das Recht auf eine umfangreiche Akteneinsicht (Rn. 80).
- Das betroffene Unternehmen kann eine mündliche Anhörung beantragen, um zu den Beschwerdepunkten Stellung zu nehmen (Rn. 92). Während der Anhörung sollen der Anhörungsbeauftragte, der Generaldirektor oder ein Stellvertreter („senior management“) sowie Beamte der Kommission, die sich mit dem Fall beschäftigten anwesend sein (Rn. 94).
- Tauchen im Laufe des Verfahrens neue Beweise auf, die die bekannten Beschwerdepunkte verstärken oder bestätigen, werden diese in einem „letter of facts“ den betroffenen Unternehmen mitgeteilt, damit sie sich dazu äußern können (Rn. 97).
- Im letzten Schritt entscheidet die Kommission, ob das Verhalten des betroffenen Unternehmens Art. 101 oder Art. 102 AEUV verletzt hat. Gegebenenfalls verhängt sie ein Bußgeld und/oder verpflichtet das Unternehmen, dieses Verhalten einzustellen bzw. strukturelle Maßnahmen durchzuführen.

### ► **Verfahrensbeendigung (Option 2): Verpflichtungszusagen (Art. 9)**

- Beabsichtigt die Kommission, eine Entscheidung ohne Bußgeld zu erlassen, um Verletzungen von Art. 101 oder Art. 102 AEUV abzustellen, können die betroffenen Unternehmen freiwillige Verpflichtungen eingehen, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission auszuräumen (Rn. 101).
- Bei einer Verpflichtungszusage stellt die Kommission – im Gegensatz zur Option 1 der Verfahrensbeendigung – keine Rechtsverletzung fest.
- Hierzu nimmt die Kommission zunächst eine „vorläufige Beurteilung“ vor, in der sie (Rn. 107)
  - die wesentlichen Fakten des Falls zusammenfasst und
  - die wettbewerbsrechtlichen Bedenken darlegt, die ausgeräumt werden müssen.

Auf Basis dieser vorläufigen Beurteilung können die betroffenen Unternehmen geeignete Verpflichtungen vorschlagen (Rn. 108).

- Bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung trifft, veröffentlicht sie die vorgeschlagenen Verpflichtungen, damit Dritte dazu Stellung nehmen können („market test“, Rn. 114 sowie Art. 27 Abs. 4).
  - Erheben Dritte keine Einwände, kann die Kommission die Verpflichtungen für bindend erklären.
  - Erheben Dritte Einwände, kann die Kommission andere Verpflichtungen vorschlagen, denen das betroffene Unternehmen zustimmen kann.

#### ► **Verfahrensbeendigung (Option 3): Abweisung einer Beschwerde**

- Die Kommission kann die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 101 oder Art. 102 AEUV abweisen. Dies ist möglich, wenn
  - die Beschwerde nicht hinreichend begründet ist (Rn. 124),
  - keine hinreichenden Beweise für ein wettbewerbswidriges Verhalten vorliegen (Rn. 124) oder
  - kein „EU-Interesse“ besteht (Rn. 121), da der Aufwand einer weiteren Untersuchung – insbesondere angesichts der geringen Beeinträchtigung des Binnenmarkts – unverhältnismäßig wäre.
- Kommt die Kommission zu dem Ergebnis, eine Beschwerde abzuweisen, wird sie zuerst den Beschwerdeführer darüber informieren, damit dieser innerhalb einer bestimmten Frist dazu Stellung nehmen kann.
  - Äußert sich der Beschwerdeführer nicht fristgemäß, gilt die Beschwerde als zurückgezogen (Rn. 125).
  - Sollte die Stellungnahme des Beschwerdeführers die Einschätzung der Kommission nicht ändern, weist sie die Beschwerde ab (Rn. 126).

#### ► **Weitere Schwerpunkte der „Best Practices“**

- Ein Unternehmen muss Schriftstücke nicht vorlegen, wenn sie unter das Anwaltsprivileg der Vertraulichkeit fallen (Rn. 47).
  - Berufet sich ein Unternehmen darauf, muss es eine überarbeitete Version dieses Schriftstückes einreichen (Rn. 48) und seine Behauptung begründen, indem es beispielsweise
    - den Autor und den Adressaten des Schriftstücks benennt und/oder
    - einen „flüchtigen“ Blick eines Kommissionsbediensteten auf die Überschriften zulässt.
  - Sind die mit der Nachprüfung beauftragten Kommissionsbediensteten der Meinung, dass sich ein Unternehmen zu Unrecht auf das Anwaltsprivileg beruft, können sie eine Kopie anfertigen, die in einem versiegelten Umschlag solange verschlossen gehalten wird, bis
    - die Kommission beschlossen hat, das Anwaltsprivileg anzuerkennen (Rn. 51), oder
    - ein Gericht darüber entschieden hat, ob dieses Dokument unter das Anwaltsprivileg fällt (Rn. 51).
  - Berufet sich ein Unternehmen auf das Anwaltsprivileg, um die Ermittlungen zu verzögern oder zu behindern, kann die Kommission eine Geldbuße verhängen (Art. 23 Abs. 1).
- Die Einsicht der Unternehmen in die Akten der Kommission ist problematisch, wenn dadurch vertrauliche Informationen von Dritten offengelegt würden.
  - Um die betroffenen Unternehmen davon zu entlasten, eine nicht vertrauliche Version aller Auskünfte vorzulegen, empfiehlt die Kommission zwei neue Verfahren. Diese sehen vor, dass sich die betroffenen Unternehmen gegenseitig vollen Zugang zu vertraulichen Informationen einräumen.
    - Im ersten Verfahren kann zusätzlich der Kreis der Personen beschränkt werden, die dieses Recht haben („negotiated disclosure procedure“) (Rn. 84).
    - Im zweiten Verfahren ist der Zugang zu Informationen nur in den Räumen der Kommission und unter deren Aufsicht möglich. Zusätzlich wird der Kreis der Personen beschränkt. Das Recht, vertrauliche Daten einzusehen, wird dabei in der Regel dem externen Rechtsberater eines Unternehmens eingeräumt, der keine Informationen an seine Mandanten weiterreichen darf („data room procedure“) (Rn. 85).
- Die Kommission weist darauf hin, dass die betroffenen Unternehmen darauf verzichten können, wichtige Informationen in ihrer Muttersprache zu erhalten (Rn. 24-29). Dadurch werden Verzögerungen vermieden, die sich durch die Übersetzung ergeben.

## Politischer Kontext

Die Kommission hat im Jahr 2009 in einer Mitteilung die Ergebnisse einer Evaluierung der Kartell- und Missbrauchsverfahren nach Verordnung (EG) 1/2003 veröffentlicht. Im Ergebnis kommt sie darin zu dem Schluss, dass einzelne Punkte genauer untersucht werden müssten. Sie hat aber auch festgestellt, dass sich aus ihrer Sicht ein Änderungsbedarf der Verfahrensvorschriften nicht zwingend ergibt [KOM(2009) 206, S. 11].

Die „Best Practices“-Leitlinien wurden am 6. Januar 2010 im Paket mit zwei anderen Dokumenten veröffentlicht. Letztere beschreiben zum einen die Rolle des Anhörungsbeauftragten und zum anderen Best Practices bei der Übermittlung ökonomischer Beweise in Kartell- oder Missbrauchsverfahren. Zeitgleich eröffnete die Kommission eine Konsultation, die allerdings bereits am 3. März 2010 endete. Die Leitlinien sind mit ihrer Veröffentlichung in der vorliegenden Form seit Anfang Januar bereits anwendbar – unabhängig davon, ob es im Nachgang zu Änderungen anlässlich von Konsultationsbeiträgen kommt oder nicht.

## Politische Einflussmöglichkeiten

Federführende Generaldirektion: GD Wettbewerb

## BEWERTUNG

Die „Best Practices“-Leitlinien geben zwar einen hilfreichen Überblick über das europäische Kartell- und Missbrauchsverfahren, spiegeln jedoch allein die Auffassung der Kommission wider. Sie stellen kein verbindliches Rechtsinstrument dar und **bieten für betroffene Unternehmen daher keine verlässlichen Anhaltspunkte**. Einer Selbstbindung beugt die Kommission an vielen Stellen vor, indem sie auf gegebenenfalls erforderliche Abweichungen im Einzelfall hinweist (Rn. 5) und regelmäßig Formulierungen verwendet, die auf anzustrebende Zielsetzungen ohne Verbindlichkeit hinweisen [„DG Competition will endeavour“, z.B. Rn. 15, 17, 54]. Das sanktionsbewährte europäische Kartell- und Missbrauchsverfahren an sich ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten kritisch zu sehen: **Die Kommission hat alle Fäden in der Hand. Sie befindet sich in der Rolle sowohl der Ermittlungs- und Anklagebehörde als auch des Richters.** Administrativ beherrscht die GD Wettbewerb das Verfahren. Den betroffenen Unternehmen wird eine neutrale Entscheidungsinstanz vorenthalten, die nicht bereits durch Ermittlungstätigkeiten voreingenommen ist. Letztlich entscheidet das Kommissarskollegium über den Verstoß gegen Wettbewerbsrecht, obwohl nur der Wettbewerbskommissar und die GD Wettbewerb einen Fall wirklich kennen. An der Anhörung nehmen die Kommissare selbst nicht teil – noch nicht einmal der Wettbewerbskommissar. Sie werden lediglich darüber informiert und beraten.

**Diese Verfahrensmängel werden durch die Einrichtung des Anhörungsbeauftragten nicht ausgeglichen**, auch wenn er die Anhörung der Parteien „in voller Unabhängigkeit“ durchführen soll (Art. 14 Abs. 1 VO (EG) Nr. 773/2004). Seine Position ist nicht neutral, da er von der Kommission ernannt wird, dem Wettbewerbskommissar unterstellt ist und Entscheidungen zur Durchführung der Anhörung oft nur in Rücksprache mit dem zuständigen Direktor der GD Wettbewerb ausüben darf [vgl. Art. 6 f., 11 f. Beschluss (2001/462/EG)].

**Wesentliche Verfahrensaspekte sollten gesetzlich geregelt werden**, da das Rechtsstaatsprinzip gebietet, Rechtssicherheit in Verfahrensfragen zu schaffen und damit einen gerechten Verfahrensablauf zu garantieren. Das betrifft etwa das Auskunfts- und Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmen und das Anwaltsprivileg als Schutz der Korrespondenz zwischen Unternehmen und Anwalt. Bislang handelt es sich dabei um Bereiche, die maßgeblich von der europäischen Rechtsprechung geprägt werden.

So ist die grundsätzliche Differenzierung zwischen unternehmensexternen und -internen Anwälten sachlich nicht gerechtfertigt [vgl. aber die restriktive Rechtsprechung EuGH, Rs. C-155/79, Rn. 21, 24; EuG, Rs. T-125/03 und T-253/03, Rn. 168]. Die zurückhaltende Rechtsprechung zum Auskunfts- und Zeugnisverweigerungsrecht erkennt bislang nur ein eingeschränktes Auskunftsverweigerungsrecht der Unternehmen an, indem Antworten verweigert werden können, die das Eingeständnis einer Zuwiderhandlung beinhalten [EuGH, Rs. C-374/87, Rn. 35; EuG, Rs. T-112/98, Rn. 67].

Virulent werden rechtsstaatliche Aspekte des europäischen Kartellverfahrens, wenn die EU der Europäischen Menschenrechtskommission (EMRK) beitrifft, wie es der Lissabon-Vertrag vorsieht (Art. 6 Abs. 2 EUV). Das Rechtssystem der EU wird damit der externen Kontrolle des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte unterworfen. Das europäische Kartellverfahren in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung könnte gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstoßen (festgelegt in Art. 6 EMRK), wenn der Gerichtshof zu dem Schluss kommt, dass es sich um ein als strafrechtlich zu charakterisierendes Verfahren handelt. Bei der Auslegung der strafrechtlichen Anklage im Sinne des Art. 6 EMRK sind unter anderem die allgemeine Natur der Verfehlungsnormen und die Art und Schwere der drohenden Sanktion entscheidende Kriterien (sogenannte „Engel-Kriterien“ – vgl. EGMR Nr. 39665/98 u. 40086/98 – Urteil vom 9. Oktober 2003, 1. Leitsatz). Bei den europäischen Wettbewerbsregeln handelt es sich um allgemein anwendbare Normen, die darauf abzielen, in der gesamten EU freien Wettbewerb zu gewährleisten. Das europäische Verwaltungsrecht zur Durchführung der Wettbewerbsregeln statuiert zwar, dass Bußgeldentscheidungen keinen strafrechtlichen Charakter haben (Art. 23 Abs. 5); aber nicht abzustreiten ist, dass Bußgelder für Fehlverhalten der Unternehmen bestrafen und gleichzeitig abschrecken sollen.

### Alternatives Vorgehen

Den unverbindlichen „Best Practices“-Leitlinien der Kommission wäre eine Reform der sekundärrechtlichen Grundlagen des Kartellverfahrens vorzuziehen. Erster Schritt zu einer Verbesserung könnte eine Aufwertung der Position des Anhörungsbeauftragten sein, indem ihm mehr Unabhängigkeit von der Kommission eingeräumt wird.

### Mögliche zukünftige Folgemaßnahmen der EU

Zwar unwahrscheinlich, wenn auch nicht völlig auszuschließen ist, dass die Kommission die Leitlinien entsprechend den im Rahmen des Konsultationsverfahrens eingereichten Beiträgen ändert. Die Beiträge werden nach ihrer Veröffentlichung einzusehen sein unter: <http://ec.europa.eu/competition/consultations/closed.html>.

### Zusammenfassung der Bewertung

Die „Best Practices“-Leitlinien zum Ablauf bei europäischen Kartell- und Missbrauchsverfahren verschaffen einen hilfreichen Überblick, bieten aber aufgrund ihrer Unverbindlichkeit keine verlässlichen Anhaltspunkte: Unklar ist, inwieweit sich die Kommission im konkreten Fall an die in den Leitlinien gemachten Angaben halten wird, da sie sich allgemein vorbehält, gegebenenfalls davon abzuweichen. Das Kartell- und Missbrauchsverfahren bleibt rechtsstaatlich bedenklich. Erforderlich wäre eine sekundärrechtliche Reform.