

## Teil 1 - Grundlagen

### I. Einleitung

*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible, indeed, to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies; much less render them necessary.*

Adam Smith  
*The Wealth of Nations*

*Zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens zählt das Recht auf ein faires Verfahren ... Der Anspruch auf ein faires Verfahren ist durch das Verlangen nach verfahrensrechtlicher Waffengleichheit von Ankläger und Beschuldigtem gekennzeichnet.*

BVerfGE 38, 105, 111

Mit dem Beitritt 10 neuer Staaten zur EU<sup>1</sup> am 1. Mai 2004 wurde die über 40 Jahre bestehende Verordnung (EG) Nr. 17/62<sup>2</sup> durch die Kartellverfahrensordnung (EG) Nr. 1/2003<sup>3</sup> abgelöst. Damit einher ging ein Systemwechsel von einem zentralisierten Anmelde- und Genehmigungsverfahren zu einem System der Legalausnahme. Danach ist ein Verhalten, welches die Voraussetzungen des Art. 81 III EGV erfüllt, nunmehr unmittelbar freigestellt, ohne dass es der Entscheidung einer Kartellbehörde bedarf. Dieses Verständnis wird in Art. 1 II VO Nr. 1/2003 kodifiziert. In Verbindung mit der ebenfalls neu geschaffenen Fusionskontrollverordnung (EG) Nr. 139/2004 wurden für den Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts die bis dato größten Reformvorhaben umgesetzt, ergänzt durch die Verabschiedung begleitender Rechtstexte.

Dabei ist das Verfahrensrecht an sich kein Schwerpunkt der Reform. Der vom Gesetzgeber herbeigeführte Wechsel zum System der Legalausnahme hat jedoch auch Auswirkungen auf das Kartellverfahrensrecht und seine Bedeutung. So wurden zum Beispiel die Ermittlungsbefugnisse der Kommission wesentlich erweitert. Mehr denn je besetzt diese lebendige Materie eine Schlüsselposition für die Durchsetzung der materiellen Vorschriften. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass viele Rechtsstreitigkeiten durch das Verfahrensrecht entschieden werden.<sup>4</sup> Knapp vier Jahre nach in Kraft treten der VO Nr. 1/2003 werden darüber hinaus zunehmend Klagen gegen kartellrechtliche Entscheidungen der Kommission im Kartellverwaltungsverfahren

<sup>1</sup> Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Zypern.  
<sup>2</sup> Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des Vertrages, Abl. Nr. P 013 vom 21. Februar 1962, S. 204.  
<sup>3</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl. Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1; im folgenden abgekürzt als VO Nr. 1/2003.  
<sup>4</sup> *de Bronett*, Vorbemerkung Rn. 26; *Schmidt*, BB 2003, 1237.

auch auf die Verletzung von Grundrechten gestützt.<sup>5</sup> Die zunehmende Bedeutung der Grundrechte kann dabei als Ausdruck einer Konstitutionalisierung in der EU verstanden werden.<sup>6</sup> Der Grundrechtsschutz und das Kartellverfahren stehen in wechselseitiger Beziehung.

Diese Arbeit nimmt den Bedeutungszuwachs der Verfahrensrechte in der Kartellverfahrensordnung zum Anlass für eine Untersuchung, welche Konsequenzen sich für Unternehmen aus der Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse der Kommission ergeben. Die Untersuchung berücksichtigt dabei die drei Ermittlungsbefugnisse, denen in der Praxis der Kommission die größte Bedeutung zugemessen wird. Dies sind (1) das Auskunftsrecht (Art. 18 VO Nr. 1/2003), sowie (2) das Nachprüfungsrecht bei Unternehmen (Art. 20 VO Nr. 1/2003) und (3) das Nachprüfungsrecht in „anderen Räumlichkeiten“ (Art. 21 VO Nr. 1/2003).<sup>7</sup> Eine Bestandsaufnahme stellt zunächst die jeweiligen Normen dar und arbeitet die bereits existierenden Grundsätze im Bereich der Ermittlungsbefugnisse und der Verteidigungsrechte heraus. Sodann wird deren Entwicklung mit den korrespondierenden Vorschriften der (alten) VO Nr. 17/62 verglichen. Als Kernpunkt werden aktuelle Probleme bei der Anwendung dieser Normen analysiert. Dabei kommt die Arbeit immer wieder zurück auf die zentrale Frage, ob der Zuwachs der Befugnisse seitens der Kommission einen „gerechten“ Ausgleich im Hinblick auf die Verteidigungsrechte der Unternehmen erfahren hat. Praktische Beispiele von Anwendungsproblemen der Kartellbehörden und der betroffenen Unternehmen werden anhand der bereits ergangenen Rechtsprechung untersucht. Rechtliche Bedenken, Lücken im Sekundärrecht und die Bedeutung des Grundrechtsschutzes werden aufgezeigt und Lösungsansätze entwickelt.

---

<sup>5</sup> Allein im Jahre 2001 beriefen sich in 78 von insgesamt 196 entschiedenen Verfahren, an denen Unternehmen beteiligt waren, die Betroffenen auf eine Verletzung ihrer Verfahrensgrundrechte und -garantien; also in rund 40% der Fälle. In 32 der Verfahren waren die Kläger deutsche Unternehmen; *Hilf*, NJW 2003, 1, 7; *Schwarze*, NJW 2005, 3459, 3460; *Weiß*, EuZW 2006, 263 Fn. 3 mit Verweis auf *Ameje*, ECLR 2004, 332, 333.

<sup>6</sup> *Weiß*, EuZW 2006, 263.

<sup>7</sup> Unberücksichtigt bleiben daher das Recht zur Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige (Art. 17 VO Nr. 1/2003), sowie das Recht zur Befragung (Art. 19 VO Nr. 1/2003).

## II. Entstehung eines neuen Systems

### 1. Weißbuch vom 12. Mai 1999<sup>8</sup> - Entstehungsgeschichte

Der Rat der Europäischen Gemeinschaft erließ 1962 die Verordnung Nr. 17, als erste Durchführungsverordnung zu den ex-Art. 85 und 86 (heute Art. 81 und 82 EGV). Damit wurde ein System geschaffen, das auf der unmittelbaren Anwendbarkeit der Verbotsvorschriften des Art. 81 I EGV und der vorherigen Anmeldung möglicherweise wettbewerbsbehindernder Vereinbarungen zum Zwecke ihrer Freistellung nach Art. 81 III EGV beruhte. Für die Freistellung war allein die Kommission zuständig. Das System ermöglichte es, Art. 81 EGV in der gesamten EG einheitlich durchzusetzen und die Marktintegration zu fördern, indem die Unternehmen von der Wiedererrichtung von Hindernissen abgehalten wurden, die die Mitgliedstaaten nach und nach abgebaut hatten. Durch dieses System wurde eine europäische „Wettbewerbskultur“<sup>9</sup> geschaffen, nachdem in den Anfangsjahren des gemeinsamen Marktes die Wettbewerbspolitik in weiten Teilen der Gemeinschaft noch gar nicht bekannt war.

Im Jahre 1999 gelangte die Kommission zu dem Schluss, dass sich das System, obwohl es gut funktionierte, nicht mehr für eine Gemeinschaft mit (damals) 15 Mitgliedstaaten, 11 Arbeitssprachen und 350 Mio. Einwohnern eigne.<sup>10</sup> Sie formulierte ihre Bedenken im Weißbuch vom 12. Mai 1999 und legte gleichzeitig ein neues Verfahrensmodell zur Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften in Art. 81 ff. EGV vor. Als Gründe für ihre Überlegungen wurden dem durch die Verordnung (EG) Nr. 17/62 ins Leben gerufenen System immanente Gründe, aber auch externe, die Entwicklung der Gemeinschaft betreffende Faktoren gesehen. Dem System immanente Gründe beruhen auf dem zentralisierten Genehmigungssystem sowie dem Freistellungsmonopol der Kommission. Dieses veranlasste Unternehmen, eine Vielzahl von Vereinbarungen in Brüssel anzumelden, nicht nur um Rechtssicherheit zu erlangen, sondern auch um Verfahren vor den staatlichen Gerichten und staatlichen Wettbewerbsbehörden zu blockieren. Als Folge dessen wurden die Bemühungen zur Förderung einer dezentralen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts vereitelt, worunter wiederum die konsequente Durchsetzung des Wettbewerbsrechts litt.<sup>11</sup>

Die Kommission forderte die Mitgliedstaaten und alle interessierten Kreise auf, an einer breit angelegten Diskussion über den Kommissionsvorschlag teilzunehmen.<sup>12</sup> Im Rahmen des Meinungsbildungsprozesses wurden insbesondere in Deutschland im Vorfeld der VO Nr. 1/2003 heftige Debatten geführt.<sup>13</sup> Die Kritikpunkte konzentrierten sich vornehmlich auf den Verlust der Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen und die Gefahr der fehlenden Kohärenz der Anwendung der EG-Wettbewerbsvorschriften in der Gemeinschaft.<sup>14</sup> Darüber hinaus wurde anfänglich vorgebracht, das Konzept der Legalausnahme und das damit einhergehende Verständnis des Art. 81 III EGV sei vom Wortlaut des Vertrages und der Entstehungsgeschichte nicht mehr gedeckt.<sup>15</sup> Mittlerweile haben sich auch die Kritiker mit der rechtlichen Realität abgefunden und konzentrieren sich darauf, zur Verbesserung der Re-

<sup>8</sup> Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV, ABI. 1999 Nr. C 132.

<sup>9</sup> Weißbuch, S. 3.

<sup>10</sup> Weißbuch, S. 3.

<sup>11</sup> Weißbuch, S. 3.

<sup>12</sup> Weißbuch, Rn. 140.

<sup>13</sup> Schmidt, BB 2003, 1237.

<sup>14</sup> Bartosch, EuZW 2001, 101, 102; Möschel, JZ 2000, 61

<sup>15</sup> Weitbrecht, EuZW 2003, 69, 70.

form beizutragen und nicht mehr darauf, ihre Aufgabe zu fordern.<sup>16</sup> Da sich die Diskussion im Wesentlichen nicht mit den Ermittlungsbefugnissen beschäftigt, kann vorliegend auf eine nähere Betrachtung verzichtet werden.

Im Anschluss an den Austausch/die Abgabe der Stellungnahmen veröffentlichte die Kommission am 27. September 2000 einen Verordnungsvorschlag<sup>17</sup>, in dem der durch sie vorgeschlagene Weg weiter beschritten und die von ihr vorgeschlagenen Verfahrensgrundsätze in konkrete Normen gekleidet wurden. In leicht veränderter Form wurde dieser Verordnungsentwurf am 16. Dezember 2002 durch den Rat formell angenommen – als VO Nr. 1/2003.

## **2. Rolle der Ermittlungsbefugnisse in der VO Nr. 1/2003**

In ihrem Weißbuch schlug die Kommission vor, dass im Rahmen der geplanten Reform die Untersuchungsbefugnisse der Kommission verstärkt, dafür aber auch die Beschwerden erleichtert und die Sanktionsregeln angepasst werden.<sup>18</sup> Vorausgegangen war dieser Überlegung kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Systemwechsel und der Verstärkung der Ermittlungsbefugnisse. Auslöser war vielmehr die verstärkte Entdeckung von „Hardcore“-Kartellen. Zwar ist der Kommission mit der Abkehr vom bisherigen Anmeldesystem nach der VO (EG) 17/62 unweigerlich eine Informationsquelle verloren gegangen. Jedoch kam dieser im Hinblick auf die Aufdeckung von „hard core“-Verstößen keine grundlegende Bedeutung zu, da solche in der Regel nicht angemeldet wurden.<sup>19</sup> Folglich wurde die Forderung der Kommission nach einer Ausweitung ihrer Ermittlungsbefugnisse weniger durch einen Ausgleich des zu erwartenden Informationsverlustes bedingt, als durch das Bemühen, die bei der Anwendung der Art. 11 bis 13 der VO (EG) 17/62 in der Praxis aufgetretenen Schwierigkeiten beim Nachweis versteckter Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen.<sup>20</sup>

## **3. Ermittlungsbefugnisse im Überblick**

Zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben kann die Kommission alle erforderlichen Auskünfte einholen und alle erforderlichen Nachprüfungen vornehmen. Der Rahmen und die nähere Maßgabe hierfür werden vom Rat gemäß den Bestimmungen des EG-Vertrages (nach der Ratifizierung des Vertrags von Lissabon als Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union), in Kapitel V, festgelegt.<sup>21</sup> Darüber hinaus enthält Kapitel V auch die Ermittlungsbefugnisse der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten.

Bestandteil der durch die VO Nr. 1/2003 geschaffenen Reform war es – wenn auch nur flankierend – die Ermittlungs-, Entscheidungs- und Sanktionsbefugnisse der Kommission zu stärken. So wurde beispielsweise das Recht zur Zeugenvernehmung in Art. 19, sowie die Durchsuchung in nicht-geschäftlichen Räumen in Art. 21 VO Nr. 1/2003 neu geschaffen. Daneben wurden das Auskunftsverlangen in Art. 18 und die Nachprüfung in Art. 20 VO Nr. 1/2003 erweitert und detaillierter geregelt. Dabei regelt

---

<sup>16</sup> *Bechtold*, BB 2000, 2425.

<sup>17</sup> *Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln vom 27.09.2000, KOM (2000) 582 endg., ABl. Nr. C 365/284.

<sup>18</sup> Weißbuch, Rn. 108.

<sup>19</sup> *Klees*, § 9, Rn. 2.

<sup>20</sup> *Klees*, § 9, Rn. 3.

<sup>21</sup> Art. 284 EGV.

die VO Nr. 1/2003 jedoch grundsätzlich nicht das Verfahren der nationalen Behörden bei der Anwendung von Art. 81 ff. EGV.<sup>22</sup>

Die neue Kartellverfahrensordnung Nr. 1/2003 greift im Verfahren zur Durchsetzung der Art. 81 und 82 EGV durch die Regelung der Beweislast (Art. 2), die Bestimmung des anzuwendenden materiellen Rechts (Art. 3), die Aufzählung der Entscheidungsarten, die den nationalen Behörden zur Verfügung stehen (Art. 5), und die Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit der Kommission (Art. 11 ff.) erheblich in die Rechte der betroffenen Unternehmen ein.

Demgegenüber trifft die Verordnung in Art. 27 und 28 eine Reihe von Vorkehrungen, um die betroffenen Unternehmen zu schützen. Dies betrifft sowohl die Anhörung der Parteien, als auch den Schutz des Berufsgeheimnisses. Obgleich Art. 27 als erste Vorschrift im Kartellverfahrensrecht ausdrücklich die Notwendigkeit anerkennt, das Recht auf Verteidigung zu respektieren, ist eine Aufwertung desselben nicht erfolgt.<sup>23</sup> Die Kommission hat die Rechtsstellung des Betroffenen im Verfahren bisher nur insoweit gesichert, wie es die Rechtsprechung des EuGH gefordert hat. Somit ergibt sich aus der Neufassung der Kartellverfahrensordnung möglicherweise ein Interessenwiderstreit zwischen dem Schutz des effektiven Wettbewerbs durch die Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse der Kommission und dem Schutz der betroffenen Unternehmen.

Die Kommission bzw. die Kartellbehörden greifen im Rahmen ihrer Ermittlungsbefugnisse in eine Fülle von Individualrechtspositionen der Betroffenen ein, auf die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Verfahrens und die Kartellbehörden bei der Auslegung der gesetzlichen Grundlagen Rücksicht nehmen müssen. Darunter fallen sowohl der Schutz des befriedeten Besitzes und der Berufsfreiheit, als auch aus dem Straf- und Verwaltungsrecht entlehnte Verfahrensgrundsätze.<sup>24</sup> Wo die Kartellverfahrensordnung zum Grundrechtsschutz schweigt, etwa in Bezug auf Aussageverweigerungsrechte, den Schutz der Kommunikation mit dem Anwalt oder dem „ne bis in idem“-Grundsatz, müssen die „grundrechtlichen Lücken“<sup>25</sup> durch die Rechtsprechung gefüllt werden.

Bei zunächst oberflächlicher Betrachtung scheinen die Ermittlungsbefugnisse der VO (EG) 17/62 denen der VO Nr. 1/2003 zu ähneln. Bei näherer Betrachtung ergeben sich jedoch auch in diesem Bereich wichtige Änderungen. Die neu geschaffene Möglichkeit der Zeugenvernehmung gemäß Art. 19 VO Nr. 1/2003 und der Nachprüfung in Privatwohnungen gemäß Art. 21 VO Nr. 1/2003, sowie die Ausweitung des Fragerechts der Kommissionsbediensteten gemäß Art. 20 II e VO Nr. 1/2003 und dem Recht der Versiegelung von betrieblichen Räumlichkeiten und Geschäftsunterlagen gemäß Art. 20 II d VO Nr. 1/2003 stellen die bedeutendsten Änderungen dar.

#### **4. VO Nr. 1/2003 - Struktur des Kartellverfahrens**

Die VO Nr. 1/2003 regelt ein mehrphasiges Kartellverfahren.<sup>26</sup> Die erste Phase ist mit dem Anlegen einer Akte durch die zuständige Dienststelle der Kommission, der Generaldirektion für Wettbewerb, verbunden. Es werden die Umstände ermittelt, die der Kommission die Entscheidung darüber ermöglichen, ob sie einer Beschwerde eines

<sup>22</sup> Es gilt insoweit der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten; EuGH, C-60/92 – Slg. 1993, I-5683, Rn. 14 – Otto/Postbank.

<sup>23</sup> Weiß/Creus, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht Bd. 1, Art. 27, Rn. 23f.

<sup>24</sup> Beispielsweise *nemo tenetur, ne bis in idem* oder die Unschuldsvermutung.

<sup>25</sup> Weiß, EuZW 2006, 263, 264.

<sup>26</sup> *de Bronett*, Vorbemerkung, Rn. 11.

Konkurrenten stattgeben kann, diese zurückweisen muss oder von Amts wegen ein Verfahren einzuleiten ist. Um die Tatsachen und rechtlichen Gesichtspunkte zu klären, die den Gegenstand des Verfahrens bilden, kann neben informellen und förmlichen Ermittlungshandlungen auch ein informeller Meinungs- und Informationsaustausch zwischen der Generaldirektion für Wettbewerb und den beteiligten Unternehmen durchgeführt werden.

Unabhängig davon bzw. ohne oder jedenfalls schon vor der Einleitung eines Verfahrens zum Erlass einer Entscheidung nach Art. 7 bis 10 VO Nr. 1/2003, kann die Kommission ihre Ermittlungsbefugnisse ausüben.<sup>27</sup> Jedoch darf die Kommission nicht „ins Blaue hinein“ ermitteln. Ermittlungshandlungen der Kommission erfordern das Vorliegen eines Anfangsverdachts.

Mit der vorläufigen Beurteilung der ermittelten Umstände durch die Kommission selbst beginnt die zweite Phase. Die Kommission eröffnet das Verfahren gemäß Art. 11 VI VO Nr. 1/2003, sofern sie beabsichtigt, einer der im Kapitel II der VO Nr. 1/2003 genannten Entscheidungen oder eine Bußgeldentscheidung zu erlassen. Um den von der Entscheidung betroffenen Unternehmen die Gelegenheit zu geben, sich zu den Beschwerdepunkten zu äußern, teilt sie diesen, sowie interessierten Dritten und der Öffentlichkeit die Ergebnisse ihrer Beurteilung mit.

In der dritten Phase erlässt die Kommission aufgrund der zuvor ermittelten Umstände und unter Einbeziehung der Anhörung der betroffenen Unternehmen eine Endentscheidung. Diese wird den beteiligten Unternehmen zugestellt (Art. 254 III EGV) und die Öffentlichkeit über die erlassene Entscheidung unterrichtet. (Art. 30 VO Nr. 1/2003). Verfahrensrechtlich nicht vorgesehen ist dagegen, dass die Kommission die Öffentlichkeit darüber unterrichtet, ob und mit welchen Mitteln die betreffenden Unternehmen Zuwiderhandlungen abgestellt oder Verpflichtungszusagen erfüllt haben. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit ausgewählten Ermittlungsbefugnissen der Kommission in Phase I.

---

<sup>27</sup> *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, Vorb. zu Art. 17-22 Rn. 334.