

Gleiss Lutz

Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der
Europäischen Gemeinschaft

Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis
und Reformvorschläge

von

Prof. Dr. Jürgen Schwarze

und

Prof. Dr. Rainer Bechtold

Dr. Wolfgang Bosch

Gleiss Lutz Rechtsanwälte

September 2008

Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der
Europäischen Gemeinschaft

Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis
und Reformvorschläge

Wir danken der Schindler Holding AG,
Hergiswil, Schweiz,
für die Unterstützung dieser Studie.

© Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Stuttgart, 2008

Das Werk ist in all seinen Teilen urheberrechtlich geschützt.

Prof. Dr. Jürgen Schwarze und Prof. Dr. Rainer Bechtold, Dr. Wolfgang Bosch, Gleiss Lutz Rechtsanwälte

Inhalt

A. Zusammenfassung	5
B. Einführung	8
C. Die europäische Bußgeldpraxis im Lichte übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze sowie von Grundsätzen internationalen Rechts	13
I. Einführung	13
II. Der EU/EG-Vertrag, allgemeine rechtsstaatliche Verfassungsgrundsätze, die EMRK und die Grundrechte-Charta als übergeordnete Kontrollmaßstäbe	13
1. EU/EG-Vertragsrecht	13
2. Allgemeine rechtsstaatliche Verfassungsgrundsätze	13
3. Die EMRK	14
4. Die Grundrechte-Charta	14
III. Die Kontrolle am Maßstab der rechtsstaatlichen Gebote der gesetzlichen Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit sowie des Rückwirkungsverbots	15
1. Verletzung der gesetzlichen Bestimmtheit auch bei Einordnung der Bußgelder als Sanktionen ohne strafrechtlichen Charakter	15
2. Verletzung der gesetzlichen Bestimmtheit und des Rückwirkungsverbots erst recht bei Einordnung der Geldbußen als strafrechtsähnliche Maßnahmen	21
3. Keine stichhaltigen Einwände gegen die Annahme einer Verletzung des Prinzips der Gesetzlichkeit und des Grundsatzes des Vertrauensschutzes	26
4. Schlussfolgerung	29
IV. Die Kontrolle am Maßstab der Unschuldsvermutung und der Selbstbelastungsfreiheit	30
1. Die rechtsstaatliche Problematik des Bußgeldverfahrens unter dem Blickwinkel der Unschuldsvermutung und Selbstbelastungsfreiheit	30
2. Die Anerkennung der Unschuldsvermutung für Unternehmen im Bußgeldverfahren durch die Gemeinschaftsgerichte	30
3. Vergleich der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte mit der des EGMR	31
4. Gründe für einen Verstoß gegen die Grundsätze der Aussagefreiheit und der Unschuldsvermutung nach Maßgabe der EMRK und der Grundrechte-Charta	32
5. Die Erstreckung speziell des Schutzes durch die Aussagefreiheit auf juristische Personen	37
6. Ergebnis	39
D. Spezifische Mängel im derzeitigen System des Kartellrechts der Europäischen Gemeinschaft	40
I. Materielles Recht	40
1. Das Bußgeldsystem des Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 und der Bußgeld-Leitlinien ist rechtswidrig	40
2. Die Höhe der Geldbuße sollte in erster Linie den erzielten Gewinn abschöpfen	43
3. Unzureichende Voraussetzungen für Vorsatz und Fahrlässigkeit im derzeitigen Gemeinschaftsrecht sowie unklare Regelungen für die Haftung von Unternehmen für ihre Mitarbeiter	45
4. Ungenügende Vorschriften bezüglich der Haftung von Muttergesellschaften	48

II. Verfahrensrecht	50
1. Das Verfahren vor der Kommission ist weder fair noch transparent	50
2. Die Kronzeugen-Mitteilung ist rechtswidrig	52
3. Eingeschränkte Nachprüfung der Entscheidungen der Kommission durch die Gemeinschaftsgerichte	55
E. Korrekturen und politische Änderungen im Gemeinschaftsrecht	63
I. Compliance-Programme und andere Maßnahmen zur Verhinderung von Verstößen gegen das Kartellrecht	63
1. Praxis der Kommission und der Gemeinschaftsgerichte	64
2. Diskriminierung der Unternehmen mit (effektiven) Compliance-Programmen aufgrund der Kronzeugen-Mitteilung	65
3. Würdigung und Schlussfolgerungen	66
II. Sanktionen gegen natürliche Personen	66
1. Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft, Kriminalstrafen gegen natürliche Personen einzuführen?	66
2. Wirkungen von Sanktionen auf natürliche Personen	68
III. Neues Kronzeugen-System	69
IV. Änderungen des neu eingeführten Vergleichsverfahrens	69
1. Das Vergleichsverfahren	70
2. Würdigung und Schlussfolgerungen	72
V. Reform der gerichtlichen Kontrolle von Kommissionsentscheidungen im EG-Kartellrecht	73
1. Maßnahmen de lege lata	73
2. Maßnahmen de lege ferenda	75
F. Reformvorschläge	79
I. Reformvorschläge, die unter dem bestehenden Rechtssystem durchgesetzt werden könnten	79
1. Beachtung der Verteidigungsrechte wie in Strafverfahren	79
2. Korrekturen am Kronzeugen-System	79
3. Vollumfängliche gerichtliche Kontrolle	80
4. Geldbußen dürfen nicht die Qualität strafrechtlicher Sanktionen erreichen	80
5. Zusammenhang zwischen den Geldbußen und den Auswirkungen der Zuwiderhandlung	80
6. Reform der Grundsätze über die Zurechnung der Verantwortung für Kartellrechtsverstöße auf Unternehmen	80
7. Reform der Voraussetzungen für die Haftung von Konzernobergesellschaften	80
II. Reformvorschläge, die Veränderungen am bestehenden Rechtssystem erfordern ...	81
1. Einfügung von detaillierten Grundsätzen zur Bußgeldberechnung in die VO 1/2003	81
2. Rechtsgrundlage für das Kronzeugen-System	81
3. Rechtsgrundlage für die Haftung von Muttergesellschaften	81
4. Geldbußen gegen natürliche Personen	81
5. Änderungen des neu eingeführten Vergleichsverfahrens	82
6. Einführung eines neuen bi-institutionalen Verfahrens: Die Kommission als „Anklagebehörde“, über deren Anträge die Gemeinschaftsgerichte entscheiden	82
Abkürzungsverzeichnis	83

A. Zusammenfassung

Die von der Europäischen Kommission wegen Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht verhängten Geldbußen sind während der letzten Jahre auf ein historisches Niveau gestiegen.

Statistiken über die Bußgeldpraxis der Europäischen Kommission zeigen, dass die verhängten Geldbußen spätestens seit 2006 jeden angemessenen Bereich verlassen haben. Während bis 2005 der Gesamtbetrag an Geldbußen, der im Laufe eines Jahres verhängt wurde, stets unter EUR 1 Milliarde blieb und der Durchschnitt pro Unternehmen EUR 20 Millionen nicht überschritt, war der Gesamtbetrag der Geldbußen zwei Jahre später – im Jahr 2007 – schon um mehr als das Dreifache angestiegen. Allein im Fall *Aufzüge und Fahrtreppen* im Jahr 2007 verhängte die Europäische Kommission eine Gesamtgeldbuße in Höhe von etwa EUR 992 Millionen und verfehlte damit nur knapp die Milliarden-Schwelle in einem einzigen Fall. Gegen *ThyssenKrupp* allein wurden in diesem Verfahren EUR 479 Millionen verhängt.

Die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Grundlagen für Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission weisen erhebliche Mängel auf.

Die Kommission stützt ihre Bußgeldentscheidungen auf Art. 23 Verordnung 1/2003. Diese Vorschrift ist nicht hinreichend bestimmt und verstößt gegen den *nulla poena sine lege certa*-Grundsatz. Art. 23 Abs. 2 Verordnung 1/2003 legt die maximale Höhe der Geldbuße auf 10% des Gesamtumsatzes des beteiligten Unternehmens fest. Bei großen Konzernen kann die maximale Geldbuße also mehrere Milliarden Euro betragen. Art. 23 Abs. 3 Verordnung 1/2003 benennt lediglich zwei Kriterien, um diesen weiten Bußgeldrahmen auszufüllen: Die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung müssen bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße berücksichtigt werden. Dies genügt den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots nicht.

Der Versuch der Europäischen Kommission, die Unbestimmtheit von Art. 23 Verordnung 1/2003 durch den Erlass von Bußgeld-Leitlinien zu heilen, gelingt nicht. Dem Bestimmtheitsgrundsatz kann nur durch formelle Gesetzgebungsakte, nicht aber durch Verwaltungsleitlinien oder Verwaltungspraxis Genüge getan werden. Der Europäische Gerichtshof hat anerkannt, dass die Legislative der Europäischen Gemeinschaft die wesentlichen Elemente einer Regelung selbst festlegen muss. Durch die Nennung der Kriterien der Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung sowie der Bestimmung der 10%-Kappungsgrenze in Art. 23 Verordnung 1/2003 hat der europäische Gesetzgeber aber offensichtlich nicht alle wesentlichen Elemente für die Festsetzung der Geldbußen im europäischen Kartellrecht festgelegt.

Auch die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und der Gemeinschaftsgerichte zu den Voraussetzungen fahrlässigen oder vorsätzlichen Verhaltens für die Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen weist gravierende Mängel auf. So ist es zum

Beispiel nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes nicht erforderlich, dass die Kommission die Personen identifiziert, die vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben und deren Verhalten anschließend den Unternehmen zugerechnet wird. Zudem unterscheiden die Europäische Kommission und die Gemeinschaftsgerichte nicht klar zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Defizite bestehen auch bei der Haftung von Muttergesellschaften für Zuwiderhandlungen ihrer Tochtergesellschaften. Auch wenn nur die Tochtergesellschaft gegen das Kartellrecht verstoßen hat, verhängt die Europäische Kommission regelmäßig die Geldbuße gesamtschuldnerisch auch gegen die Muttergesellschaft. Zur Mithaftung von Muttergesellschaften gibt es aber keine klaren rechtlichen Grundlagen. Das Rechtsstaatsprinzip und insbesondere der Bestimmtheitsgrundsatz verlangen, dass die Grundsätze der Haftung der Muttergesellschaft für Zuwiderhandlungen der Tochtergesellschaft von der europäischen Gesetzgebung und nicht von der Europäischen Kommission oder den Gemeinschaftsgerichten festgelegt werden.

Auch die Kronzeugen-Mitteilung der Kommission begegnet grundlegenden rechtsstaatlichen Bedenken. Sie verstößt zum einen gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung (*in dubio pro reo*), weil sie zu einer Beweislastumkehr zu Lasten der Unternehmen führt. Nach der Kronzeugen-Mitteilung muss ein Unternehmen eingestehen, dass es selbst und andere Unternehmen Art. 81 Abs. 1 EG verletzt haben, wenn es für den Erlass oder die Ermäßigung der Geldbuße in Frage kommen will. Daneben verletzt die Kronzeugen-Mitteilung den *nemo tenetur*-Grundsatz, nach dem niemand verpflichtet werden darf, sich selbst zu belasten. In der Praxis kann es sich angesichts der äußerst hohen Geldbußen kein Unternehmen leisten, von den Möglichkeiten der Kronzeugen-Mitteilung keinen Gebrauch zu machen. Damit zwingt die Kronzeugen-Mitteilung in Verbindung mit den in exzessiver Weise angestiegenen Geldbußen die Unternehmen zu einer Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission und damit auch dazu, eine Zuwiderhandlung zu gestehen und sich selbst zu belasten.

Ein weiteres Manko liegt in der nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle der Bußgeldentscheidungen der Kommission. Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich zum einen auf die Anträge der Parteien, d. h. die Gemeinschaftsgerichte überprüfen nicht von Amts wegen vollumfänglich den von der Europäischen Kommission ermittelten Sachverhalt. Zum anderen haben die betroffenen Unternehmen kaum die Möglichkeit, Zeugen zu vernehmen, und die Gerichte wenden keine eigenen Maßstäbe für die Bußgeldberechnung, sondern lediglich die Maßstäbe der Europäischen Kommission an. Dies verletzt die Rechtsschutzgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

Diese Defizite erfordern insbesondere folgende Modifikationen des Kartellrechts der Europäischen Gemeinschaft:

1. Hinreichend bestimmte Vorschriften über die Festsetzung der Geldbußen, die eine Vorhersage der Höhe der Geldbuße ermöglichen, sind in die Verordnung 1/2003 aufzunehmen.
2. Es ist sicherzustellen, dass eine Geldbuße gegen ein Unternehmen nur dann verhängt werden kann, wenn die Verletzungshandlung durch fahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten von einer oder mehrerer Einzelpersonen klar nachgewiesen ist. Außerdem muss geprüft werden, ob das Verhalten dieser Einzelperson dem Unternehmen zugerechnet

werden kann, entweder weil sie ein gesetzlicher Vertreter des Unternehmens ist, oder weil diese Einzelperson durch die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens nicht ausreichend überwacht wurde.

3. Die Grundsätze über die Haftung von Muttergesellschaften für Zuwiderhandlungen ihrer Tochtergesellschaften sind vom Gemeinschaftsgesetzgeber klar festzulegen.
4. Bemühungen von Unternehmen um rechtmäßiges Verhalten, wie z.B. durch Compliance-Programme, müssen von der Europäischen Kommission bei der Prüfung, ob das Unternehmen dem Grunde nach haftet – jedenfalls aber bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße – berücksichtigt werden.
5. Geldbußen dürfen keine strafrechtlichen Sanktionen sein. Daher dürfen die von der Europäischen Kommission verhängten Geldbußen nicht das Niveau solcher strafrechtlicher Sanktionen erreichen. Abschreckung und Generalprävention dürfen keine entscheidende Rolle bei der Festsetzung der Geldbußen spielen.
6. Die Vorschriften über die Festsetzung der Höhe der Geldbußen sollten einen Bezug zu den durch die Zuwiderhandlung gewonnenen Vorteilen haben. Bei der Festsetzung der Geldbuße sollten vorrangig die so gewonnenen Vorteile berücksichtigt werden.
7. Es ist sicherzustellen, dass den Unternehmen in Verfahren vor der Europäischen Kommission und den Gemeinschaftsgerichten dieselben Verteidigungsrechte zugestanden werden wie in strafrechtlichen Verfahren. In diesem Zusammenhang sind Veränderungen des derzeit praktizierten Kronzeugen-Systems notwendig, um Kollisionen mit den *nemo tenetur*- und *in dubio pro reo*-Grundsätzen zu verhindern. Es ist weiterhin sicherzustellen, dass die Kooperationsbeiträge eines Unternehmens, das mit der Europäischen Kommission nach der Kronzeugen-Mitteilung zusammenarbeitet, von den Gemeinschaftsgerichten sorgfältig auf ihre Richtigkeit überprüft werden.
8. Das neu eingeführte Vergleichsverfahren ist zwar im Hinblick auf ein gestrafftes Verfahren zu begrüßen, krankt aber bereits im Ansatz an denselben Fehlern wie das „normale“ Verfahren. Auch hier gibt sich die Kommission einen weitest möglichen Ermessensspielraum hinsichtlich der Frage, ob und gegebenenfalls mit wem sie einen solchen Vergleich eingehen will. Dieser Spielraum sollte eingeschränkt werden.
9. Das derzeitige System der gerichtlichen Kontrolle sollte geändert werden: Die Europäische Kommission sollte ausschließlich als „Anklagebehörde“ fungieren und das Gericht erster Instanz bzw. ihm beigeordnete spezielle gerichtliche Kammern innerhalb desselben sollten über den Fall entscheiden und die Geldbuße aufgrund eigener Ermittlungen und eigener Beweiserhebung festsetzen.

B. Einführung

Die von der Europäischen Kommission („**Kommission**“) wegen Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht verhängten Geldbußen sind insbesondere während der letzten Jahre auf ein historisches Niveau gestiegen. Bisheriger Höhepunkt waren die Rekordgeldbußen im *Aufzüge und Fahrtreppen*-Kartell im Jahr 2007: Die Europäische Kommission verhängte eine Gesamtgeldbuße in Höhe von etwa EUR 992 Millionen und verfehlte damit nur knapp die Milliarden-Schwelle. Gegen *ThyssenKrupp* allein wurden in diesem Verfahren EUR 479 Millionen verhängt.

Verglichen mit den Geldbußen des Jahres 2007 erscheinen die Geldbußen, die vor etwas mehr als zehn Jahren verhängt wurden, geradezu bescheiden. Die Höchstgeldbuße des Jahres 1994 war deutlich geringer und betrug ECU 32,492 Millionen¹; zu diesem Zeitpunkt stellte sie dennoch die höchste jemals verhängte Geldbuße dar. Dies war auf das große Ausmaß des *Zement*-Kartells zurückzuführen, das mit über 40 Beteiligten auch „den größten Teil der europäischen Produktion“² betraf. Die höchste Geldbuße des Jahres 1995 betrug ECU 11,5 Millionen.³ Die Geldbuße für *Bayer* im *Adalat*-Fall⁴ in Höhe von ECU 3 Millionen war die höchste Buße des Jahres 1996, während gegen *Irish Sugar* eine Geldbuße von ECU 8,8 Millionen⁵ verhängt wurde, die Rekordgeldbuße im Jahr 1997.

Im Jahr 1998 setzte die Kommission ein erstes Zeichen ihrer Absicht, die Bußgeldpraxis zu verschärfen: *Volkswagen* wurde eine Geldbuße in Höhe von ECU 102 Millionen⁶ auferlegt, die zu diesem Zeitpunkt höchste Geldbuße. Die höchsten Geldbußen 1999 und 2000 (ECU 13,5 Millionen im Jahre 1999⁷ und ECU 73,3 Millionen im Jahr 2000⁸) waren zwar moderater; in den Jahren 2001 und 2002 wurden zwei Kartelle jedoch hart sanktioniert. Für seine Beteiligung am *Vitamin*-Kartell erhielt *Hoffmann-La Roche* eine Geldbuße in Höhe von EUR 462 Millionen⁹, während *Lafarge* für die Beteiligung im *Gipsplatten*-Kartell eine Geldbuße von EUR 249,6 Millionen¹⁰ auferlegt wurde. Ähnlich wie im *Zement*-Fall zeichneten sich diese Kartelle durch ihre außergewöhnliche Intensität aus. *Hoffmann-La Roche* wurde für

1 Kommission vom 30. November 1994 - IV/33.126 und 33.322 - *Zement*, ABl. vom 30. Dezember 1994, L 343/1.

2 Presseerklärung der Kommission IP/94/1108.

3 Kommission vom 29. November 1995 - IV/34.179, 34.202, 216 - *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf und die Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven*, ABl. vom 23. Dezember 1995, L 312/79.

4 Presseerklärung der Kommission IP/96/19.

5 Presseerklärung der Kommission IP/97/405.

6 Kommission vom 28. Januar 1998 - IV/35.733 - *Volkswagen*, ABl. vom 25. April 1998, L 124/60.

7 Presseerklärung der Kommission IP/99/957.

8 Presseerklärung der Kommission IP/00/589.

9 Kommission vom 21. November 2001 - COMP/E-1/37.512 - *Vitamine*, ABl. vom 10. Januar 2003, L 6/1.

10 Kommission vom 27. November 2002 - COMP/E-1/37.152 - *Gipsplatten*, ABl. vom 28. Juni 2005, L 166/8.

seine Beteiligung in nicht weniger als acht unterschiedlichen Preis- und Marktaufteilungs-kartellen, die die weltweiten Vitaminmärkte betrafen, sanktioniert. Der damalige Wettbewerbskommissar, *Mario Monti*, hielt dazu fest, dass diese Kartelle „wegen des breiten Spektrums an Vitaminen, die in einer Vielzahl von Produkten – von Getreideflockengerichten, Keksen und Getränken über Tierfuttermittel bis hin zu Medikamenten und Kosmetika – verwendet werden, die schlimmsten Kartelle [sind], gegen die die Kommission jemals ermittelt hat“.¹¹ Zur *Gipsplatten*-Entscheidung wurde ausgeführt, dass „es [...] sich [...] um den seit Jahrzehnten größten Markt, der je Gegenstand einer Kartellentscheidung der Kommission war“¹², handele. Zusätzlich stellte die Kommission als erschwerende Umstände fest, dass „80% der Verbraucher in der Europäischen Union“ beeinträchtigt wurden und dass dies der zweite Verstoß der beiden bebußten Unternehmen war.¹³

Angesichts der höchsten Geldbußen, die zwischen 2003 und 2005 (EUR 99 Millionen in 2003¹⁴, EUR 67,1 Millionen in 2004¹⁵ und EUR 56,6 Millionen in 2005¹⁶) verhängt wurden, stellten diese Rekordgeldbußen der Jahre 2001 und 2002 allerdings keinen grundsätzlichen Trend dar, sondern lediglich hohe Sanktionen aufgrund besonderer Umstände.

Im Jahre 2006 wurde dann die Absicht der Kommission, ihre Geldbußenpraxis zu verschärfen, offensichtlich. Sie erließ nicht weniger als drei Entscheidungen, in denen gegen die Unternehmen mit den höchsten Geldbußen jeweils dreistellige Millionenbeträge verhängt wurden. Im *Bleichmittel*-Kartell erhielt *Solvay* eine Geldbuße in Höhe von EUR 167 Millionen¹⁷, *Arkema* im *Methacrylat*-Fall EUR 219,1 Millionen¹⁸ und schließlich *Eni* im *Kunstkautschuk*-Fall EUR 272,3 Millionen¹⁹. Die Kommission setzte ihren Trend, die Geldbußenbeträge zu erhöhen, im Jahr 2007 fort. Gegen *Siemens* wurde eine Geldbuße in Höhe von annähernd EUR 400 Millionen²⁰ verhängt, ehe die Kommission die bereits erwähnte Rekordmarke setzte, indem sie *ThyssenKrupp* im *Aufzüge und Fahrtreppen*-Fall bebußte.²¹

In diesem Zusammenhang muss auch bedacht werden, dass sich die Unternehmen neben den Geldbußen häufig zusätzlich zivilrechtlichen Schadensersatzklagen von Kunden und Verbrauchern gegenüber sehen. Die Durchsetzung solcher Schadensersatzklagen wird von der Kommission gefördert.²²

Die Aufwärtstendenz der Kommission bei der Verhängung von Geldbußen seit dem Jahr 2006 wird in Schaubild 1 dargestellt. Dieses führt die zehn höchsten Kartellgeldbußen, die

11 Presseerklärung der Kommission IP/01/1625.

12 Presseerklärung der Kommission IP/02/1744.

13 Ebd.

14 Kommission vom 1. Oktober 2003 - C.37.370 - *Sorbate*, ABl. vom 13. Juli 2005, L 182/20.

15 Kommission vom 3. September 2004 - C.38.069 - *Kupferinstallationsrohre*, ABl. vom 13. Juli 2006, L 192/21.

16 Kommission vom 30. November 2005 - 38.354 - *Industriesäcke*, ABl. vom 26. Oktober 2007, L 282/41.

17 Kommission vom 3. Mai 2006 - F/C.38.620 - *Wasserstoffperoxid und Perborat (Bleichmittel)*, ABl. vom 13. Dezember 2006, L 353/54.

18 Kommission vom 31. Mai 2006 - F/38.645 - *Methacrylat*, ABl. vom 22. November 2006, L 322/20.

19 Kommission vom 29. November 2006 - F/38.638 - *Kunstkautschuk*, ABl. vom 12. Januar 2008, C 7/11.

20 Kommission vom 24. Januar 2007 - 38.899 - *Gasisolierte Schaltanlagen*, ABl. vom 10. Januar 2008, C 5/7.

21 Kommission vom 21. Februar 2007 - E-1/38.823 - *Aufzüge und Fahrtreppen*, ABl. vom 26. März 2008, C 75/19.

22 Vgl. Weißbuch über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts vom 2. April 2008, COM(2008), 165 und Grünbuch über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts vom 19. Dezember 2005, COM(2005), 672.

jemals von der Kommission verhängt wurden, sowohl pro Kartell als auch pro Unternehmen, auf. Mit Ausnahme der außergewöhnlichen *Vitamin-* und *Gipsplatten-*Fälle stammen all diese Entscheidungen aus den letzten zwei Jahren.

Schaubild 1 – Die zehn höchsten Kartellgeldbußen²³

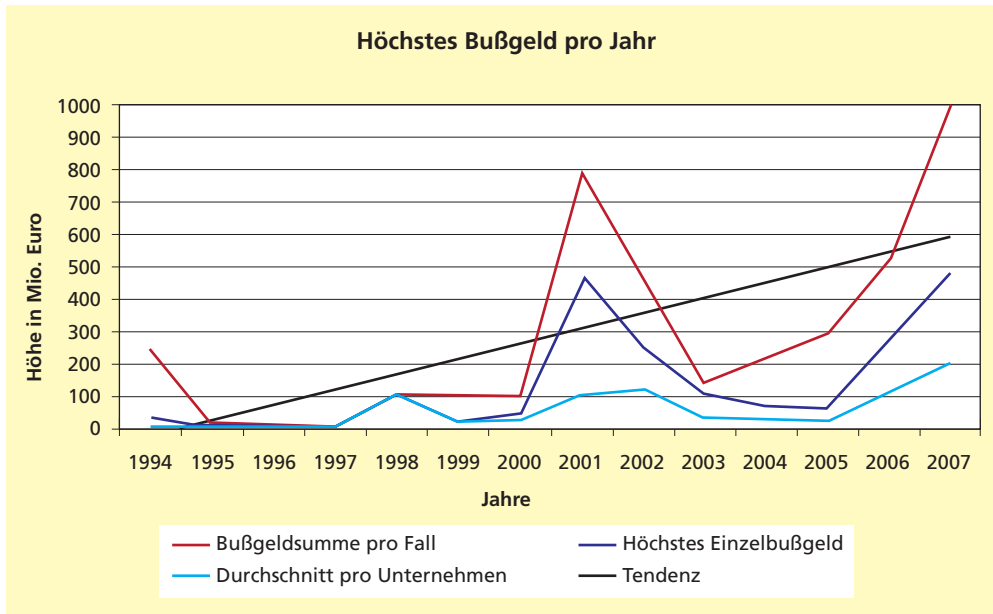
Die zehn höchsten Geldbußen pro Kartell			Die zehn höchsten Geldbußen pro Unternehmen		
	Jahr	Geldbuße in Mio. EUR		Jahr	Geldbuße in Mio. EUR
Aufzüge und Fahrtreppen	2007	992,3	ThyssenKrupp Aufzüge und Fahrtreppen	2007	479,7
Vitamine	2001	790,5	Hoffmann – La Roche Vitamine	2001	462,0
Gasisolierte Schaltanlagen	2007	750,7	Siemens Gasisolierte Schaltanlagen	2007	396,6
Kunstkautschuk	2006	519,1	Eni SpA Kunstkautschuk	2006	272,3
Flachglas	2007	486,9	Lafarge SA Gipsplatten	2002	249,6
Gipsplatten	2002	478,3	BASF AG Vitamine	2001	236,9
Bleichmittel	2006	388,1	Otis Aufzüge und Fahrtreppen	2007	224,9
Acrylglas	2006	344,6	Heineken NV Niederländischer Biermarkt	2007	219,3
Kurzwaren: Reißverschlüsse	2007	328,6	Arkema SA Methacrylat	2007	219,1
Fittings	2006	314,8	Solvay SA / NV Bleichmittel	2006	167,1

Diese Entwicklung „nach oben“ wird durch die Darstellung in Schaubild 2 noch deutlicher erkennbar. Eine Betrachtung der jeweils höchsten Geldbußen pro Jahr in den letzten vierzehn Jahren²⁴ zeigt, dass die Kommission mit ihren Kartellgeldbußen einen deutlichen Aufwärtstrend verfolgt.

²³ Vgl. die Fallstatistiken der Kommission, verfügbar unter http://ec.europa.eu/comm/competition/index_de.html.

²⁴ Fälle: 1994 - Zement; 1995 - Kranverleih; 1996 - Adalat; 1997 - Irish Sugar; 1998 - Volkswagen; 1999 - Nahtlose Stahlrohre; 2000 - Lysin; 2001 - Vitamine; 2002 - Gipsplatten; 2003 - Sorbate; 2004 - Kupfer-Installationsrohre; 2005 - Industriesäcke; 2006 - Kunstkautschuk; 2007 - Aufzüge und Fahrtreppen.

Schaubild 2 – Die höchsten Geldbußen in den letzten vierzehn Jahren (pro Jahr)



Die Schaubilder 3 und 4 illustrieren, dass der entscheidende Anstieg im Jahr 2006 begann. Vor dem Jahr 2006 waren die Geldbußen, die im Laufe eines Jahres verhängt wurden, konstant unter EUR 1 Milliarde und die durchschnittliche Geldbuße pro Unternehmen blieb unter EUR 20 Millionen. Zwei Jahre später hatten sich diese Beträge bereits mehr als verdreifacht.

Schaubild 3 – Gesamtbußenbeträge verhängt pro Jahr

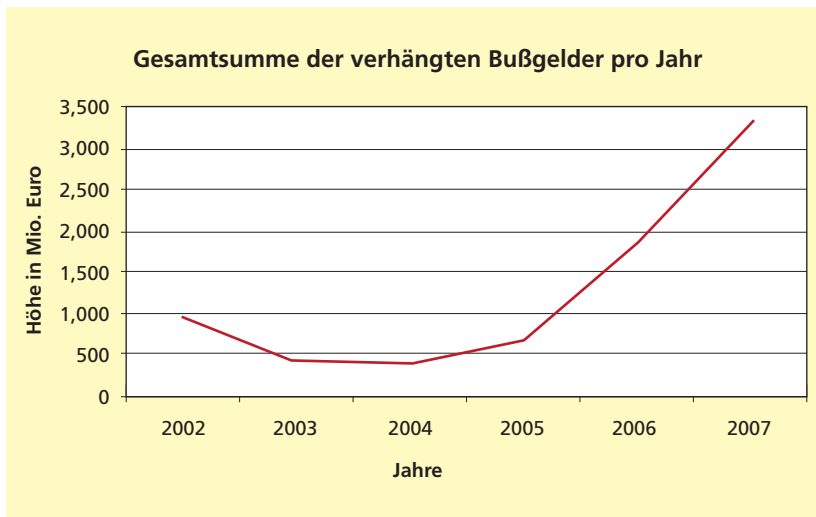
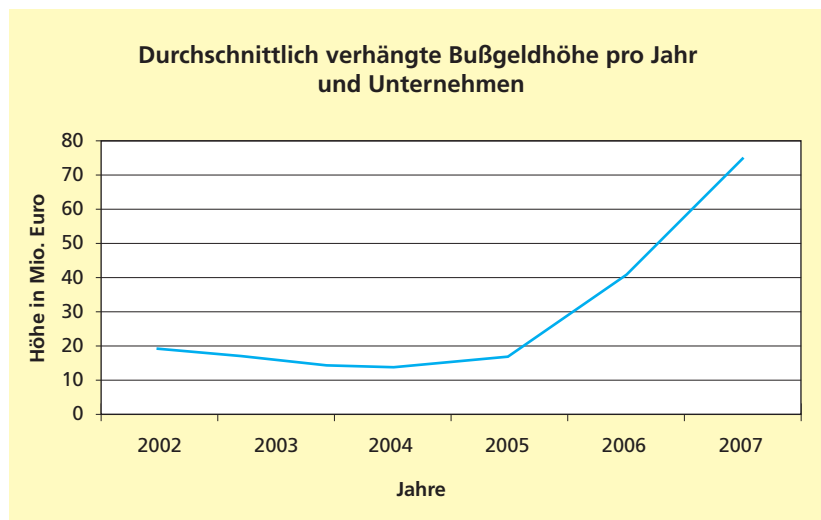


Schaubild 4 – Durchschnittlicher Geldbußenbetrag pro Jahr und Unternehmen



Die Schaubilder zeigen den exponentiellen Anstieg der Geldbußen. Dieser Anstieg ist nicht etwa auf geänderte Rechtsgrundlagen zurückzuführen. Vielmehr hat die Kommission im Rahmen der bestehenden Rechtsgrundlagen (Art. 23 Abs. 2 der Verordnung 1/2003 („VO 1/2003“)²⁵ bzw. die Vorgängerregelung Art. 15 Abs. 2 Verordnung Nr. 17/1962 („VO Nr. 17“)²⁶) ihre Bußgeldpolitik grundlegend geändert.

Diese Studie untersucht die Rechtmäßigkeit und die Angemessenheit dieser Rechtsgrundlagen und des Verfahrens vor der Kommission und den Gerichten der Europäischen Gemeinschaft („Gemeinschaftsgerichte“). Die Ergebnisse zeigen, dass die derzeitige Praxis der Kommission und der Gemeinschaftsgerichte kein faires und angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Sanktionsinteresse der Behörden einerseits und den Verteidigungsrechten der betroffenen Unternehmen andererseits schaffen.

25 ABl. vom 4. Januar 2003, L 1/1. Art. 23 Abs. 2, 3 und 5 VO 1/2003 lauten:

(2) Die Kommission kann gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen verhängen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig

a) gegen Artikel 81 oder Artikel 82 des Vertrags verstoßen oder

b) einer nach Artikel 8 erlassenen Entscheidung zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen zuwiderhandeln oder

c) durch Entscheidung gemäß Artikel 9 für bindend erklärte Verpflichtungszusagen nicht einhalten.

Die Geldbuße für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen oder jede beteiligte Unternehmensvereinigung darf 10% seines bzw. ihres jeweiligen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen.

Steht die Zuwiderhandlung einer Unternehmensvereinigung mit der Tätigkeit ihrer Mitglieder im Zusammenhang, so darf die Geldbuße 10% der Summe der Gesamtumsätze derjenigen Mitglieder, die auf dem Markt tätig waren, auf dem sich die Zuwiderhandlung der Vereinigung auswirkte, nicht übersteigen.

(3) Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen.

(5) Die nach den Absätzen 1 und 2 getroffenen Entscheidungen haben keinen strafrechtlichen Charakter.

26 ABl. vom 21. Februar 1962, 13/204.

C. Die europäische Bußgeldpraxis im Lichte übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze sowie von Grundsätzen internationalen Rechts

I. Einführung

Die im Gemeinschaftsrecht gegen an einem Kartell beteiligten Unternehmen verhängten Geldbußen haben große Höhen erreicht. Die in den Abschnitten B. und D. dieser Studie im Einzelnen dargelegte Praxis gibt Anlass, das aktuelle Bußgeldverfahren im europäischen Wettbewerbsrecht auf den Prüfstand zu stellen und auf mögliche Defizite im Hinblick auf das EU/EG-Vertragsrecht, international anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze, die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten („EMRK“) und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union („Grundrechte-Charta“)²⁷ hin zu untersuchen.

II. Der EU/EG-Vertrag, allgemeine rechtsstaatliche Verfassungsgrundsätze, die EMRK und die Grundrechte-Charta als übergeordnete Kontrollmaßstäbe

1. EU/EG-Vertragsrecht

Als Sekundärrecht müssen sich die in der VO 1/2003 niedergelegten rechtlichen Regeln aufgrund der auch im Gemeinschaftsrecht geltenden Normenhierarchie an dem übergeordneten Vertragsrecht messen lassen.

2. Allgemeine rechtsstaatliche Verfassungsgrundsätze

Das Gleiche gilt für allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze, insbesondere solche mit Verfassungsrang, deren Beachtung Art. 6 Abs. 1 EU der Europäischen Union auferlegt. Die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit behalten ihre Bedeutung als Orientierungsmaßstab auch nach der beabsichtigten Vertragsänderung. Nach dem (Reform-)Vertrag

²⁷ Erstmals am 7. Dezember 2000 in Nizza feierlich proklamiert (ABl. vom 18. Dezember 2000, C 364/1). Geringfügige Änderungen durch die Proklamation in Straßburg am 12. Dezember 2007 (ABl. vom 14. Dezember 2007, C 303/1).

von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. Dezember 2007²⁸ („**Vertrag von Lissabon**“) findet sich die Verpflichtung der Europäischen Union zur Rechtsstaatlichkeit zukünftig in neuer Nummerierung in Art. 2 EU.

3. Die EMRK

Die Europäische Union achtet gemäß Art. 6 Abs. 2 EU die Grundrechte, wie sie sich neben der Bindung an die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft („**Mitgliedstaaten**“) aus der EMRK ergeben. Der von der Regierungskonferenz 2007 beschlossene Vertrag von Lissabon sieht, abgesehen von der bereits bestehenden inhaltlichen Bindung an deren Grundsätze, künftig in einem neuen Absatz 2 des Art. 6 EU ausdrücklich den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK vor.

4. Die Grundrechte-Charta

Die Europäische Gemeinschaft ist bereits nach geltendem Recht bei der Handhabung ihres in der VO 1/2003 niedergelegten sekundärrechtlichen Wettbewerbsrechts an die Regeln der am 7. Dezember 2000 in Nizza vom Europäischen Parlament („**Parlament**“), dem Rat und der Kommission feierlich proklamierten Grundrechte-Charta gebunden, obwohl es sich dabei noch nicht um geltendes Recht handelt.²⁹ Das Europäische Gericht erster Instanz („**EuG**“) hat im Fall *max.mobil* die Grundrechte-Charta insoweit als rechtlich relevant angesehen, als ihre Regelungen zur Absicherung („Bekräftigung“) eines bereits anderweitig erzielten Auslegungsergebnisses bei der Anerkennung allgemeiner europäischer Rechts- und Verfassungsgrundsätze dienen können.³⁰

In einem Urteil vom 27. Juni 2006 ist der Europäische Gerichtshof („**EuGH**“) noch einen Schritt weitergegangen.³¹ Er hat dort ausgeführt:

„Was die Charta anbelangt, so wurde sie am 7. Dezember 2000 in Nizza vom Parlament, dem Rat und der Kommission feierlich proklamiert. Auch wenn es sich dabei nicht um ein bindendes Rechtsinstrument handelt, wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber doch ihre Bedeutung anerkennen, indem er in der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie angeführt hat, dass diese nicht nur die in Artikel 8 EMRK, sondern auch die in der Charta anerkannten Grundsätze beachtet.“

Dieses Urteil des EuGH wertet die Bedeutung der Grundrechte-Charta auf. Es zieht sie als Kontrollmaßstab bereits gegenwärtig heran, wenn sekundäres Gemeinschaftsrecht

28 ABl. vom 17. Dezember 2007, C 306/1; konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. vom 9. Mai 2008, C 115/1.

29 Dazu näher *Schwarze*, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 2007, S. 232 ff. m.w.N.

30 EuG vom 30. Januar 2002 - Rs. T-54/99 - *max.mobil Telekommunikation Service/Kommission*, Slg. 2002, II-313, Rn. 48.

31 EuGH vom 27. Juni 2007 - Rs. C-540/03 - *Parlament/Rat* („*Familienzusammenführung*“), Slg. 2006, I-5769, Rn. 38.

in seiner Begründung auf sie verweist. Für das europäische Wettbewerbsrecht ergeben sich aus dieser neuen Rechtsprechung des EuGH nennenswerte Konsequenzen. Denn in Begründungserwägung 37 zur VO 1/2003 heißt es:

„Diese Verordnung wahrt die Grundrechte und steht im Einklang mit den Prinzipien, die insbesondere in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind. Demzufolge ist diese Verordnung in Übereinstimmung mit diesen Rechten und Prinzipien auszulegen und anzuwenden.“

Dies bedeutet, dass damit nun auch nach der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls alle Regeln und Prinzipien der Charta auch für die Interpretation der VO 1/2003 maßgeblich werden. Die Sanktionsentscheidungen auf dieser Grundlage sind jedenfalls strafrechtsähnlich. Damit sind zugunsten der Unternehmen insbesondere die in der Grundrechte-Charta aufgeführten justitiellen Rechte (Art. 47 ff. Grundrechte-Charta) ausnahmslos anwendbar.

Über diese Rechtsprechung hinaus stellt der Vertrag von Lissabon in einer Ergänzung des Art. 6 Abs. 1 EU für die Zukunft ausdrücklich klar, dass die Europäische Union die in der Grundrechte-Charta vom 7. Dezember 2000 niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung anerkennt. Nach dieser Bestimmung des Vertrages von Lissabon soll die Grundrechte-Charta den gleichen rechtlichen Rang wie die Verträge besitzen.

III. Die Kontrolle am Maßstab der rechtsstaatlichen Gebote der gesetzlichen Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit sowie des Rückwirkungsverbots

Gemessen an übergeordneten Rechts- und Verfassungsmaßstäben steht die europäische Bußgeldpraxis mit den Geboten der gesetzlichen Bestimmtheit und der Vorhersehbarkeit nicht in Einklang. Sie verletzt den Grundsatz *nulla poena sine lege certa* und auch, wie später gezeigt wird, das Rückwirkungsverbot.

1. Verletzung der gesetzlichen Bestimmtheit auch bei Einordnung der Bußgelder als Sanktionen ohne strafrechtlichen Charakter

Der Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit gilt unabhängig davon, ob man die im Wettbewerbsrecht verhängten Bußgelder im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung als reine Verwaltungsmaßnahmen oder als hoheitliche Rechtsakte mit strafrechtlichem Charakter einordnet. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH gilt im Gemeinschaftsrecht allgemein, dass „eine Sanktion, selbst wenn sie keinen strafrechtlichen Charakter besitzt, nur dann verhängt werden darf, wenn sie auf einer klaren und unzweideutigen Rechtsgrundlage beruht“.³²

32 EuGH vom 25. September 1984 - Rs. 117/83 - *Könnecke/Balm*, Slg. 1984, 3291, Rn. 11; ebenso etwa EuGH vom 13. März 1990 - Rs. C-30/89 - *Kommission/Frankreich*, Slg. 1990, I-709, Rn. 23.

1.1 Geringer Normgehalt des Art. 23 VO 1/2003

An einer solchen „klaren und unzweideutigen Rechtsgrundlage“ bestehen für Art. 23 VO 1/2003 erhebliche Zweifel³³. Der materielle Normgehalt des Art. 23 VO 1/2003 für die Verhängung von Bußgeldern ist ausgesprochen gering. So setzt die Bestimmung lediglich einen vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung gegen die generalklauselartigen Wettbewerbsbestimmungen der Art. 81 oder 82 EG voraus (Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003). Als Bemessungsmaßstab für die Höhe der Sanktion werden in der VO 1/2003 allein die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung genannt (Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003). Darüber hinaus legt die VO 1/2003 in Art. 23 Abs. 2 lediglich die Obergrenze für die Geldbuße insofern fest, als sie 10% des von dem Unternehmen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht überschreiten darf. Dabei bleibt offen, ob sich der Begriff des Gesamtumsatzes auf den Konzernumsatz oder den individuellen Unternehmensumsatz bezieht und ob mit dem vorausgegangenen Geschäftsjahr das Jahr vor der Zuwiderhandlung oder vor der Ahndung gemeint ist.

Gewiss finden sich – wie in Abschnitt D. ausführlich dargelegt wird – in administrativen Leitlinien der Kommission nähere Angaben über die Festsetzung der Höhe und den Erlass bzw. die Ermäßigung der Geldbußen. Diese konkretisierenden Angaben sind aber weder in der einschlägigen sekundärrechtlichen Vorschrift des Art. 23 VO 1/2003 selbst enthalten noch ermächtigt diese ausdrücklich zu ihrem Erlass.

1.2 Praktisch unbegrenztes Ermessen der Kommission bei der Bußgeldverhängung

Dies wiegt unter dem Blickwinkel der erforderlichen rechtsstaatlichen Bestimmtheit der Sanktionsvorschriften umso schwerer, als die Kommission bei der Festsetzung der Geldbußen über ein praktisch unbegrenztes Ermessen verfügt. Der EuGH gestattet es der Kommission seit der Grundsatzentscheidung im Fall *Musique diffusion française*³⁴ ohne nähere Einschränkungen, das Niveau der Geldbußen aus Abschreckungsgründen anzuheben. Dies gilt sogar im Rahmen von laufenden Wettbewerbsverfahren.³⁵ Wie unbegrenzt das Ermessen ist, das der EuGH der Kommission zugesteht, lässt sich an vielen Beispielen aus jüngerer Zeit zeigen. Wie schon erwähnt, gibt es keinen Schutz gegen die rückwirkende Anwendung der verschärften Bußgeld-Leitlinien durch die Kommission.

Der EuGH hat etwa im Fall *SGL Carbon* die Anforderungen an die Einhaltung der 10%igen Obergrenze für die Bemessung der Geldbußen großzügig interpretiert. Sie soll danach „nur für den Endbetrag der verhängten Geldbuße“ gelten. Folglich sei es der Kommission gestattet, „bei den verschiedenen Berechnungsschritten zu einem Zwischenbetrag zu gelangen, der über dieser Grenze liegt, sofern der Endbetrag der Geldbuße sie nicht übersteigt.“³⁶ Der EuGH hat der Kommission bei der Festsetzung und

33 Ebenso etwa *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2008, S. 650; *Rittner/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 7. Aufl., 2008, S. 470.

34 EuGH vom 7. Juni 1983 - Verb. Rs. 100-103/80 - *Musique diffusion française/Kommission*, Slg. 1983, 1825, Rn. 109.

35 Dazu näher unten in diesem Abschnitt unter 2.7.

36 EuGH vom 29. Juni 2006 - Rs. C-308/04 P - *SGL Carbon/Kommission*, Slg. 2006, I-5977, Rn. 82.

Beurteilung der besonderen Merkmale eines (sich sanktionsverschärfend auswirkenden) Wiederholungsfalles ein uneingeschränktes Ermessen zugestanden und sie insoweit an keine Verjährungsfrist gebunden.³⁷

Schließlich hebt die neueste Rechtsprechung die Funktion der Abschreckung der Geldbußen besonders hervor, ohne die notwendigen Schlüsse aus dieser Beurteilung zu ziehen und zumindest das Bedürfnis nach einem rechtsschutzsichernden Ausgleich auf Seiten der betroffenen Unternehmen anzuerkennen. Nach dem Urteil im Fall *Showa Denko* „kann die Geldbuße eines Unternehmens unter Einbeziehung eines Abschreckungsfaktors berechnet werden, bei dessen Ermittlung eine Vielzahl von Gesichtspunkten und nicht nur die besondere Situation des betreffenden Unternehmens zu berücksichtigen ist“.³⁸

1.3 Unvereinbarkeit des nicht näher eingegrenzten Ermessens mit dem Erfordernis einer „klaren und unzweideutigen Rechtsgrundlage“

Ein derart weites und von der Rechtsprechung nicht näher eingegrenztes Ermessen der Kommission bei der Bußgeldfestsetzung steht nicht im Einklang mit dem vom EuGH selbst grundsätzlich anerkannten Erfordernis „einer klaren und unzweideutigen Rechtsgrundlage“ für Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht. Zugleich stellt die Verschärfung des Bußgeldniveaus während eines laufenden behördlichen Wettbewerbsverfahrens eine unzulässige Rückwirkung dar.

Zwar folgt aus der Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen im Gemeinschaftsrecht nicht *per se* eine Verletzung der rechtsstaatlichen Gebote der Rechtsklarheit und der hinreichenden Bestimmtheit der Rechtsnormen. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese unbestimmten und generalklauselartigen Rechtsbegriffe einer Konkretisierung durch die Rechtsprechung zugänglich sind und sie diese bereits durch eine längere Auslegungspraxis erfahren haben.

Auch gilt der Vorbehalt des Gesetzes im europäischen Gemeinschaftsrecht nicht ohne weiteres in der gleichen Ausprägung wie im nationalen Verfassungs- und Verwaltungsrecht,³⁹ zumal der Vertrag von Lissabon zukünftig an der traditionellen Formulierung „Verordnung“ und „Richtlinie“ für die normativen Rechtsakte im europäischen Recht festhalten⁴⁰ und die vom Europäischen Verfassungsvertrag vorgesehene begriffliche Änderung in „Europäisches Gesetz“ und „Europäisches Rahmengesetz“ (vgl. Art. I-33 des Vertrages über eine Verfassung für Europa) nicht übernehmen will.

37 EuGH vom 8. Februar 2007 - Rs. C-3/06 P - *Groupe Danone/Kommission*, Slg. 2007, I-1331, Rn. 38. Kritisch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten dazu auch Autoren, die den Kartellbehörden (dort: Bundeskartellamt) angehören; vgl. *Engelsing*, Die Bußgeld-Leitlinien der Europäischen Kommission von 2006, WuW 2007, 470.

38 EuGH vom 29. Juni 2006 - Rs. C-289/04 P - *Showa Denko/Kommission*, Slg. 2006, I-5859, Rn. 23.

39 Vgl. nur *Hilf/Classen*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Recht der Europäischen Union, in: Festschrift für Selmer, 2004, S. 71 ff.

40 Siehe Art. 288 Abs. 2 und 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Union.

1.4 Geltung des Gesetzesvorbehalts im Gemeinschaftsrecht

Es steht aber auch für das geltende europäische Gemeinschaftsrecht fest, dass wesentliche, Bürger und Unternehmen berührende Regelungen nicht von der Verwaltung selbst getroffen werden können, sondern auf eine Entscheidung des Gesetzgebers insbesondere dann zurückführbar sein müssen, wenn die Exekutive – wie bei der Verhängung von Geldbußen – belastende Eingriffe vornimmt.

Wenn der EuGH in der grundlegenden Entscheidung *Farbwerke Hoechst* es als einen in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsatz ansieht, dass „Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung jeder – natürlichen oder juristischen – Person einer Rechtsgrundlage (bedürfen) und [...] aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein (müssen)“⁴¹, muss dieser Grundsatz selbstverständlich auch für das Handeln der Gemeinschaftsorgane gelten. Der EuGH hat in dieser Entscheidung auch den Grund für die Anerkennung des zentralen rechtsstaatlichen Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung genannt: Es geht darum, mit Hilfe dieses Grundsatzes dem Privaten „Schutz gegen willkürliche oder unverhältnismäßige Eingriffe“ der Verwaltung zu bieten.⁴²

1.5 Keine ausreichende Verwirklichung des Gesetzesvorbehalts im Bußgeldbereich

Die danach notwendige „klare und unzweideutige Rechtsgrundlage“ hat der Gemeinschaftsgesetzgeber in der gebotenen umfassenden Form nicht geschaffen. Er hat in der VO 1/2003 mit den Hinweisen auf die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung (Art. 23 Abs. 3 der VO 1/2003) und die 10%ige Umsatzobergrenze für die Bußgeldbemessung (Art. 23 Abs. 2 der VO 1/2003) zwar einige grundsätzliche Orientierungspunkte der Bußgelder bei Wettbewerbsverstößen genannt, nicht aber alle dafür wesentlichen Kriterien selbst aufgeführt, sondern sie ohne weitere Vorgaben allein dem Ermessen der Verwaltung – also der Kommission – überlassen.

1.6 Der Wesentlichkeitsvorbehalt im geltenden Gemeinschaftsrecht

Obwohl das institutionelle System der Europäischen Union gewisse Besonderheiten aufweist und sich von der im nationalen Verfassungsstaat geltenden Gewaltenteilung bekanntlich unterscheidet,⁴³ hat der EuGH in verschiedenen Zusammenhängen bereits für das geltende Gemeinschaftsrecht anerkannt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die wesentlichen Grundzüge der zu regelnden Materie selbst festzulegen hat.⁴⁴

Der Vorbehalt des Gesetzes verlangt nicht nur eine formell gesetzliche Rechtsgrundlage, sondern er postuliert auch eine ausreichende Regelungsdichte. Dem Vorbehalt des

41 EuGH vom 21. September 1989 - Verb. Rs. 46/87 und 227/88 - *Farbwerke Hoechst/Kommission*, Slg. 1989, 2859, Rn. 19.

42 EuGH, a.a.O.

43 Vgl. nur *Everling*, in: von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 860 f.; *Oppermann*, *Europarecht*, 3. Aufl., 2005, S. 81.

44 Vgl. z.B. EuGH vom 17. Dezember 1970 - Rs. 25/70 - *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel/Köster*, Slg. 1970, 1161, Rn. 6; EuGH vom 16. Juni 1987 - Rs. 46/86 - *Romkes/Officier van Justitie*, Slg. 1987, 2671, Rn. 16; EuGH vom 13. Juli 1995 - Rs. C-156/93 - *Parlament/Kommission*, Slg. 1995, I-2019, Rn. 18; dazu auch *Scheuing*, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), *Europarecht*, 2006, S. 234 m.w.N.

Gesetzes wird also nicht allein dadurch Genüge getan, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber überhaupt eine Regelung schafft, sondern dies muss mit ausreichender, eben alle wesentlichen Fragen regelnder Bestimmtheit und mit der erforderlichen Regelungstiefe geschehen.⁴⁵

Besonders deutlich hat der EuGH letzteres im Zusammenhang mit Harmonisierungsmaßnahmen im Binnenmarkt gemäß Art. 95 EG hervorgehoben. Dort hat der EuGH in einem Urteil vom 6. Dezember 2005⁴⁶ festgestellt:

„Der Gemeinschaftsgesetzgeber ist erstens verpflichtet, in dem Basisrechtssatz die wesentlichen Elemente der betreffenden Harmonisierungsmaßnahmen festzulegen.

Zweitens muss der Mechanismus zur Umsetzung dieser Elemente so angelegt sein, dass er zu einer Harmonisierung im Sinne des Art. 95 EG führt (Rn. 48).

Das ist dann gegeben, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber im Einzelnen die Modalitäten festlegt, nach denen die Entscheidungen in jedem Abschnitt eines solchen Zulassungsverfahrens getroffen werden müssen, und er die Befugnisse, die der Kommission als der Instanz zustehen, die die endgültige Entscheidung zu treffen hat, genau bestimmt und eingrenzt (Rn. 49).“

Es wäre schwer verständlich, wenn der vom EuGH prinzipiell anerkannte „ungeschriebene Wesentlichkeitsvorbehalt“⁴⁷ für das Recht der Bußgeldsanktionen im europäischen Wettbewerbsrecht nicht gelten sollte. Dafür spricht angesichts der enorm gestiegenen Geldbußen nicht zuletzt das Argument, dass die Bestimmtheitsanforderungen an den Gesetzgeber mit zunehmender Eingriffsintensität steigen.⁴⁸

1.7 Der Wesentlichkeitsvorbehalt im Vertrag von Lissabon

Der Grundsatz, wonach der Gemeinschaftsgesetzgeber die wesentlichen Grundzüge einer bestimmten Materie – wie hier: der Bußgeldverhängung und -bemessung im europäischen Wettbewerbsrecht – selbst regeln muss, wird vom Vertrag von Lissabon übernommen und sogar noch klarer ausdrücklich bestätigt.

So ist der Wesentlichkeitsvorbehalt ausdrücklich in Art. 249 b Abs. 1 des Vertrags von Lissabon verankert, der künftig als Art. 290 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union firmieren soll. Dort heißt es in Absatz 1 Satz 3 *expressis verbis*:

„Die wesentlichen Aspekte eines Bereichs sind dem Gesetzgebungsakt vorbehalten und eine Befugnisübertragung ist für sie deshalb ausgeschlossen.“

45 Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., 2007, Art. 52 GRCH, Rn. 62.

46 EuGH vom 6. Dezember 2005 - Rs. C-66/04 - Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, Slg. 2005, I-10574, Rn. 47 ff.; vgl. dazu den Hinweis auf diese Entscheidung bei Kingreen, a.a.O.

47 Scheuing, a.a.O., S. 234.

48 So ausdrücklich Kingreen, a.a.O.

Der Grundsatz, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat und sie nicht delegieren darf, wird im selben Artikel des Vertrages von Lissabon dadurch bekräftigt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber für den Fall der Übertragung von Durchführungsbefugnissen auf die Kommission – in grundsätzlicher Übereinstimmung mit dem deutschen Verfassungsrecht (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG) – in dem betreffenden Gesetzgebungsakt „Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung ausdrücklich festlegen“ (Abs.1, S. 3) muss.

Die Verantwortlichkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers selbst wird zusätzlich dadurch gestärkt, dass das Parlament und der Rat sowohl die Möglichkeit besitzen sollen, eine erteilte Befugnisübertragung zu widerrufen, als auch das Inkrafttreten des delegierten Rechtsaktes davon abhängig zu machen, dass sie innerhalb einer vorbehaltenen Frist keine Einwände dagegen erheben (Abs. 2, lit. a und b).⁴⁹

1.8 Schlussfolgerungen aus dem Wesentlichkeitsvorbehalt im Bußgeldbereich

Es ist anzunehmen, dass der für die Befugnisübertragung vom Gesetzgeber auf die Kommission geltende und vom Vertrag von Lissabon sogar ausdrücklich bekräftigte Grundsatz, wonach der Gesetzgeber die wesentlichen Gesichtspunkte selbst regeln muss, nicht nur im Verhältnis zu Durchführungsverordnungen mit echtem Rechtssatzcharakter, sondern erst recht auch im Verhältnis zu Verwaltungsleitlinien der Kommission gelten muss.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat mit den Orientierungspunkten „Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung“ und der 10%igen Umsatzobergrenze in der VO 1/2003 nicht selbst alle wesentlichen Grundsätze über die Bußgeldverhängung im europäischen Wettbewerbsrecht festgelegt und damit von sich aus keine „bestimmte und unzweideutige Rechtsgrundlage“ geschaffen. Insbesondere mit der Kronzeugenregelung⁵⁰, die über den Erlass oder die Ermäßigung der (heute enormen) Geldbußen entscheidet, hat die Kommission wesentliche Regeln aufgestellt, die nach dem auch im europäischen Verfassungsrecht geltenden Wesentlichkeitsgrundsatz vom Gemeinschaftsgesetzgeber selbst hätten getroffen werden müssen.⁵¹

Diese rechtsstaatlichen Bedenken hat auch das Parlament in einer Entschließung zum XXVI. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik (1996)⁵² geteilt. Die Entschließung weist darauf hin, dass das Parlament „weder den Inhalt noch die Form der Mitteilung der Kommission hinsichtlich der Nichtverhängung oder Verringerung von Geldstrafen im Falle von Kartellen akzeptieren kann; fordert die Kommission auf, Maßnahmen zur Einführung eines rechtlich bindenden Instruments mit einer angemessenen Rechtsgrundlage zu treffen; äußert den Wunsch, dass dieses rechtlich bindende

49 Zu denselben Regeln bereits im Europäischen Verfassungsvertrag vgl. *Schwarze*, Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents (Hrsg.: Schwarze), 2004, im Résumé S. 541/2.

50 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen („**Kronzeugen-Mitteilung**“), ABl. vom 8. Dezember 2006, C 298/17.

51 Vgl. *Weitbrecht*, Das Vorgehen der Kommission gegen internationale Kartelle: Bußgeldpolitik und Kronzeugenregelung, in: *Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel* (Hrsg.: Schwarze), 2001, S. 151.

52 ABl. vom 24. November 1997, C 358/55 unter K. 8.

Instrument den Rechtstraditionen der meisten Mitgliedstaaten gebührend Rechnung trägt.“

Eine zu dem Bericht über die Wettbewerbspolitik 2005 verabschiedete Entschließung des Parlaments vom 19. Juni 2007 folgt ebenfalls dieser Linie. In ihr betont das Parlament – in Anerkennung der Bemühungen der Kommission, die Instrumente zur Kartellbekämpfung auch mit Hilfe eines Kronzeugenprogramms zu stärken –, „dass eine weitere Ausreifung dieses Instruments erforderlich ist, um einen etwaigen Missbrauch, insbesondere dergestalt, dass die schwächeren Glieder bei abgestimmten Verhaltensweisen benachteiligt werden, zu verhindern.“⁵³

1.9 Erfordernis des Gesetzesvorbehalts auch wegen der Grundrechtsrelevanz des Eingriffs (Art. 52 Abs. 1 S. 1 Grundrechte-Charta)

Für die Notwendigkeit, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Fragen der Bußgeldverhängung selbst regeln muss, spricht zusätzlich Art. 52 Abs. 1 S. 1 der Grundrechte-Charta, die bereits gegenwärtig von der Rechtsprechung anerkannt ist und durch den Vertrag von Lissabon ausdrücklich in das Recht der Europäischen Union integriert wird. Danach muss jede Einschränkung der Ausübung der in der Grundrechte-Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein.

Durch die Bußgeldverhängung werden auf Unternehmensseite insbesondere die Berufsfreiheit, die unternehmerische Freiheit, der Eigentumsschutz, der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Recht auf ein faires Verfahren (vgl. die Art. 15, 16, 17, 20, 41 und 47 der Grundrechte-Charta) berührt. Auch unter dem Blickwinkel der grundrechtlichen Relevanz der behördlichen Eingriffe müssen die wesentlichen Grundsätze der Bußgeldverhängung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber selbst festgelegt werden.⁵⁴ Dies ist – wie dargetan – gegenwärtig nicht geschehen.

2. Verletzung der gesetzlichen Bestimmtheit und des Rückwirkungsverbots erst recht bei Einordnung der Geldbußen als strafrechtsähnliche Maßnahmen

Den durch das Gesetz gewährleisteten Schutz gegen willkürliche oder unverhältnismäßige Eingriffe verdienen die betroffenen Unternehmen umso mehr, als es sich bei den Bußgeldentscheidungen im Wettbewerbsrecht – anders als es die Gemeinschaftsgerichte und die Kommission in ihren Entscheidungen ganz überwiegend annehmen – nicht um bloße Verwaltungsmaßnahmen, sondern um zumindest strafrechtsähnliche Maßnahmen handelt.

53 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 19. Juni 2007 zu dem Bericht über die Wettbewerbspolitik 2005, ABl. vom 12. Juni 2008, C 146/105, Rn. 6.

54 Vgl. *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2008, S. 651, die darauf hinweisen, dass einzelne Bußgeldverfügungen, aber auch der weit gefasste Bußgeldrahmen des Art. 23 in Widerspruch zu dem Erwägungsgrund 37 der VO 1/2003 geraten können, der diese auf die Grundrechte und Prinzipien der Grundrechte-Charta verpflichtet; in diesem Sinne auch *Rittner/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 7. Aufl., 2008, S. 471; speziell zum Gebot der Gleichbehandlung bei der Bußgeldverhängung siehe *Wils*, Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice, *World Competition* 29 (2), 2006, 183.

2.1 Bußgeldentscheidungen sind zumindest strafrechtsähnliche Entscheidungen

Der Hinweis in Art. 23 Abs. 5 der VO 1/2003, wonach die Bußgeldentscheidungen „keinen strafrechtlichen Charakter“ haben, gibt den Gemeinschaftsorganen kein beliebiges Recht zur Selbstqualifikation ihrer Hoheitsakte.⁵⁵ Für die Unterscheidung zwischen einer Verwaltungsentscheidung und einer Maßnahme mit strafrechtlichem Charakter kann es nicht allein auf den formalen Urheber der Maßnahme – hier: die Kommission – ankommen. Vielmehr ist entscheidend – wie auch sonst im Gemeinschaftsrecht –, wie eine Maßnahme nach ihrem materiellen Gehalt objektiv zu beurteilen ist. So ist beispielsweise die Frage, ob eine „Entscheidung“ im Sinne des Gemeinschaftsrechts vorliegt, nicht nach der gewählten Bezeichnung, sondern nach der Rechtsnatur des betreffenden Aktes zu beurteilen.⁵⁶

2.2 Bedeutung und Sperrwirkung des Art. 23 Abs. 5 der VO 1/2003

Der Ausschluss des „strafrechtlichen Charakters“ der Bußgeldentscheidungen ist in erster Linie mit kompetenzrechtlichen Erwägungen zu erklären. Man wollte seinerzeit klarstellen, dass sich die Europäische Gemeinschaft mit der insoweit gleichlautenden Vorgängerregelung in Art. 15 Abs. 4 der VO Nr. 17 keine ihr nicht zustehende strafrechtliche Kompetenz anmaße.⁵⁷

Der Grundsatz, wonach das Strafrecht ebenso wie das Strafprozessrecht prinzipiell nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen, wird in der Rechtsprechung des EuGH bis in die jüngste Zeit hervorgehoben.⁵⁸ Art. 23 Abs. 5 der VO 1/2003 (früher: Art. 15 Abs. 4 der VO Nr. 17) muss auch als rechtliche Grenze bei der Verhängung von Bußgeldern im Wettbewerbsrecht verstanden werden.⁵⁹ Die Bußgeldentscheidungen müssen unterhalb der Schwelle des Strafrechts verbleiben. Wenn sie – wie heute – diese Schwelle überschreiten, stehen sie mit dem geltenden Recht nicht im Einklang.

2.3 Bindung der Bußgeldentscheidungen an straf- und strafverfahrensrechtliche Grundsätze

Bei einer materiell-wertenden Betrachtung weisen die Bußgeldentscheidungen im Wettbewerbsrecht gegenwärtig zumindest strafrechtsähnlichen Charakter auf. Dementsprechend sind sie – unabhängig von der Überschreitung der in Art. 23 Abs. 5 der VO 1/2003 fixierten Grenze – für ihre Rechtmäßigkeit auch an straf- und strafverfahrensrechtliche Rechtsgrundsätze gebunden.

55 Vgl. *Schwarze*, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungsfunktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, *EuZW* 2003, 261.

56 Vgl. nur *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/EGV*, 3. Aufl., 2007, Art. 249, Rn. 123.

57 Dazu näher *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 2004, S. 148; *Heine*, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Bd. 125 – 2007 –, Heft 2, 105.

58 Zuletzt EuGH vom 23. Oktober 2007 - Rs. C-440/05 - *Kommission/Rat*, *Slg.* 2007, I-9097, Rn. 66.

59 Das EuG scheint Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 nicht als Begrenzung der Kommission bei der Verhängung von Bußgeldern zu sehen; vgl. EuG vom 6. Oktober 1994 - Rs. T-83/91 - *Tetra Pak/Kommission*, *Slg.* 1994, II-755, Rn. 235.

Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht der Zweck der Bußgelder ebenso sehr darin, „unerlaubte Handlungsweisen zu ahnden, wie darin, ihrer Wiederholung vorzubeugen“.⁶⁰ Mit der ihnen zugedachten Abschreckung und Ahndung für begangenes Unrecht erfüllen die Bußgelder strafrechtliche, „punitiv“ Zwecke. Wenn Kommission und EuGH demgegenüber ganz überwiegend den verwaltungsrechtlichen Charakter der Sanktionen betonen und nicht etwa wie Generalanwalt *Colomer* – zumindest in der deutschen Fassung seiner Schlussanträge – die Bußgeldverfahren klar und einschränkungslos als Maßnahmen des Strafrechts einordnen⁶¹, ist diese Einordnung ersichtlich in erster Linie von den damit verbundenen Rechtsfolgen geprägt.

Nach Ansicht des EuGH stellt das Bußgeldverfahren ein besonderes Verwaltungsverfahren dar, das elastischen verwaltungsrechtlichen Vorstellungen von Effizienz und Wirksamkeit der Sanktionen entspricht und nicht durch das konsequente Anlegen formal strengerer Maßstäbe des Straf- und Strafverfahrensrechts um seine Wirkung gebracht werden soll. Man will den „Kartellknackern“, von denen der frühere Wettbewerbskommissar *Karel van Miert* in seinem Buch „Markt, Macht, Wettbewerb“⁶² gesprochen hat, ersichtlich nicht durch übermäßig strenge Auflagen ins Handwerk pfuschen.

Dieser Ansatz wird der heutigen Bußgeldpraxis mit ihren enormen Bußgeldern nicht gerecht. Es geht nicht darum anzuzweifeln, dass jede Kartellrechtsordnung auf wirksame Instrumente zur Durchsetzung ihrer wesentlichen Regeln angewiesen ist. Auch ist nicht in Abrede zu stellen, dass von den angedrohten Bußgeldern eine abschreckende Wirkung zur Verhinderung von Wettbewerbsverstößen ausgehen muss. Woran es allerdings heute unter dem Blickwinkel rechtsstaatlicher Grundsätze fehlt, ist ein angemessener Ausgleich zwischen der Forderung nach effektiver Durchsetzung des Kartellrechts und der Wahrung berechtigter Rechtsschutzansprüche der betroffenen Unternehmen.

Dieser Ausgleich, der durch den Anstieg der Bußgelder in ursprünglich völlig unvorstellbare Größenordnungen verloren gegangen ist, muss wiederhergestellt werden. Dies kann zunächst dadurch geschehen, dass das Bußgeldverfahren durchgängig und nicht wie bislang nur punktuell den im Verhältnis zu den flexibleren Grundsätzen des Verwaltungsrechts strengeren Grundsätzen des Straf- und Strafverfahrensrechts unterstellt wird. Dazu bieten vor allem die Regeln der EMRK und der Grundrechte-Charta Anlass, an die – wie eingangs geschildert – die Organe der Europäischen Gemeinschaft gebunden sind. Diese Regeln verlangen bei Maßnahmen, die materiell als Strafrecht einzustufen sind – wie Bußgelder im Wettbewerbsrecht –, die zwingende Beachtung so zentraler rechtsstaatlicher Garantien wie der Gesetzlichkeit und Vorhersehbarkeit der Sanktionen und des Rückwirkungsverbots.

60 EuGH vom 15. Juli 1970 - Rs. 41/69 - *ACF Chemiefarma/Kommission*, Slg. 1970, 661, Rn. 172 ff.

61 Siehe dessen Schlussanträge in der Rechtssache C-217/00 P - *Buzzi Unicem*, Slg. 2004, 123, Rn. 29: „Das Verfahren zur Ermittlung von Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 81 und 82 EG hat strafrechtlichen Charakter.“

62 *Van Miert*, Markt, Macht, Wettbewerb, 2000, S. 216 ff.

2.4 Keine Rechtfertigung der Maßnahmen wegen „Nützlichkeit“ für den europäischen Steuerzahler

Die Einordnung der Bußgelder als strafrechtsähnliche Maßnahmen verbietet insbesondere auch, dass sich die Kommission – wie mittlerweile in ständiger Praxis – auf deren „Nützlichkeit“ für den europäischen Steuerzahler beruft. Das hat die Kommission etwa in ihrer Stellungnahme im *Vitaminkartell* vom 21. November 2001 getan:⁶³

„Geldbußen, die die Kommission wegen Verstößes gegen das EG-Wettbewerbsrecht festsetzt, werden im Gesamthaushaltsplan der Europäischen Union verbucht, sobald die Entscheidung vollstreckbar ist. Weil es sich nicht um geplante Einnahmen handelt, werden die Beträge von den Beiträgen der Mitgliedstaaten zum EU-Haushalt abgezogen, was letztlich dem europäischen Steuerzahler zugute kommt.“

Eine rechtsstaatlich angemessene Strafzumessung lässt sich schwerlich mit dem Hinweis rechtfertigen: „The amount of the fines is paid into the Community budget. The fines therefore help to finance the European Union and reduce the tax burden on individuals.“⁶⁴

*Völcker*⁶⁵ kommentiert diese Entwicklung mit den Worten: „It is debatable whether still higher fines will be more effective in preventing cartels or whether they will simply lead to a wealth transfer from shareholders to the Community budget.“

Mit Blick auf die jüngere Bußgeldpraxis verwundert es deshalb nicht, wenn neuerdings auch ehemalige Mitglieder des EuGH wie *Everling* rechtsstaatliche Zweifel anmelden. So hält *Everling* „bereits bei Sanktionen im Kartellrecht, die in der Praxis der letzten Jahre teilweise mehrere hundert Millionen erreichten [...] die Einstufung“ als bloßes Verwaltungsunrecht und nicht als Strafrecht für „fragwürdig“.⁶⁶

2.5 Die Vorgaben der EMRK (insbesondere Art. 6 und 7) – Geltung auch für Unternehmen im Bußgeldbereich

Nach den Maßstäben der EMRK sind auf die wettbewerbsrechtlichen Bußgeldverfahren die Grundsätze des Straf- und Strafverfahrensrechts, insbesondere Art. 6 und 7 EMRK, anzuwenden, die das Recht auf ein faires Verfahren und den Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ statuieren. Die Anwendbarkeit dieser zentralen Garantien für das Straf- und Strafverfahrensrecht scheitert nicht daran, dass es sich bei den Bußgeldern nicht um echte Kriminalstrafen, sondern um Maßnahmen handelt, die mit den Sanktionen

63 Presseerklärung der Kommission IP/01/1625.

64 So die Kommission im Fall *Kupferfittingshersteller*, Memo/06/337 vom 20. September 2000; wortgleich im *Bitumenkartell*, Memo/06/326 vom 13. September 2006; zuletzt zum *Chloropren-Kautschuk-Kartell*, Memo/07/544 vom 5. Dezember 2007.

65 *Völcker*, *Rough Justice? An Analysis of the European Commission’s New Fining Guidelines*, CML Rev. 2007, 1285.

66 Vgl. *Everling*, *Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union unter der Aufsicht von Kommission und Gerichtshof*, in: *Festschrift für Isensee*, 2007, S. 773; *ders.*, *Zur Gerichtsbarkeit der Europäischen Union*, in: *Festschrift für Rengeling*, 2008, S. 527.

für Ordnungswidrigkeiten im deutschen Recht vergleichbar sind. Auch für diese Sanktionen gelten die erwähnten Grundsätze der EMRK.⁶⁷ Ebenso anerkannt ist, dass sich auch juristische Personen auf Art. 6 Abs. 1 EMRK berufen können.⁶⁸

Schließlich gilt das Gebot *nulla poena sine lege certa* nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte („EGMR“) nicht nur für die gesetzliche Fixierung des Tatbestands, sondern auch für die Höhe der zu erwartenden Sanktion.⁶⁹ Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK bringt das Verbot nachträglicher Straferhöhung ebenso ausdrücklich zum Ausdruck wie Art. 49 Abs. 1 S. 2 der Grundrechte-Charta.

2.6 Das Bußgeldregime ist nicht hinreichend gesetzlich bestimmt

Zwar kommt es nach den Regeln der EMRK für die Frage, ob ein Gesetz hinreichend bestimmt und klar ist, auch auf das Rechtsgebiet sowie den Kreis der Adressaten an. So mögen technische Begriffe oder relativ unbestimmte Klauseln, die im Allgemeinen zu ungenau sind, etwa als Bestandteile von Straftatbeständen im Disziplinarrecht für bestimmte Berufsgruppen oder im Wirtschaftsstrafrecht noch die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen, weil von den betroffenen Berufsgruppen selbst höherer Sachverstand erwartet werden kann oder sie auf die Einholung fachlichen Rates verwiesen werden können.⁷⁰ Aber auch bei Anlegen dieser Maßstäbe fehlt der Regelung des Art. 23 der VO 1/2003 die erforderliche gesetzliche Bestimmtheit. Auch ein im Kartellrecht erfahrener Berater kann allein auf Grund von Art. 23 der VO 1/2003 die zu erwartende Geldbuße für einen Kartellverstoß nicht klar vorhersagen, abgesehen von der allgemeinen Prognose, dass die von der Kommission verhängten Geldbußen regelmäßig einen bislang ungebrochenen Trend nach oben aufweisen.

Die der Sache nach unbeschränkte Kompetenz der Kommission zur Anhebung des Bußgeldniveaus nach ihrem eigenen administrativen Ermessen und die ebenfalls unbeschränkte Befugnis der Kommission, nach ihren eigenen Leitlinien der „leniency policy“ über die Bedingungen einer Befreiung von der an sich verwirkten Geldbuße bzw. deren Minderung zu entscheiden, stehen mit den Anforderungen an eine bestimmte und klar vorhersehbare, durch den Gesetzgeber selbst geschaffene Rechtsgrundlage nicht in Übereinstimmung.

Man mag darüber streiten, ob und inwieweit es notwendig ist, die Komplettierung eines Normprogramms der konkretisierenden Verwaltungspraxis und der nachfolgenden richterlichen Interpretation zu überlassen. Wenn das Absehen von einer Buße bzw. deren Ermäßigung und das Niveau der zu erwartenden Sanktionen aber – wie gegenwärtig – allein in das Ermessen der Verwaltung gestellt sind, sind die rechtsstaatlichen

67 EGMR vom 21. Februar 1984 - Az. 58544/79 - *Öztürk/Deutschland*, NJW 1985, 1273, Rn. 56; dazu *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., 1996, Art. 6, Rn. 39; *Meyer-Ladewig*, EMRK-Handkommentar, 2. Aufl., 2006, Art. 6, Rn. 15f.

68 Vgl. Bericht der EKOMR vom 30. Mai 1991 - 11598/85, Rn. 66 - *Société Stenuit*; dazu *J. Schwarze*, Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH, NJW 2005, 3459.

69 EGMR vom 22. März 2001 - Az. 34044/96, 35532/97, 44801/98 - *Streletz, Kessler, Krenz/Deutschland*, NJW 2001, 3035.

70 Vgl. *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2005, S. 342 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des EGMR.

Garantien nicht mehr gewahrt, wie sie gerade auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts in Form der Gesetzlichkeit der angedrohten Sanktion unabdingbar sind.

2.7 Verletzung des Verbots der Sanktionserhöhung im Fall rückwirkender Anwendung verschärfter Bußgeld-Leitlinien

Wenn im Rahmen eines laufenden Wettbewerbsverfahrens das Bußgeldniveau angehoben werden kann, wird zusätzlich das in der EMRK und der Grundrechte-Charta – wie im nationalen Verfassungsrecht – speziell verankerte Verbot der Sanktionserhöhung verletzt.

Die Rechtsprechung des EuGH ist auf diesem Gebiet ersichtlich widersprüchlich. Einerseits bezieht sie auch die Leitlinien der Kommission über die Bußgeldbemessung ausdrücklich in den Schutz vor rückwirkender Rechtsänderung ein. Auch derartige Verhaltensnormen seien „Recht“ im Sinne des Art. 7 Abs. 1 EMRK, der Schutz vor einer gesetzlich nicht vorgesehenen oder nachträglich erhöhten Strafe bietet.⁷¹ Andererseits hebt sie den danach bestehenden Vertrauensschutz aber wiederum dadurch aus, dass sie der Kommission ein unbegrenztes Ermessen zur Anhebung des Bußgeldniveaus zuerkennt.⁷²

Nach Auffassung des EuGH müssen die betroffenen Unternehmen jederzeit mit einer Erhöhung der Geldbußen, sei es durch Einzelentscheidungen, sei es durch Änderung der Leitlinien, rechnen.⁷³ Damit wird nicht nur das Prinzip der Gesetzlichkeit, sondern auch der Grundsatz des Vertrauensschutzes verletzt.

3. Keine stichhaltigen Einwände gegen die Annahme einer Verletzung des Prinzips der Gesetzlichkeit und des Grundsatzes des Vertrauensschutzes

Gegen diese Schlussfolgerungen lassen sich mehrere Einwände vorbringen, die aber alle im Ergebnis nicht stichhaltig sind.

3.1 Unbeschränkte richterliche Ermessensnachprüfung (Art. 229 EG) schafft keinen Ausgleich

So könnte man zunächst darauf hinweisen, dass die auf dem Gebiet der Geldbußen im Wettbewerbsrecht vorgesehene unbeschränkte richterliche Ermessensnachprüfung (Art. 229 EG i.V.m. Art. 31 der VO 1/2003) ein ausreichend rechtsstaatliches Gegengewicht gegenüber der unbestimmten gesetzlichen, aber durch Verwaltungsleitlinien hinreichend komplettierten Fassung des Bußgeldtatbestandes bildet.

Dieser Hinweis begegnet als erstes wiederum dem Gegenargument, dass jedes Gemeinschaftsorgan für sich den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit genügen muss, und es deshalb nicht akzeptabel erscheint, dass Mängel an rechtsstaatlicher

71 EuGH vom 28. Juni 2005 - Verb. Rs. C-189/02 P, 202/02 P, 205/02 P bis 208/02 P und C-213/02 P - *Dansk Rorindustri u.a.*, Slg. 2005, I-5571, Rn. 222 f.

72 EuGH, a.a.O., Rn. 228 ff.

73 EuGH, a.a.O., Rn. 230; ebenso EuGH vom 18. Mai 2006 - Rs. C-397/03 P - *Archer Daniels Midland and Archer Daniels Midland Ingredients/Kommission*, Slg. 2006, I-4475, Rn. 25.

Präzision auf Seiten des Gemeinschaftsgesetzgebers durch den Gemeinschaftsrichter ausgeglichen werden.

Darüber hinaus müsste die richterliche Praxis dieser Argumentationslinie jedenfalls entsprechen. Denn ein wirklicher rechtsstaatlicher Ausgleich würde in jedem Fall voraussetzen, dass die Gemeinschaftsgerichte den erhobenen Vorwurf des Wettbewerbsverstoßes und die Angemessenheit der Buße in vollem Umfang selbst nachprüfen, anstatt sich – wie heute üblich – auf eine kursorische Überprüfung des Wettbewerbsverfahrens der Kommission und dessen Ergebnisses zu beschränken.

Bei einem Gesamtüberblick über die durchgeführten Wettbewerbsverfahren drängt sich der Eindruck auf, dass vor allem in den Anfangszeiten der Kartellkontrolle vom EuGH eine Art „Deal“ in dem Sinne angestrebt wurde, durch eine mehr oder minder schematisch vorgenommene Bußgeldreduktion ein zeitaufwendiges und komplexes wirtschaftsrechtliches Verfahren in einem bestimmten Zeitrahmen zu beenden. Ein rechtsstaatlicher Ausgleich wäre aber heute angesichts der enormen Bußgeldhöhen nur denkbar, wenn die Gemeinschaftsgerichte von der Praxis eines mehr oder minder kursorischen Nachprüfungsverfahrens Abstand nehmen und eine vollumfängliche Kontrolle des Handelns und des Ergebnisses der Kommission vornehmen würden.

3.2 Keine Überforderung des Gemeinschaftsgesetzgebers, wenn er selbst das Bußgeldregime komplettieren muss

Man mag weiter einwenden, dass auch ein rechtsstaatliches Straf- und Strafverfahrensrecht bei der Formulierung weder des Straftatbestandes noch seiner Folgen ohne ein gewisses Maß an generalklauselartiger Offenheit auszukommen vermag. Dies entbindet aber den Gemeinschaftsgesetzgeber nicht von der Pflicht, alle nur denkbaren Anstrengungen zu unternehmen, um selbst mehr Klarheit bei der Bußgeldbemessung zu schaffen. Die gesetzlichen Bestimmungen sind hier äußerst knapp. Abgesehen von den Orientierungspunkten Schwere und Dauer des Wettbewerbsverstoßes sowie der 10%igen Umsatzhöchstgrenze wird die gesamte Ausfüllung des Bußgeldregimes einschließlich der Regeln über das Absehen von Sanktionen bzw. deren Reduktion dem administrativen Ermessen der Kommission überlassen. Es ist keine Überforderung des Gesetzgebers, wenn man von ihm insoweit eine eigenverantwortliche Entscheidung verlangt.

3.3 Bußgeldregime durch praktische Handhabung nicht berechenbarer geworden

Ferner lässt sich einwenden, dass die Bußgeldverfahren im Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft nunmehr seit bald 50 Jahren jedenfalls grundsätzlich mehr oder minder unbeanstandet durchgeführt werden und die weitmaschigen Gesetzesnormen durch die jahrzehntelange Praxis eine hinreichende rechtsstaatliche Kontur gewonnen haben, sodass Zweifel an der erforderlichen Bestimmtheit und Unzweideutigkeit des Sanktionssystems nicht (mehr) begründet seien.

Dieses Argument lässt sich durchaus auch umkehren. An der erforderlichen gesetzlichen Klarheit und Bestimmtheit des Sanktionssystems kann man umso mehr zweifeln, je größer die Veränderungen in der praktischen Handhabung sind, die dieses im

Grundsatz unverändert geltende normative System über die Jahrzehnte erlaubt hat.⁷⁴ Bei Erlass des Art. 15 der VO Nr. 17 hat man sich mit Sicherheit nicht vorgestellt, welche (exorbitanten) Höhen die Geldbußen unter ein und demselben Regelwerk erreichen würden.

3.4 Der Umschlag von Quantität in Qualität

Trotz aller denkbaren rechtstheoretischen Einwände wird man bei realistischer Betrachtung nicht in Zweifel ziehen können, dass auch im Recht Quantität in Qualität umschlagen kann. Davon kann man sprechen, wenn anfänglich moderat bemessene Geldbußen mittlerweile bei Beträgen von einer halben Milliarde Euro angelangt sind.

Es mag zwar nicht leicht sein, exakt eine Grenze anzugeben, wann sich Geldbußen für bloßes Verwaltungsunrecht in eine strafrechtliche Sanktion verwandeln. Dies bedeutet aber nicht, dass es eine solche Grenze nicht gibt. Es spricht jedenfalls vieles dafür, dass Geldbußen in der heute verhängten Größenordnung durchweg strafrechtsähnliche Maßnahmen darstellen.

3.5 Die Konsequenz einer rechtsstaatlichen Nachbesserungspflicht des Gemeinschaftsgesetzgebers

Unter diesen Umständen besteht für den Gemeinschaftsgesetzgeber eine rechtsstaatliche Nachbesserungspflicht, um berechnete Verfolgungsansprüche der Kommission und ebenso berechnete Rechtsschutzansprüche der betroffenen Unternehmen wieder zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Leitmaßstab muss dabei sein, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst – wie von der EMRK und der Grundrechte-Charta gefordert – die Gesetzlichkeit des Bußgeldsystems (wieder-)herstellt und selbst für die nötige Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Geldbußen sorgt. Der Gemeinschaftsgesetzgeber darf unter Beachtung des Grundsatzes *nulla poena sine lege certa* die Ausfüllung des Bußgeldsystems nicht praktisch grenzenlos dem administrativen Ermessen der Kommission in Form von Verwaltungsleitlinien überlassen. Wird eine Anhebung des Bußgeldniveaus im Rahmen eines laufenden Wettbewerbsverfahrens beschlossen, liegt zusätzlich ein Verstoß gegen das Verbot der Rückwirkung vor.

Die durchgängige Bindung des Bußgeldverfahrens an die im Vergleich zu den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts strikteren rechtlichen Maßstäbe des Straf- und Strafverfahrensrechts würde im Ergebnis auch die Schlagkraft der europäischen Kartellbehörden nicht unangemessen schwächen. Immerhin verwehrt auch das Strafverfahrensrecht trotz aller strikten Förmlichkeit keineswegs den Behörden notwendige „Überraschungsmaßnahmen“ bei der Strafverfolgung.

74 Zum Wandel der ursprünglich niedrig bemessenen zu immer stärker ansteigenden Geldbußen vgl. nur *Faull & Nikpay*, *The EC Law of Competition*, 2. Aufl., 2007, S. 1011 ff.

3.6 Notwendige Korrekturen durch Kommission und Gemeinschaftsgerichte in Form durchgängiger Bindung des Bußgeldverfahrens an die rechtsstaatlichen Grundsätze des Straf- und Strafverfahrensrechts

Im Rahmen des bestehenden Systems sind neben der Kommission selbst vor allem die Gemeinschaftsgerichte aufgerufen, durch eine strikte Durchsetzung der elementaren Grundsätze des Straf- und Strafverfahrensrechts im wettbewerblichen Bußgeldverfahren und eine verstärkte inhaltliche Kontrolle des Kartellvorwurfs und der Höhe der bußgeldmäßigen Sanktion die rechtsstaatliche Balance zwischen der Gewährleistung des Wettbewerbsrechts und den Verteidigungsrechten der Unternehmen wiederherzustellen.

Trotz aller Anpassungsbemühungen des EuGH an die Rechtsprechung des EGMR bei der Abfassung seiner Urteile bleiben nach wie vor materielle Wertungsunterschiede zwischen der Rechtsprechung der beiden Gerichtsbarkeiten bestehen. Diese Wertungsunterschiede beruhen auf Seiten des EuGH vor allem auf dem Verständnis, dass Bußgeldverfahren im europäischen Kartellrecht prinzipiell etwas anders sind als Strafverfahren.

Nach Ansicht des EuGH ist dieses Verfahren nach wie vor in erster Linie Verwaltungsverfahren, das den Anforderungen administrativer Effizienz und Wirksamkeit entsprechen muss. Darüber kann auch nicht hinwegtäuschen, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung neben den allgemeinen Grundsätzen des europäischen Verwaltungsrechts mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des EGMR vereinzelt auch die strengeren straf- und strafverfahrensrechtlichen Garantien der EMRK angewandt hat.⁷⁵ Erst wenn der EuGH, was angesichts der heutigen Höhe der verhängten Geldbußen unabweisbar erscheint, seine generelle Linie ändert und die elementaren Grundsätze des Straf- und Strafverfahrensrechts, wie sie in Art. 6 und 7 der EMRK und in Art. 47 bis 50 der Grundrechte-Charta verankert sind, durchgängig auf das wettbewerbsrechtliche Bußgeldverfahren anwendet, ist ein Gleichklang mit der Rechtsprechung des EGMR hergestellt und werden die übergeordneten Gebote der EMRK und Grundrechte-Charta respektiert.

4. Schlussfolgerung

Unter den gegenwärtigen Bedingungen verletzt das Bußgeldverfahren das Prinzip gesetzlicher Bestimmtheit und bei Anhebung des Bußgeldniveaus im Rahmen laufender Verfahren zusätzlich das im Straf- und Strafverfahrensrecht geltende Rückwirkungsverbot.

⁷⁵ Vgl. EuGH vom 8. Juli 1999 - Rs. C-199/92 P - *Hüls/Kommission*, Slg. 1999, I-4287, Rn. 150; EuGH vom 8. Juli 1999 - Rs. C-235/92 P - *Montecatini/Kommission*, Slg. 1999, II-4539, Rn. 176; dazu *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 2004, S. 145.

IV. Die Kontrolle am Maßstab der Unschuldsvermutung und der Selbstbelastungsfreiheit

1. Die rechtsstaatliche Problematik des Bußgeldverfahrens unter dem Blickwinkel der Unschuldsvermutung und Selbstbelastungsfreiheit

Auch unter dem Blickwinkel der grundlegenden straf- und strafverfahrensrechtlichen Garantien der Unschuldsvermutung (*in dubio pro reo*) und der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur*) erweist sich das heutige Bußgeldverfahren im Wettbewerbsrecht als rechtsstaatlich problematisch. Die Problematik ergibt sich insbesondere aus der von der Kommission in der Form einer (Verwaltungs-)Mitteilung erlassenen Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen („**Kronzeugen-Mitteilung**“⁷⁶).

Diese Kronzeugenregelung löst mit ihrem Versprechen des Bußgelderlasses bzw. der Bußgeldermäßigung einen faktischen Zwang zur Selbstbelastung und zur Preisgabe belastender Informationen aus. Insbesondere zu weitgehende oder undifferenzierte Beschuldigungen durch Kronzeugen, zu denen die Kronzeugen-Mitteilung einen Anreiz liefert, führen – entgegen der grundlegenden Garantie der Unschuldsvermutung – materiell zur Umkehr der Beweislast. Nicht die Behörden müssen den Beweis für einen Gesetzesverstoß führen, sondern das belastete Unternehmen muss sich gegenüber dem Vorwurf selbst entlasten.

Die Gemeinschaftsgerichte haben die Kronzeugenregelungen der Kommission bislang nicht grundsätzlich beanstandet. Die Kronzeugenregelungen sind aber trotz positiver Effekte, die sie bei der Aufklärung von Kartellen bewirken können, zu Recht auf rechtsstaatliche Bedenken gestoßen.⁷⁷

2. Die Anerkennung der Unschuldsvermutung für Unternehmen im Bußgeldverfahren durch die Gemeinschaftsgerichte

Was die Rechtslage in Bezug auf die beiden hier untersuchten rechtsstaatlichen Garantien im Gemeinschaftsrecht angeht, so besteht kein Zweifel an der grundsätzlichen Geltung der Unschuldsvermutung. Jede beschuldigte Person hat bis zum rechtsförmlich erbrachten Beweis ihrer Schuld als unschuldig zu gelten.

Das EuG hat dies jüngst in einer Entscheidung vom 12. Oktober 2007⁷⁸ noch einmal bestätigt. Zugleich hat das EuG unter Rückgriff auf frühere Entscheidungen des EuGH⁷⁹ bekräftigt, dass insbesondere der Grundsatz der Unschuldsvermutung auch in Verfahren gilt, die gegen Unternehmen wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsre-

76 Vgl. Fn. 50.

77 Vgl. *Hetzel*, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht, 2004, S. 157 f.; *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG / Teil 2, 4. Aufl., VO 1/2003, Rn. 221.

78 EuG vom 12. Oktober 2007 - Rs. T-474/04 - *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Kommission*, noch nicht veröffentlicht in Slg., Rn. 76.

79 Z.B. EuGH vom 8. Juli 1999 - Rs. C-199/92 P - *Hüls/Kommission*, Slg. 1999, I-4287, Rn. 150.

geln geführt werden und zur Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern führen können.⁸⁰ Das EuG hat sich insoweit ausdrücklich auch auf Art. 48 der Grundrechte-Charta berufen.⁸¹

3. Vergleich der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte mit der des EGMR

Die Rechtsprechung des EuGH bleibt bei der Garantie der Selbstbelastungsfreiheit hinter der strengeren Handhabung durch den EGMR und (früher) durch die Europäische Kommission für Menschenrechte („**EKomMR**“) zurück.

3.1 Die Garantie der Selbstbelastungsfreiheit in der Rechtsprechung des EGMR

Der EGMR leitet aus Art. 6 Abs. 1 EMRK das Recht ab, sich nicht selbst belasten zu müssen und versteht darunter ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht.⁸²

„Auch wenn das in Art 6 EMRK nicht ausdrücklich gesagt wird, sind das Recht zu schweigen und das Recht, nicht zu seiner eigenen Beschuldigung beizutragen, international allgemein anerkannte Grundsätze, die ein Kernstück des von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Verfahrens sind.“ – so wörtlich der EGMR in einem Urteil vom 3. Mai 2001.⁸³

In Zusammenfassung seiner bisherigen Rechtsprechung hat der EGMR jüngst in einem Urteil vom 11. Juli 2006 zu dem durch Art. 6 EMRK geschützten fairen Verfahren darauf hingewiesen, dass „insbesondere das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit voraussetzt, dass die Anklage bemüht ist, ihre Beweisführung in einer Strafsache so zu begründen, dass sie ohne Beweismittel auskommt, die gegen den Willen des Angeklagten durch Zwang oder Druck erlangt werden“.⁸⁴

3.2 Geringerer Schutz durch die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte

Gemessen an diesen Standards werden die Selbstbelastungsfreiheit und das Recht auf Aussageverweigerung für die Unternehmen im Kartellverfahren vom EuGH nur deutlich eingeschränkt anerkannt. Die Rechtsprechung des EuGH wird ersichtlich von der Erwägung geleitet, die Effektivität der behördlichen Ermittlungsverfahren bei der Aufdeckung und Bekämpfung von Kartellen nach Möglichkeit zu sichern. So erkennen die Entscheidungen des EuGH den Unternehmen allenfalls ein „Geständnisverweigerungsrecht“ zu.⁸⁵

In der nach wie vor maßgeblichen Grundsatzentscheidung im Fall *Orkem*, die 2006⁸⁶ erneut bestätigt wurde, hat der EuGH in Bezug auf die für das Wettbewerbsverfah-

80 EuG, a.a.O., Rn. 75.

81 Ebd.

82 EGMR vom 25. Februar 1993 - Az. 82/1991/334/407 - *Funke/Frankreich*; dazu *Schwarze*, Der Grundrechtsschutz durch den EuGH, NJW 2005, 3461.

83 EGMR vom 3. Mai 2001 - Az. 31827/96 - *J.B./Schweiz*, NJW 2002, 499, Rn. 64.

84 EGMR vom 11. Juli 2006 - Az. 54810/00 - *Abu Bakah Jalloh/Deutschland*, EuGRZ 2007, 150, Rn. 100.

85 So *Burrichter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG / Teil 2, 4. Aufl., 2007, Vorbemerkungen zu Art. 17-22 der VO 1/2003, Rn. 36 m.w.N.

86 EuGH vom 29. Juni 2006 - Rs. C-301/04 P - *Kommission/SGL Carbon AG*, Slg. 2006, I-5915, Rn. 39 ff.

ren relevanten Tatsachen auch bei Gefahr der Selbstbelastung kein Auskunftsverweigerungsrecht der betroffenen Unternehmen anerkannt. Vielmehr hat er die Kommission ausdrücklich für berechtigt angesehen, „das Unternehmen zu verpflichten, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und ihr erforderlichenfalls die in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln, selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen“.⁸⁷

Eine Grenze für das Auskunftsverlangen der Kommission sieht der EuGH erst dann erreicht, wenn Auskünfte angefordert werden, welche „die Verteidigungsrechte des Unternehmens beeinträchtigen“⁸⁸. Insbesondere „darf die Kommission dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegen, Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat“.⁸⁹

Zu welcher Aushöhlung der Selbstbelastungsfreiheit diese Einschränkung des Auskunftsverweigerungsrechts führt, zeigt die Handhabung der Grundsätze der *Orkem*-Entscheidung des EuGH durch die Rechtsprechung des EuG. Das EuG sieht in der Verpflichtung zur Beantwortung rein tatsächlicher Fragen und zur Vorlage vorhandener Unterlagen keine Verletzung der Verteidigungsrechte oder des Anspruchs auf einen fairen Prozess. Diese Auffassung sucht das Gericht mit dem unrealistischen und widersprüchlichen Argument zu begründen, dass „nichts den Adressaten daran [hindere], später im Verwaltungsverfahren oder in einem Verfahren vor dem Gemeinschaftsrichter seine Verteidigungsrechte auszuüben und zu beweisen, dass die in den Antworten mitgeteilten Tatsachen oder die übermittelten Unterlagen eine andere als die ihnen von der Kommission beigemessene Bedeutung haben“.⁹⁰

4. Gründe für einen Verstoß gegen die Grundsätze der Aussagefreiheit und der Unschuldsvermutung nach Maßgabe der EMRK und der Grundrechte-Charta

Mit diesen Einschränkungen beim Auskunftsverweigerungsrecht wird die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte den Standards der EMRK und der Grundrechte-Charta nicht gerecht.

4.1 Unschuldsvermutung und Aussagefreiheit gemäß der EMRK und Grundrechte-Charta als Schutz vor unerlaubtem Zwang oder Druck

Vom EGMR wird der Grundsatz *nemo tenetur* – wie erwähnt – zum Kernbereich eines fairen Verfahrens gerechnet und in einen engen Zusammenhang mit der Unschulds-

87 EuGH vom 18. Oktober 1989 - Rs. 374/87 - *Orkem/Kommission*, Slg. 1989, 3283, Rn. 34; zur nachfolgenden Rechtsprechung vgl. die Dokumentation bei *Burrichter*, a.a.O., Rn. 33 ff.

88 EuGH, a.a.O., Rn. 34.

89 EuGH, a.a.O., Rn. 35.

90 EuG vom 20. Februar 2001 - Rs. T-112/98 - *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Slg. 2001, II-729, Rn. 78; ebenso EuG vom 29. April 2004 - Verb. Rs. T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01 und T-252/01 - *Tokai Carbon u.a/Kommission*, Slg. 2004, II-1181, Rn. 406.

vermutung gerückt.⁹¹ Auch die Bestimmungen der Art. 47 Abs. 2 und 48 Abs. 1 der Grundrechte-Charta werden so ausgelegt, dass sie im Zusammenspiel von fairem Verfahren und Unschuldsvermutung verlangen, dass die Anklage die strafrechtliche Schuldfeststellung nicht mit Beweismitteln betreibt, die durch eine erzwungene Mitwirkung des Beschuldigten gewonnen wurden.⁹²

Wenn man die Maßstäbe der EMRK und der Grundrechte-Charta zugrunde legt, kommt es darauf an, ob die geschilderten Einschränkungen beim Aussageverweigerungsrecht im europäischen Kartellverfahren und insbesondere die dort angewandten Kronzeugenregelungen im Sinne der Rechtsprechung des EGMR einen unerlaubten Zwang oder Druck gegenüber den betroffenen Unternehmen auslösen.

4.2 Kronzeugenregelung schafft faktischen Zwang und führt zu einer Beeinträchtigung fairen Verfahrens

Zu dieser speziellen Problematik liegt keine Entscheidung des EGMR vor. Es sprechen aber unter Berücksichtigung der Praxis der (früheren) EKomMR überwiegende Gründe dafür, dass das Bußgeldverfahren im europäischen Wettbewerbsrecht auch unter dem Blickwinkel der Selbstbelastungsfreiheit und der Unschuldsvermutung nicht den Grundsätzen der EMRK und in deren Gefolgschaft der Grundrechte-Charta entspricht.

Die Kronzeugenregelung löst jedenfalls erheblichen faktischen Druck auf die Unternehmen zu einer Selbstbeziehung aus, wenn auf diese Weise der Erlass oder die Ermäßigung einer Geldbuße erreichbar erscheint.⁹³

4.3 Keine Rechtfertigung unter dem Blickwinkel einer (angeblich) die Unternehmen nur begünstigenden Regelung

Allerdings wirken diese Regeln zu Gunsten und nicht zu Lasten jedenfalls derjenigen Unternehmen, die letztlich von ihnen profitieren und einen Bußgelderlass bzw. eine Bußgeldermäßigung erreichen. Dies bedeutet aber nicht, dass die Kronzeugen-Mitteilungen wegen einer (angeblich) allein begünstigenden Wirkung rechtsstaatlich unproblematisch wären. Der begünstigenden Wirkung zugunsten des Antragstellers, der von ihr Gebrauch machen will, stehen Belastungen Dritter gegenüber. Es wird eine Gesamtentscheidung über einen komplexen Vorgang getroffen, in dem sich die begünstigende Wirkung für das oder diejenigen Unternehmen, die davon profitieren, zugleich als Belastung für andere involvierte Unternehmen auswirkt, denen dieser Vorteil nach der Kronzeugen-Mitteilung vorenthalten wird.

Wegen dieser Doppel- oder Drittwirkung kann der Einsatz der Kronzeugenregelung bei Bußgeldentscheidungen nicht von der Respektierung des Gesetzesvorbehalts freigestellt werden. So ist beispielsweise im nationalen (deutschen) Verfassungs- und

91 Vgl. EGMR vom 17. Dezember 1996 - Az. 19187/91 - *Saunders/Vereinigtes Königreich*, RJD 1996 - VI, Rn. 68; EGMR vom 21. Dezember 2000 - Rs. 34720/97 - *Heaney u. Mc Guinness/Irland*, RJD 2000 - XII, Rn. 40; dazu *Grabowarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2005, S. 333.

92 Vgl. *Eser*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., 2006, Art. 48, Rn. 10a.

93 Vgl. Abschnitt D. II. 2.1.b.

Verwaltungsrecht anerkannt, dass eine an sich begünstigende und deshalb nicht dem Gesetzesvorbehalt unterstellte Leistungsgewähr wie eine Subvention dann an das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage gebunden ist, wenn mit der Begünstigung zugleich eine Belastung des Leistungsempfängers⁹⁴ oder eines Dritten⁹⁵ einhergeht. Ähnlich liegt der Fall hier. Der Einsatz der Kronzeugenregelung löst nämlich unter den betroffenen Unternehmen einen Wettlauf um Bußgelderlass bzw. eine möglichst große Bußgeldreduzierung aus.⁹⁶

Das erste Unternehmen erreicht den Erlass der Geldbußen; die anderen Unternehmen, die ebenfalls von der Kronzeugenregelung Gebrauch machen wollen, erhalten lediglich eine Bußgeldermäßigung oder gehen leer aus. Damit ist für die am Wettlauf beteiligten Unternehmen die völlig unkalkulierbare Gefahr verbunden, von einem Wettbewerber mit haltlosen, undifferenzierten oder zu weitreichenden Vorwürfen überzogen zu werden. In dieser Situation der Unklarheit, die für die Unternehmen praktisch nicht überwindbar ist, drohen die hergebrachten Beweisgrundsätze im Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenverfahren in ihr Gegenteil verkehrt zu werden. Anstelle der Regel, wonach die Behörde – hier: die Kommission – den Verstoß gegen die Wettbewerbsvorschriften beweisen muss, sieht sich das Unternehmen mit der Situation konfrontiert, sich gegenüber den von anderen Unternehmen vorgebrachten und zunächst nicht näher einschätzbaren Vorwürfen verteidigen und dafür die Beweislast tragen zu müssen. Dadurch werden die rechtsstaatlichen Verteidigungsrechte in ihrem Kern bedroht. Ein solches Verfahren erscheint rechtsstaatlich nur dann akzeptabel, wenn es jedenfalls an eine klare gesetzliche Vorgabe und Ausgestaltung gebunden ist.

Nach Auffassung des EGMR kommt es bei der Frage, ob ein bestimmtes Verfahren die Grundzüge des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit aushöhlt, insbesondere auf folgende Punkte an: „Art und Weise sowie Grad des Zwangs, Vorhandensein angemessener Garantien im jeweiligen Verfahren und etwaige Verwertung der so erlangten Beweismittel“.⁹⁷

4.4 Gründe für eine Aushöhlung der Selbstbelastungsfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der Praxis der EKomMR

Für eine unzulässige Aushöhlung der Selbstbelastungsfreiheit sprechen im Einzelnen die folgenden Gesichtspunkte.

94 Vgl. *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., 2008, S. 116: „Wo Leistungsgewährungen mit einer rechtlichen Belastung verkoppelt sind, gilt schon der traditionelle Gesetzesvorbehalt.“

95 So hält das BVerwG, E 90 112, 126, den rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt für erforderlich, wenn mit einer Subventionierung die Grundrechtssphäre eines am Subventionsverhältnis nicht beteiligten Dritten berührt wird; zustimmend etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., 2006, S. 123; *Zippelius/Würtenberger*, a.a.O., S. 117.

96 Zu diesem Wettlauf, der für die Unternehmen im Vordergrund steht, siehe *Schwarze*, Les sanctions imposées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement no. 1/2003 CE à la lumière des principes généraux de droit européen, Rev. Trim. de droit européen, 2007, 1; vgl. auch die Entscheidung des Parlamentes, oben Fn. 53.

97 So zuletzt EGMR vom 11. Juli 2006 - Az. 54840/00 - *Abu Bakah Jalloh/Deutschland*, EuGRZ 2007, 150, Rn. 101.

Die Gefahr, sich gegenüber nicht begründeten oder jedenfalls überzogenen Vorwürfen eines Konkurrenten, der von der Kronzeugenregelung Gebrauch macht, aktiv verteidigen zu müssen, ist erheblich. Bereits die Höhe der heute verhängten Geldbußen schafft für die Unternehmen einen erheblichen Anreiz, in den Wettlauf um Bußgelderlass bzw. -ermäßigung einzutreten und zur Ausschaltung von Konkurrenten auch zu unfairen Mitteln zu greifen. Die dadurch geschaffene Lage ist für die betroffenen Unternehmen im Vergleich zu der Situation, dass die Behörde selbst den Vorwurf eines Kartellverstößes erhebt, praktisch unübersehbar, so dass ein kalkulierter Einsatz legitimer Verteidigungsrechte ausgeschlossen ist oder zumindest ganz erheblich erschwert wird. Diese Unübersehbarkeit der Situation übt nicht nur erheblichen Druck zum Eintritt in den Wettlauf um Bußgelderlass bzw. -ermäßigung aus; sie zwingt zugleich zur Preisgabe von Informationen, deren Geheimhaltung zu den grundlegenden Rechten in einem Verfahren gehört, das – wie hier – zu äußerst schweren Sanktionen führen kann.

Diese Umstände legen die Bewertung nahe, dass die Kronzeugenregelung insgesamt einen unzulässigen Zwang ausübt und die Fairness des Verfahrens bedroht, wie sie von Art. 6 EMRK als wesentlicher rechtsstaatlicher Garantie verlangt wird.

In diese Richtung weisen auch Äußerungen der EKomMR, die sie zur Verwertung belastender Aussagen eines Mittäters als Kronzeugen gemacht hat, dem dafür eine Freistellung von der Strafverfolgung bzw. eine Ermäßigung der Strafe zugesagt worden war. Für beide Fallkonstellationen – Freistellung von der Strafverfolgung und Ermäßigung der Strafe – hat die EKomMR mit gleichlautender Formulierung entschieden:

„The Commission points out that the use at the trial of evidence obtained from an accomplice by granting him immunity from prosecution (or „a reduction of sentence“) may put in question the fairness of the hearing granted to an accused person, and thus raise an issue under Art. 6 (1) of the Convention.“⁹⁸

In beiden Entscheidungen wurden allerdings auf Grund der besonderen Umstände des Falles wegen der vollständigen Transparenz des gewählten Verfahrens und der Gewährung entsprechender Verteidigungsrechte eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK verneint.

Im ersten Fall vom 6. Oktober 1976 hat die EKomMR ihre Entscheidung mit dem Hinweis begründet:

„In the present case, however, the manner in which the evidence given by S. was obtained was openly discussed with counsel for the defence and before the jury. Furthermore the Court of Appeal examined carefully whether due account was taken of these circumstances in the assessment of the evidence and whether there was corroboration.“

98 Vgl. EKomMR vom 6. Oktober 1976 - Az. 7306/75 - X./Vereinigtes Königreich; und vom 30. November 1994 - Az. 18666/91 - René Salmon Meneses/Italien; dazu Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., 1996, Art. 6, Rn. 111.

Im zweiten Fall vom 30. November 1994 hat die EKomMR eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK mit den Worten verneint:

„However, the Commission notes that in the present case there are numerous elements in the proceedings as a whole, and concerning C. M.'s evidence in particular, that indicate that the applicant had a fair hearing. In the first place the agreement between the accomplice and the prosecution was fully disclosed and openly discussed with the applicant and his counsel. The applicant had every opportunity, through his lawyer, to put questions directly to C. M. and to challenge his statements, thus providing the judges with all information which was casting doubt on the witness' credibility. Moreover, the Italian courts had examined the evidence before them thoroughly, and had come to the conclusion that the statements made by C. M. were corroborated by other evidence, such as the statements of the applicant's accomplices as well as documents found in the defendant's possession.“

Sicher kann man die in den beiden Entscheidungen jeweils zugrunde liegende Fallkonstellationen nicht im vollen Umfang mit der Situation vergleichen, die unter der Kronzeugenregelung im wettbewerbsrechtlichen Bußgeldverfahren eintritt. Wesentliche Elemente aus den Entscheidungen der EKomMR sprechen aber dafür, dass das gegenwärtig praktizierte Bußgeldverfahren danach nicht den Erfordernissen eines fairen Verfahrens im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK gerecht wird. Abgesehen von dem geschilderten Zwang zur Selbstbelastung, der von der Kronzeugenregelung ausgeht, sind es vor allem die fehlende Offenheit des Verfahrens für das beschuldigte Unternehmen und die mangelnden direkten Befragungsrechte gegenüber dem Kronzeugen, die deutliche Zweifel an der Fairness des Verfahrens auslösen.⁹⁹

In einer Gesamtwürdigung aller Umstände sprechen deshalb überwiegende Gründe dafür, dass das Bußgeldverfahren auch unter dem Blickwinkel der Selbstbelastungsfreiheit und der Unschuldsvermutung nicht den Anforderungen an ein faires Verfahren im Sinne der EMRK und der ihr insoweit folgenden Grundrechte-Charta entspricht. In jedem Fall ist der Einsatz der Kronzeugenregelung im europäischen Wettbewerbsrecht dem Vorbehalt des Gesetzes zu unterstellen, um den betroffenen Unternehmen auf diese Weise im Sinne der *Hoechst*-Entscheidung¹⁰⁰ des EuGH „Schutz vor willkürlichen oder unverhältnismäßigen Eingriffen“ der Verwaltung zu bieten.

4.5 Keine stichhaltigen Einwände gegen die Annahme eines Verstoßes gegen die Aussagefreiheit und die Unschuldsvermutung

Diese Schlussfolgerung wird auch durch einige denkbare Einwände nicht widerlegt. Zunächst lässt sich nicht mit Erfolg geltend machen, Art. 6 und 7 EMRK statuierten zwingende rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze nur für ein eigentliches (Kriminal-)

⁹⁹ Zur Notwendigkeit, grundsätzlich alles Beweismaterial in Anwesenheit des Angeklagten in einer öffentlichen Verhandlung mit dem Ziel einer kontradiktorischen Erörterung vorzulegen, vgl. EGMR vom 25. Juni 1992, *Lüdi/Schweiz*, EuGRZ 1992, 300, Rn. 47.

¹⁰⁰ EuGH vom 21. September 1989 - Verb. Rs. 46/87 und 227/88 - *Farbwerke Hoechst/Kommission*, Slg. 1989, 2859.

Strafverfahren, nicht aber für ein Geldbußenverfahren im europäischen Wettbewerbsrecht.

Wie oben bereits dargelegt, folgt die Praxis der Konventionsorgane bei der Auslegung der EMRK einer materiellen Betrachtungsweise und wendet auch auf Geldbußenverfahren für Taten mit Ordnungswidrigkeitencharakter die grundlegenden Regeln der Art. 6 und 7 EMRK an.

Die EKomMR hat unter Bezugnahme auf die Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall *Öztürk*¹⁰¹, mit der auch die Verhängung von Ordnungswidrigkeiten den Garantien für das Strafverfahren unterstellt wurde, ausdrücklich auch das europäische Kartellverfahren in den Schutz einbezogen:

*„For the purpose of the examination of this question it can be assumed that the anti-trust proceedings in question would fall under Article 6 had they been conducted by German and not by European judicial authorities.“*¹⁰²

Aus dieser Entscheidung der EKomMR ergibt sich zugleich, dass die Gewährung der erwähnten rechtsstaatlichen Garantien in einem Verfahren mit punitivem Sanktionscharakter auch nicht daran scheitert, dass sich ein Unternehmen, nicht aber eine natürliche Person auf sie beruft. Beschwerdeführerin war in diesem Fall eine Kommanditgesellschaft (limited partnership), ohne dass die Kommission an deren Beschwerdebefugnis irgendwie Anstoß genommen hätte.

Es entspricht herrschender Auffassung, dass der Begriff „jedermann“, dem die Verfahrensrechte aus Art. 6 Abs. 1 EMRK zustehen, neben natürlichen auch juristische Personen und ihnen gleichzustellende (Personen-)Einheiten umfasst.¹⁰³

5. Die Erstreckung speziell des Schutzes durch die Aussagefreiheit auf juristische Personen

Begründete Zweifel an der Berechtigung, speziell den Schutz der Aussagefreiheit und der Unschuldsvermutung durch die EMRK in Anspruch zu nehmen, ergeben sich schließlich auch nicht daraus, dass sich Unternehmen als juristische Personen auf Auskunftsverweigerungsrechte zum Schutz vor Selbstbezichtigung berufen.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht („BVerfG“) im Zusammenhang mit der Vorschrift des Art. 19 Abs. 3 GG, wonach Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind, den Schutz vor dem Zwang zur Selbstbezichtigung auf natürliche Personen beschränkt.

Eine Erstreckung auf juristische Personen hat das BVerfG mit der Begründung abgelehnt, bei letzteren bestehe keine vergleichbare Lage wie bei einer natürlichen Person,

101 EGMR vom 21. Februar 1984 - Az. 8544/79 - *Öztürk/Deutschland*, Serie A Nr. 73, Rn. 46 ff.

102 EKomMR vom 9. Februar 1990 - Az. 13258/87 - *M u. Co./Deutschland*, Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1990, S. 46.

103 Vgl. EKomMR vom 11. Juli 1989 - Az. 11598/85 - *S.A. Stenuit/Frankreich*; dazu *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., 1996, Art. 6, Rn. 4; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2005, S. 102; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2. Aufl., 2006, Art. 6, Rn. 4.

die auf Grund ihrer Menschenwürde vor einem Zwang bei ihrer Willensentschließung geschützt werden müsse. Demgegenüber bilde „eine juristische Person ihren Willen nur durch Organe“, die „im Hinblick auf Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten nur einer eingeschränkten Verantwortlichkeit unterliegen“. „Begeht ein Organwalter“ – so das BVerfG – „unter Verletzung von Pflichten der juristischen Person eine solche Tat, so ist allein er Täter. Gegen die juristische Person kann lediglich gemäß § 30 OWiG eine Geldbuße festgesetzt werden, die aber weder einen Schuldvorwurf noch eine ethische Missbilligung enthält, sondern einen Ausgleich für die aus der Tat gezogenen Vorteile schaffen soll“.¹⁰⁴

Die Situation im europäischen Bußgeldverfahren wegen Wettbewerbsverstoßes weicht davon maßgeblich ab. Die Unternehmen, nicht aber ein für sie handelndes Organ werden nach der Regelung des Art. 23 der VO 1/2003 für den Kartellverstoß verantwortlich gemacht.¹⁰⁵ Ihnen gegenüber wird ein Schuldvorwurf in Form einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Wettbewerbsvorschriften erhoben (Art. 23 Abs. 2 der VO 1/2003). Daneben gibt es keine persönliche Haftung eines Organs oder eines Angestellten des Unternehmens.

Wenn die Sanktionen – wie im europäischen Wettbewerbsrecht – das Unternehmen selbst treffen, besteht kein Anlass, ihm den vollen Schutz durch die Garantie der Selbstbelastungsfreiheit vorzuenthalten und ihn, wie teilweise vertreten wird, auf solche Konstellationen zu beschränken, in denen eine natürliche Person, die auf Grund des funktionalen Unternehmensbegriffs gleichzeitig auch Unternehmen ist, zur Auskunft gegen sich selbst verpflichtet wird.¹⁰⁶

Da die Unternehmen selbst alleinige Adressaten des Schuldvorwurfs und der bußgeldmäßigen Sanktionsdrohung sind, ist kein Grund ersichtlich, ihnen den vollumfänglichen Schutz der Verfahrensgarantien der EMRK einschließlich der Selbstbelastungsfreiheit zu versagen.¹⁰⁷ In Bezug auf die damit im Zusammenhang stehende Unschuldsvermutung hat die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte den durch sie vermittelten Schutz ohnehin auch für Unternehmen einschränkungslos anerkannt.

Wenn die Gemeinschaftsgerichte demgegenüber den Schutz vor Selbstbezeichnung nur in deutlich eingeschränkterem Umfang gewähren, schwingt dabei ersichtlich die Sorge mit, andernfalls ließe sich eine effektive behördliche Kartellbekämpfung nicht gewährleisten. Wenn aber das Bußgeldverfahren eindeutig punitiven Charakter aufweist und heute Geldbußen in früher völlig ungeahnter Höhe kennt, besteht keinerlei Anlass, rechtsstaatliche Verfahrensgarantien, welche die EMRK auch juristischen Personen einschränkungslos zuteil werden lässt, einzuschränken.

104 BVerfG vom 26. Februar 1997, NJW 1999, 1841.

105 Zur Verantwortlichkeit der Unternehmen für den Wettbewerbsverstoß vgl. zuletzt EuGH vom 11. Dezember 2007 - Rs. C-280/06 - *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Ente Tabacchi Italiani*, noch nicht in Slg. veröffentlicht, Rn. 38 f.

106 Vgl. *Burrichter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG / Teil 2, 4. Aufl., 2007, Vorbemerkung zu Art. 17-22 der VO 1/2003, Rn. 44 m.w.N.

107 Vgl. *Weiß*, Der Schutz des Rechts auf Aussagefreiheit durch die EMRK, NJW 1999, 2236 m.w.N.; vgl. auch *Grabenwarter*, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 2007, Art. 6 EMRK, Rn. 225.

6. Ergebnis

Angesichts des Stellenwerts, den der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit für ein faires Verfahren einnimmt, können die zu Art. 6 EMRK entwickelten Regeln als höher-rangige Verfassungsgebote zugunsten von Unternehmen auch im europäischen Bußgeldverfahren ohne Abstriche Geltung beanspruchen. Die gegenwärtige Bußgeldpraxis steht mit den Regeln über die Unschuldsvermutung und die Selbstbelastungsfreiheit, wie sie in der EMRK und der Grundrechte-Charta garantiert sind, nicht im Einklang.

D. Spezifische Mängel im derzeitigen System des Kartellrechts der Europäischen Gemeinschaft

I. Materielles Recht

Abschnitt C. erläutert die vom Gemeinschaftsgesetzgeber zu beachtenden Grundsätze für das europäische Bußgeldverfahren. Im Folgenden wird die Vereinbarkeit von Art. 23 VO 1/2003 und des gesamten Bußgeldsystems mit diesen Grundsätzen im Einzelnen untersucht.

1. Das Bußgeldsystem des Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 und der Bußgeld-Leitlinien ist rechtswidrig

1.1 Keine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage

Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 ist keine „klare und unzweideutige Rechtsgrundlage“ für die Verhängung von Geldbußen, denn er gewährt der Kommission einen nahezu unbeschränkten Entscheidungsspielraum. Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 legt lediglich die maximale Höhe der Geldbuße auf 10 % des Gesamtumsatzes des beteiligten Unternehmens fest. Darüber hinaus gibt Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 der Kommission vor, dass sie die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße berücksichtigen muss.

Wie bereits ausführlich in Abschnitt C. erläutert, gilt das Bestimmtheitsgebot auch für Art. 23 VO 1/2003. Es bezieht sich dabei nicht allein auf die Begründung der Haftung, sondern auch auf den Umfang der Sanktion, das heißt auf die Bemessung der Höhe der Geldbußen.

Das EuG hat in seiner jüngsten Rechtsprechung eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch Art. 23 Abs. 2 und 3 VO 1/2003 abgelehnt. Es meint, dass der Ermessensspielraum der Kommission in Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17 (heute: Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003) hinreichend beschränkt werde:

„Zum einen heißt es darin, dass die Kommission gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von eintausend bis einer Million [Euro] oder über diesen Betrag hinaus bis zu zehn vom Hundert [...] festsetzen [kann]‘; damit sieht er eine Obergrenze der Geldbußen anhand des Umsatzes der betreffenden Unternehmen, d.h. anhand eines objektiven Kriteriums, vor. Auch wenn es somit [...] keine für alle Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln geltende absolute Obergrenze

gibt, besteht für die mögliche Geldbuße doch eine bezifferbare und absolute Obergrenze, die bei jedem Unternehmen für jeden Fall der Zuwiderhandlung in einer Weise berechnet wird, bei der der Höchstbetrag der möglichen Geldbuße im Voraus bestimmbar ist. Zum anderen ist die Kommission nach dieser Bestimmung verpflichtet, bei der Festsetzung der Geldbußen in jedem Einzelfall, neben der Schwere des Verstoßes auch die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen.“¹⁰⁸

Diese Meinung wurde vom EuGH durch Urteil vom 22. Mai 2008 bestätigt.¹⁰⁹

Die Gemeinschaftsgerichte übersehen, dass allein die Festlegung einer Bußgeldobergrenze, die einen Spielraum von unter Umständen mehreren Milliarden Euro eröffnet, sowie der Kriterien Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung nicht ausreichen, damit eine Rechtsgrundlage „klar und unzweideutig“, also bestimmt, ist. Gerade die Kriterien Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung selbst sind nicht hinreichend bestimmt. Es gibt beispielsweise nicht einmal in der Rechtsprechung einen Katalog an Kriterien, der den Begriff der Schwere einer Zuwiderhandlung näher bestimmen würde.¹¹⁰

Die Grundsätze der Bußgeldbemessung werden von der Kommission in den Bußgeld-Leitlinien¹¹¹ aufgestellt, nicht in der VO 1/2003. Es kann offen bleiben, ob die Bußgeld-Leitlinien der Kommission hinreichend klar und unzweideutig sind. Selbst wenn sie es wären, woran berechnete Zweifel bestehen, könnten sie die Unbestimmtheit von Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 selbst nicht heilen. Als Verwaltungsvorschrift können sie ein Defizit in der Gesetzgebung nicht ausgleichen. Daher verletzt Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 entgegen der derzeitigen Fallpraxis von EuG und EuGH das Bestimmtheitsgebot.¹¹²

Die Verletzung des Bestimmtheitsgebots kann nur dadurch geheilt werden, dass der Ermessensspielraum der Kommission hinsichtlich der Bestimmung der Höhe der Geldbußen gesetzlich beschränkt wird. Dies erfordert eine Änderung von Art. 23 VO 1/2003.

1.2 Die Bußgeld-Leitlinien und die derzeitige Bußgeldpolitik der Kommission verletzen das Rückwirkungsgebot¹¹³

Während der letzten zehn Jahre hat die Kommission zweimal ihre Leitlinien zur Bußgeldbemessung geändert. Die ersten Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen hat sie im Jahre 1998 eingeführt („**Bußgeld-Leitlinien 1998**“)¹¹⁴ und 2006 novelliert („**Bußgeld-Leitlinien 2006**“).¹¹⁵ In Fällen, in denen die Kartellrechtsverstöße vor der Einführung

108 EuG vom 5. April 2006 - Rs. T-279/02 - *Degussa/Kommission*, Slg., 2006, II-897, Rn. 66.

109 EuGH vom 22. Mai 2008 - Rs. C-266/06 P - *Evonik Degussa/Kommission*, Rn. 36 ff.

110 Vgl. EuG vom 20. März 2002 - Rs. T-9/99 - *HFB/Kommission*, Slg. 2002, II-1487, Rn. 443.

111 Vgl. Fn. 114, 115.

112 Vgl. auch Abschnitt C. III.

113 Vgl. auch Abschnitt C. III. 2.

114 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der VO Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, ABl. vom 14. Januar 1998, C 9/3.

115 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. vom 1. September 2006, C 210/2.

oder Änderung der Bußgeld-Leitlinien begangen wurden, stellt sich die Frage, ob die Bußgeld-Leitlinien zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlung hinreichend vorhersehbar waren.

Der EuGH hat im *Dansk Rorindustri*-Urteil festgestellt, dass bei der Anwendung der Bußgeld-Leitlinien das Rückwirkungsverbot gilt.¹¹⁶ Unter Berücksichtigung der entsprechenden Rechtsprechung des EGMR im Hinblick auf Art. 7 EMRK urteilte er, dass „im Rahmen der Kontrolle der Beachtung des Rückwirkungsverbots zu prüfen ist, ob die fragliche Änderung [der Leitlinien] zum Zeitpunkt der Begehung der betreffenden Zuwiderhandlungen hinreichend vorhersehbar war.“¹¹⁷ In diesem Fall entschied der EuGH, dass die Anwendung der Bußgeld-Leitlinien 1998 vorhersehbar war. Der EuGH verwies darauf, dass die wesentliche Neuerung der Leitlinien darin bestand, dass als Ausgangspunkt der Berechnung Grundbeträge verwendet werden, die innerhalb von hierfür in den Leitlinien vorgesehenen Spannen festgelegt werden, die aber keinen Bezug zum relevanten Umsatz aufwiesen. Vor dem Hintergrund der konkreten Entscheidung der Kommission hielt der EuGH die Geldbußen für hinreichend vorhersehbar. Grundsätzlich entschied der EuGH, dass

„die Kommission nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes dadurch, dass sie in der Vergangenheit für bestimmte Arten von Zuwiderhandlungen Geldbußen in bestimmter Höhe verhängt hat, nicht daran gehindert [ist], dieses Niveau innerhalb der in der Verordnung Nr. 17 gezogenen Grenzen anzuheben, wenn dies erforderlich ist, um die Durchführung der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik sicherzustellen; vielmehr verlangt die wirksame Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft, dass die Kommission das Niveau der Geldbußen jederzeit den Erfordernissen dieser Politik anpassen kann.“¹¹⁸

Die Kommission versteht diese Zeilen offensichtlich als „Blankovollmacht“ für alle folgenden (und zukünftigen) Änderungen des Bußgeldniveaus. Diese Ansicht ist jedoch nicht zutreffend. Insbesondere der enorme Anstieg der Geldbußen seit 2006 kann mit dieser Rechtsprechung nicht gerechtfertigt werden. Die diesem Fall zu Grunde liegende Entscheidung der Kommission¹¹⁹ erging zu einer Zeit, als das Bußgeldniveau noch deutlich niedriger lag als in den letzten Jahren (der Gesamtbetrag von EUR 92,21 Millionen wurde gegen zehn Unternehmen verhängt, die höchste Geldbuße für ein Unternehmen betrug EUR 70 Millionen). In Anbetracht dessen erscheint die Entscheidung des EuGH, dass diese Geldbußen vorhersehbar waren, nachvollziehbar. Allerdings war der nachfolgende kontinuierliche Anstieg des Bußgeldniveaus, insbesondere der drastische Anstieg seit dem Jahr 2006, nicht vorhersehbar. Auch ist es derzeit nicht vorhersehbar, welches Niveau die Geldbußen in der Zukunft noch erreichen mögen.

116 EuGH vom 28. Juni 2005 - Verb. Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205 to C-208/02 P und C-213/02 P - *Dansk Rorindustri u a./Kommission*, Slg. 2005, I-5425, Rn. 214 ff.

117 EuGH, a.a.O., Rn. 224.

118 EuGH, a.a.O., Rn. 227.

119 Kommission vom 21. Oktober 1998 - IV/35.691/E-4 - *Fernwärmetechnik-Kartell*, ABl. vom 31. Januar 1999, L 24/1.

Des Weiteren darf nach den Grundsätzen der *Dansk Rorindustri*-Entscheidung das Bußgeldniveau nur dann angepasst werden, wenn die Durchsetzung der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik eine solche Anpassung erfordert. Allerdings haben es die Kommission und die Gemeinschaftsgerichte bislang versäumt, ein solches Erfordernis für den signifikanten Anstieg des Bußgeldniveaus in den letzten fünf Jahren nachzuweisen. Vielmehr hat sogar der ehemalige Präsident des EuG *Vesterdorf* – kurz vor seinem Ausscheiden aus dem Amt – erklärt, dass er „persönlich Zweifel [habe], ob die Anhebung der Geldbußen noch die beabsichtigte Wirkung hat.“¹²⁰ Er sieht das Risiko, dass diese Geldbußen „kontraproduktiv“¹²¹ sind, weil die sanktionierten Unternehmen die Folgen an die Konsumenten weitergeben könnten. Auch während des XV. St. Galler Internationalen Kartellrechtsforums IKF (22. bis 23. Mai 2008) äußerte er diesbezügliche Bedenken. Er sagte, dass das Niveau der Geldbußen „sehr, sehr, sehr hoch“ geworden sei und äußerte Zweifel am Sinn dieser Entwicklung.¹²²

Vor diesem Hintergrund sind die Grenzen der Vorhersehbarkeit spätestens seit dem Jahr 2006 überschritten, und es gibt auch keinen Bedarf, die Geldbußen in derart exorbitanter Weise zu erhöhen, um die Durchführung der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik sicherzustellen. Die Kommission kann den Anstieg des Bußgeldniveaus also nicht auf das zitierte *Dansk Rorindustri*-Urteil stützen – das Gegenteil ist der Fall. In vielen der jüngst entschiedenen Fälle war die Höhe der konkret verhängten Geldbußen zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlung nicht vorhersehbar. Das Rückwirkungsverbot ist damit verletzt.

2. Die Höhe der Geldbuße sollte in erster Linie den erzielten Gewinn abschöpfen

Der richtige Ansatz für die Bemessung der Geldbuße wäre, sich am durch das Kartell erzielten Gewinn zu orientieren.

2.1 Rechtslage vor Einführung der Bußgeld-Leitlinien 1998

Vor Einführung der Bußgeld-Leitlinien 1998 stellte die Kommission bei der Berechnung der Geldbußen auf den Umsatz im relevanten Markt ab. Bei schwerwiegenden Verstößen, wie z. B. Hardcore-Kartellen, betrug die Geldbuße in der Regel 5 bis 10 % des Umsatzes des betroffenen Unternehmens im relevanten Markt. Die 10 %-Schwelle, die sich nach der VO 1/2003 (VO Nr. 17) auf den Unternehmensumsatz bezieht, wurde als inoffizielle Kappungsgrenze im Bezug auf den Kartellumsatz angesehen.¹²³

Diese Bußgeldpraxis der Kommission wurde für ihren Mangel an Transparenz kritisiert. Zum Beispiel enthalten ältere Kommissionsentscheidungen in der Regel nur eine Liste von Kriterien, die die Kommission bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße berücksichtigt hat.

120 *Vesterdorf*, in: Handelsblatt vom 19. Juni 2007 und handelsblatt.com vom 19. Juni 2007.

121 *Vesterdorf*, ebd.

122 *Vesterdorf* anlässlich des XV. St. Galler Internationalen Kartellrechtsforum IKF am 22.-23. Mai 2008, veröffentlicht durch MLex am 22. Mai 2008 (<http://www.mlex.com/list3.aspx?jobid=7004>).

123 *Sura*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, Bd. 2, Art. 23 VO 1/2003; vgl. auch Kommission vom 7. Juni 2000 - 36.545/F3 - *Aminosäuren*, ABl. vom 7. Juni 2001, L 152/24, Rn. 318.

2.2 Rechtslage nach den Bußgeld-Leitlinien 1998

Im Jahre 1998 verabschiedete die Kommission die Bußgeld-Leitlinien 1998 mit dem Ziel,

*„die Transparenz und Objektivität der Entscheidungen der Kommission sowohl gegenüber den Unternehmen als auch gegenüber dem Gerichtshof zu erhöhen, sowie den Ermessensspielraum [zu] bekräftigen, der vom Gesetzgeber der Kommission bei der Festsetzung der Geldbußen innerhalb der Obergrenze von 10 % des Gesamtumsatzes der Unternehmen eingeräumt wurde. Dieser Ermessensspielraum muss jedoch nach zusammenhängenden, nicht diskriminierenden Leitlinien ausgefüllt werden, die im Einklang mit den bei der Ahndung der Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln verfolgten Ziele stehen.“*¹²⁴

Nach den Bußgeld-Leitlinien 1998 wurde die Geldbuße wie folgt berechnet: In einem ersten Schritt bestimmte die Kommission den Grundbetrag unter Berücksichtigung der Schwere und der Dauer des Verstoßes. Dies sind die einzigen Kriterien, die in Art. 15 VO Nr. 17 und der Nachfolgevorschrift Art. 23 VO 1/2003 erwähnt werden. Bei Ermittlung der Schwere des Verstoßes berücksichtigte die Kommission die Natur des Verstoßes, seinen tatsächlichen Einfluss auf den Markt und die Größe des relevanten räumlichen Marktes. In einem zweiten Schritt wurden erschwerende und/oder mildernde Umstände für jedes Unternehmen ermittelt und der Grundbetrag entsprechend erhöht oder reduziert. In einem weiteren Schritt berücksichtigte die Kommission die Zusammenarbeit der Unternehmen im Rahmen der Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen („**Kronzeugen-Mitteilung 1996**“).¹²⁵ Schließlich überprüfte die Kommission, dass der Endbetrag der Geldbußen nicht die 10%-Umsatzschwelle überschritt.

Die Bußgeld-Leitlinien 1998 und deren Anwendung durch die Kommission wurden vielfach kritisiert. Im Mittelpunkt der Kritik stand die Unvorhersehbarkeit und Undurchsichtigkeit der Festsetzung des Grundbetrages der Geldbuße, der als Ausgangspunkt für die weiteren Schritte der Berechnung diente. In der Literatur wurde der Verdacht geäußert, dass der Grundbetrag zu einem beträchtlichen Grad beliebig und willkürlich ausgewählt wurde.¹²⁶

2.3 Rechtslage nach den Bußgeld-Leitlinien 2006

Am 28. Juni 2006 erließ die Kommission die Bußgeld-Leitlinien 2006, die die Bußgeld-Leitlinien 1998 ersetzen. Die Bußgeld-Leitlinien 2006 folgten zwar im Grundsatz der vierstufigen Methode der Bußgeld-Leitlinien 1998, sie enthielten dennoch signifikante Neuerungen.

124 Einführung, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der VO Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, ABl. vom 14. Januar 1998, C 9/3.

125 ABl. vom 18. Juli 1996, C 207/4.

126 *Siragusa/Rizza*, EU Competition Law, 2007, Bd. III, Rn. 4.118 („the starting amount was to a considerable extent chosen arbitrarily and at random“).

Die Kommission erläutert in ihrer Einführung ausdrücklich, dass die Geldbußen, die nach den neuen Bußgeld-Leitlinien verhängt werden sollen, sich durch ihre Abschreckungswirkung, sowohl in Bezug auf die Sanktionierung der beteiligten Unternehmen (Spezialprävention) als auch in Bezug auf die Abschreckung anderer Unternehmen im Hinblick auf die Aufnahme oder Fortsetzung von Zuwiderhandlungen (Generalprävention), auszeichnen. Um diese Ziele zu erreichen, hält es die Kommission für angemessen, „die Geldbußen auf der Grundlage des Wertes der verkauften Waren oder Dienstleistungen [zu berechnen], mit denen der Verstoß in Zusammenhang steht.“¹²⁷

Als Folge verwendet die Kommission bei der Festsetzung des Grundbetrages der Geldbuße den Wert der von dem betreffenden Unternehmen im relevanten räumlichen Markt innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums („EWR“) im letzten Geschäftsjahr der Beteiligung an der Zuwiderhandlung verkauften Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen.¹²⁸ Eine genaue Bestimmung des relevanten sachlichen und räumlichen Marktes hat daher unter den Bußgeld-Leitlinien 2006 eine größere Bedeutung als in der Vergangenheit.

2.4 Würdigung und Schlussfolgerungen

Unter den Bußgeld-Leitlinien 2006 spielen die Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf dem relevanten Markt eine gewisse Rolle bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße. Die Höhe der Geldbuße müsste aber noch stärker von den Folgen der Zuwiderhandlung abhängen. Sie sollte in erster Linie die durch die Zuwiderhandlung erzielten Gewinne der betroffenen Unternehmen abschöpfen. Darüber hinaus könnte ein Aufschlag als Sanktion für den Verstoß addiert werden.

Auch das International Competition Network („ICN“) hat in seinem Jahreskonferenzbericht 2005 eine Strafe als effektiv angesehen, die unter anderem die durch die Zuwiderhandlung erzielten finanziellen Gewinne berücksichtigt.¹²⁹

3. Unzureichende Voraussetzungen für Vorsatz und Fahrlässigkeit im derzeitigen Gemeinschaftsrecht sowie unklare Regelungen für die Haftung von Unternehmen für ihre Mitarbeiter

Die Standards, die von der Kommission und den Gemeinschaftsgerichten für Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie für die Haftung von Unternehmen für die Handlungen ihrer Mitarbeiter gesetzt werden, sind unzureichend.

127 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. vom 1. September 2006, C 210/2, Rn. 5.

128 Ebd., Rn. 13.

129 ICN, Defining Hard Core Cartel Conduct – Effective Institutions – Effective Penalties, verfügbar unter www.internationalcompetitionnetwork.org („An effective penalty [...] one that takes, [inter alia] into account the financial gains perpetrated by the offense“).

3.1 Derzeitiger Stand der Kommissions- und Gerichtspraxis

Gemäß Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 ist ein Unternehmen für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG verantwortlich, wenn erstens eine natürliche Person für das Unternehmen gehandelt hat und zweitens Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.

Im Hinblick auf das erste Kriterium haftet das Unternehmen für jede Handlung einer Person, die ermächtigt ist, im Namen des Unternehmens zu handeln. Die Handlungen einer solchen Person werden dann als Handlungen des Unternehmens angesehen. Für die Haftung des Unternehmens ist nicht erforderlich, dass die Geschäftsführung oder ein Teil von dieser gehandelt hat oder davon gewusst hat; die Handlung jeder Person, die berechtigt ist, für das Unternehmen zu handeln, genügt.¹³⁰ Selbst wenn die handelnde Person nicht berechtigt war, den Art. 81 EG verletzenden Vertrag abzuschließen, kann ihr Verhalten dem Unternehmen zugerechnet werden. Nur wenn die handelnde Person klar die Grenzen ihrer Funktion überschreitet, scheidet die Zurechnung möglicherweise aus.¹³¹ In der Praxis gelingt es so gut wie nie, die Zurechnung des Verhaltens eines Mitarbeiters zum Unternehmen erfolgreich zu bestreiten.

Im Hinblick auf das zweite Kriterium hat das EuG entschieden, dass ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig handelt, wenn ihm die wettbewerbswidrige Natur seines Verhaltens nicht entgangen sein konnte.¹³² Das EuG bezieht sich also bei der Prüfung, ob die Zuwiderhandlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde, auf das Unternehmen (und nicht auf die natürliche Person, die für es handelt). Nach dem *Volkswagen*-Urteil des EuGH muss die Kommission noch nicht einmal die natürliche Person identifizieren, deren Handlungen den vorsätzlichen oder fahrlässigen Charakter der Zuwiderhandlung bestimmen. Der EuGH argumentierte, dass eine Identifizierung nicht erforderlich sei, da die Geldbußen keinen strafrechtlichen Charakter hätten, und dass ein solches Erfordernis die Effektivität des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaft ernsthaft gefährden würde.¹³³

Außerdem unterscheiden Kommission und Gemeinschaftsgerichte nicht klar zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Verhalten der Unternehmen. Üblicherweise muss die Kommission für den Nachweis, dass eine Zuwiderhandlung „vorsätzlich begangen wurde“, nicht nachweisen, dass das Unternehmen sich tatsächlich bewusst war, Wettbewerbsrecht zu verletzen. Es genügt vielmehr, dass es dem Unternehmen nicht entgangen sein konnte, dass das in Frage stehende Verhalten wettbewerbsbeschränkend wirkte.¹³⁴ Fahrlässige Zuwiderhandlungen werden nur selten festgestellt, jedoch nie in

130 EuGH vom 7. Juni 1983 - Verb. Rs. 100 to 103/80 - *Musique Diffusion française/Kommission*, Slg. 1983, 1825, Rn. 96.

131 *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht EG / Teil 2, 4. Aufl., 2007, Einf. zu Art. 23 ff. VO 1/2003, Rn. 116.

132 EuG vom 6. Oktober 1994 - Rs. T-83/91 - *Tetra Pak/Kommission*, Slg. 1994, II-755, Rn. 238 ff.; ebenso EuGH vom 8. November 1983 - Rs. 96/82 - *IAZ/Kommission*, Slg. 1983, 3369, Rn. 45.

133 EuGH vom 18. September 2003 - Rs. C-338/00 P - *Volkswagen/Kommission*, Slg. 2003, I-9189, Rn. 94ff.

134 EuGH vom 11. Juli 1989 - Rs. 246/86 - *Belasco u.a./Kommission*, Slg. 1989, 2117, Rn. 41; EuG vom 28. Februar 2002 - Rs. T-86/95 - *Compagnie générale maritime u.a./Kommission*, Slg. 2002 II-1011, Rn. 19, 234; *Kerse/Khan*, EC Antitrust Procedure, 5. Aufl., 2005, Rn. 7.021.

Hardcore-Fällen.¹³⁵ Die Kommission legt sich in der Praxis häufig auch nicht fest, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, sondern führt aus, dass Zuwiderhandlungen „vorsätzlich oder fahrlässig“¹³⁶ oder „vorsätzlich oder zumindest fahrlässig“¹³⁷ begangen wurden. In manchen Entscheidungen hat die Kommission sich gar nicht zur Verschuldensform geäußert. Sie tendiert auch dazu, die Handlungen der Parteien einfach als „schuldhaft“ Zuwiderhandlungen zu bezeichnen, wenn sie Hardcore-Zuwiderhandlungen feststellt. Anstelle einer fallspezifischen rechtlichen Analyse der Kriterien Vorsatz und Fahrlässigkeit verweist sie schlicht auf den Sachverhalt.¹³⁸

3.2 Würdigung und Schlussfolgerungen

Diese Vorgehensweise von Kommission und Gemeinschaftsgerichten bezüglich der Tatbestandsmerkmale des vorsätzlichen und fahrlässigen Verhaltens von Unternehmen ist in verschiedener Hinsicht rechtlich zu beanstanden und verletzt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Erstens müssen Kommission und Gemeinschaftsgerichte klar zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit unterscheiden, da die Zuwiderhandlung im Falle des Vorsatzes nach allgemeinen Wertmaßstäben schwerer wiegt als im Falle der Fahrlässigkeit. Fahrlässiges Verhalten muss andere Konsequenzen haben als vorsätzliches Verhalten, das heißt: die Geldbußen müssen niedriger sein. In der Praxis von Kommission und Gemeinschaftsgerichten sind die Voraussetzungen für Vorsatz und Fahrlässigkeit weder klar definiert, noch werden sie im Detail geprüft.

Außerdem sind die Voraussetzungen für die Haftung von Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter unzureichend definiert. Vorsatz und Fahrlässigkeit haben einen auf ein handelndes Individuum bezogenen, also subjektiven Charakter. Die Verantwortung eines Unternehmens kann sich nur durch die Zurechnung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit natürlicher Personen ergeben, die für das Unternehmen handeln.¹³⁹ Folglich müssen die natürlichen Personen, deren vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten dem Unternehmen zugerechnet werden soll, identifiziert werden. Außerdem ist erforderlich, die Handlungen dieser Personen sowie den subjektiven Hintergrund ihrer Handlungen eingehend zu prüfen. Des Weiteren kann ein Unternehmen nicht für die schuldhaften Handlungen jedes Mitarbeiters verantwortlich gemacht werden. Nur vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten von Personen, die berechtigt sind, das Unternehmen nach dem jeweiligen Gesellschaftsrecht nach außen zu vertreten, das heißt Mitglieder der

135 *Siragusa/Rizza*, a.a.O., Rn. 4.77.

136 Z.B. Kommission vom 23. November 1972 - IV/26.894 - *Pittsburgh Corning Europe, Formica Belgium, Hertel*, IV/26.876 und 26.892, ABl. vom 5. Dezember 1972, L 272/35.

137 Z.B. Kommission vom 14. Mai 1997, IV/34.621, 35.059/F-3 - *Irish Sugar plc*, ABl. vom 22. September 1997, L 258/1, Rn. 167.

138 Kommission vom 20. Dezember 2001 - E-1/36.212 - *Selbstdurchschreibepapier*, ABl. vom 21. April 2004, L 115/1, Rn. 370 f.; vom 2. Juli 2002 - C.37.519 - *Methionin*, ABl. vom 8. Oktober 2003, L 255/1, Rn. 265; vom 30. Oktober 2002 - 35.587 - *PO Video Games*, 35.706 - *PO Nintendo Distribution* und 36.321 - *Omega*, ABl. vom 8. Oktober 2003, L 255/33, Rn. 371; *Kerse/Khan*, EC Antitrust Procedure, 5. Aufl., 2005, Rn. 7-021.

139 Vgl. *Engelsing/Schneider*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 2007, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 27; *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht EG / Teil 2, 4. Aufl., 2007 Einf. zu Art. 23 ff. VO 1/2003, Rn. 60.

Geschäftsführung, sollte dem Unternehmen zugerechnet werden können. Dabei kann die Haftung auch durch ein Aufsichts- und Organisationsverschulden von Mitgliedern der Geschäftsführung ausgelöst werden.

4. Ungenügende Vorschriften bezüglich der Haftung von Muttergesellschaften

Das derzeitige System der Haftung von Muttergesellschaften für Zuwiderhandlungen ihrer Tochtergesellschaften weist gravierende Mängel auf.

4.1 Derzeitige Rechtslage

Art. 81 EG richtet sich an Unternehmen. Dementsprechend sieht Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 vor, dass die Kommission Geldbußen gegen an Kartellverstößen beteiligte Unternehmen verhängen kann.

Wenn Gesellschaften, die zu einem Konzern gehören, gegen Art. 81 EG verstoßen, verhängt die Kommission regelmäßig die Geldbuße nicht nur gegen die rechtswidrig handelnde Gesellschaft, sondern gesamtschuldnerisch auch gegen die oberste Muttergesellschaft. Diese Haftungsausdehnung ist vor allem für die Berechnung des Höchstbetrages der Geldbuße von 10% des Gesamtumsatzes des „Unternehmens“ von Bedeutung.

a. Der Begriff „Unternehmen“ im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft

Das EuG definiert Unternehmen als „wirtschaftliche Einheiten, die jeweils in einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel bestehen, mit der dauerhaft ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird und die an einer Zuwiderhandlung im Sinne dieser Vorschrift beteiligt sein können“.¹⁴⁰ Der EuGH versteht unter Unternehmen wirtschaftliche Einheiten, die aus mehreren unterschiedlichen natürlichen oder juristischen Personen gebildet sein können und identische Interessen haben.¹⁴¹ Nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte steht hinter dem Begriff „Unternehmen“ also ein breites funktionales und wirtschaftliches Konzept¹⁴², das nicht notwendigerweise identisch ist mit dem gesellschaftsrechtlichen Status der fraglichen Rechtssubjekte.

b. Haftung der Muttergesellschaft

Die Kommission macht regelmäßig Muttergesellschaften für das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften haftbar.¹⁴³ Nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte darf die Kommission Geldbußen gegen Muttergesellschaften jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen verhängen.

Eine Muttergesellschaft haftet in zwei Fällen für Zuwiderhandlungen ihrer Tochtergesellschaft: (i) Zum Einen, wenn die Muttergesellschaft unmittelbar an der Zuwiderhandlung beteiligt war (z. B. wenn Geschäftsführer der Tochtergesellschaft, die an

140 EuG vom 14. Mai 1998 - Rs. T-352/94 - *Mo och Domsjö/Kommission*, Slg. 1998, II-1989, Rn. 87.

141 EuGH vom 12. Juli 1984 - Rs. 170/83 - *Hydrotherm/Kommission*, Slg. 1984, 2999, Rn. 10 ff.

142 *Kerse/Khan*, EC Antitrust Procedure, 5. Aufl. 2005, Rn. 7-003.

143 *Siragusa/Rizza*, EU Competition Law, 2007, Bd. III, Rn. 4.46 („[...] generally keen to hold parent companies liable for the conduct of their subsidiaries“).

Zuwiderhandlungen teilgenommen haben, ebenfalls Geschäftsführer der Muttergesellschaft sind¹⁴⁴ oder wenn die Muttergesellschaft das rechtswidrige Verhalten gebilligt und/oder gelenkt hat¹⁴⁵), und (ii) zum Anderen, wenn die Muttergesellschaft zwar nicht unmittelbar am Verstoß beteiligt war, ihr das Verhalten der Tochtergesellschaft jedoch zugerechnet werden kann. Dies ist nach der Rechtsprechung des EuGH dann möglich, wenn die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt.

Nach Auffassung des EuGH kann die Kommission „davon ausgehen, dass eine 100%ige Tochtergesellschaft im Wesentlichen die Weisungen ihrer Muttergesellschaft befolgt, ohne dass die Kommission prüfen muss, ob die Muttergesellschaft von ihrer Weisungsbefugnis tatsächlich Gebrauch gemacht hat“.¹⁴⁶ Diese Vermutung kann jedoch von der Muttergesellschaft widerlegt werden. In der *Stora*-Entscheidung hat der EuGH die 100%ige Kapitalbeteiligung allein nicht für ausreichend gehalten:

„[...] das Gericht somit nicht davon ausgegangen [ist], dass sich die Verantwortung der Muttergesellschaft allein aus der 100%igen Kapitalbeteiligung ergebe. Es hat sich auch darauf gestützt, dass die Rechtsmittelführerin nicht bestritten habe, zu einer entscheidenden Beeinflussung der Geschäftspolitik ihrer Tochtergesellschaft in der Lage gewesen zu sein, ohne Beweise für ihr Vorbringen in Bezug auf deren Eigenständigkeit vorzulegen.“¹⁴⁷

4.2 Bewertung und Schlussfolgerung

Die weitgehende Haftung der Muttergesellschaft für Zuwiderhandlungen der Tochtergesellschaft ist gesetzlich nicht geregelt, sondern beruht ausschließlich auf Kommissions- und Gerichtspraxis.

Derart schwerwiegende Rechtsfolgen wie die Mithaftung der Muttergesellschaft erfordert – vor allem angesichts der gravierenden Auswirkungen der gesamtschuldnerischen Haftung für die Muttergesellschaft –, dass die Haftungsfrage durch die Gesetzgebung der Europäischen Gemeinschaft geregelt werden muss. Dabei müssen auch die Grundsätze der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten – insbesondere des Gesellschaftsrechts – im Hinblick auf die Haftung von Muttergesellschaften für Handlungen und/oder Verpflichtungen der Tochtergesellschaften beachtet werden, z. B. die Praxis der Durchgriffshaftung („piercing the corporate veil“).

Abgesehen von der fehlenden gesetzlichen Grundlage für die Haftung der Muttergesellschaft, sind auch die von Kommission und Gemeinschaftsgerichten aufgestellten Kriterien nicht angemessen und verhältnismäßig. Sie bürden bei einer 100%igen Kapitalbeteiligung Mutter- und Tochtergesellschaft die Beweislast für ihre Eigenständigkeit

144 EuGH vom 16. November 2000 - Rs. C-286/98 - *Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission*, Slg. 2000, I-9915, Rn. 26 ff.

145 EuG vom 20. März 2002 - Rs. T-31/99 - *ABB Asea Brown Boveri/Kommission*, Slg. 2002, II-1881, Rn. 37 ff.

146 EuG vom 10. Juni 2005 - Verb. Rs. T-71, T-74, T-87 und T-91/03 - *Tokai Carbon/Kommission*, Slg. 2005, II-10, Rn. 60.

147 EuGH vom 16. November 2000 - Rs. C-286/98 - *Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission*, Slg. 2000, I-9915, Rn. 28.

und Weisungsunabhängigkeit auf. Ferner begründen sie eine Haftung der Muttergesellschaften, ohne eventuelle Anstrengungen der Muttergesellschaften zu berücksichtigen. Zu den zu berücksichtigenden Maßnahmen gehören insbesondere Compliance-Maßnahmen, mit denen ein Konzern die Verhinderung von Gesetzesverstößen anstrebt. Im Ergebnis führt das zu einer quasi-automatischen Haftung der Muttergesellschaften. Für Details zur Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen, siehe Abschnitt E. I. unten.

II. Verfahrensrecht

1. Das Verfahren vor der Kommission ist weder fair noch transparent

Das Kartellbußgeldverfahren der Europäischen Gemeinschaft leidet vor allem an zwei Mängeln: dem Mangel an einem fairen Verfahren sowie dem Mangel an Transparenz.

1.1 Das Verfahren vor der Kommission

Die VO 1/2003 bildet die gesetzliche Grundlage für das Verfahren der Kommission zur Verhängung von Geldbußen. Das Verfahren kann in zwei Abschnitte aufgeteilt werden.¹⁴⁸ Im ersten Abschnitt ermittelt die Kommission den Sachverhalt, während sie im zweiten Abschnitt die betroffenen Unternehmen über die Beschwerdepunkte unterrichtet und eine abschließende Entscheidung trifft. Das gesamte (administrative) Kommissions-Verfahren kann einige Jahre dauern.

Innerhalb der Kommission ist ein so genanntes Case Team für die Ermittlungen zuständig. Nach Abschluss der Ermittlungen eröffnet das Case Team im Namen der Kommission ein formelles Verfahren, wenn es der Auffassung ist, dass die gesammelten Beweise eine Verletzung der kartellrechtlichen Vorschriften belegen.¹⁴⁹ Es verschickt Mitteilungen der Beschwerdepunkte (Statement of Objections) an die betroffenen Unternehmen. Die Unternehmen haben neben einer schriftlichen Erwiderung auf die Beschwerdepunkte auch die Möglichkeit, eine Anhörung zu beantragen. Die Anhörung wird von einem Anhörungsbeauftragten (Hearing Officer) geleitet, der sicher stellt, dass die Anhörung vorschriftsmäßig durchgeführt wird, und der zur Objektivierung der Anhörung beiträgt.¹⁵⁰ In der Regel werden solche Anhörungen dadurch eingeleitet, dass der entsprechende Sachbearbeiter (Case Handler) eine Zusammenfassung des Sachverhaltes sowie der Argumente der Kommission vorträgt. Danach erhalten die Adressaten der Mitteilung der Beschwerdepunkte Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme, bevor sie von den Vertretern der Mitgliedstaaten, dem Anhörungsbeauftragten sowie weiteren anwesenden Kommissionsbeamten befragt werden. Nach der Anhörung verfasst

148 EuGH vom 15. Oktober 2002 - Verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P - *Limburgse Vinyl Maatschappij u.a./Kommission*, Slg. 2002, I-8375.

149 Vgl. Art. 10 VO 773/2004.

150 Art. 5 des Beschlusses der Kommission vom 23. Mai 2001 über das Mandat von Anhörungsbeauftragten in bestimmten Wettbewerbsverfahren, ABl. vom 19. Juni 2001, L 162/21.

der Anhörungsbeauftragte einen Bericht über die Anhörung und seine Schlussfolgerungen in Bezug auf die Wahrung der Anhörungsrechte im Verfahren. Der Bericht ist an den Wettbewerbskommissar adressiert, Kopien hiervon erhalten der Generaldirektor für Wettbewerb sowie der zuständige Direktor.¹⁵¹ Zu keinem Zeitpunkt während dieses langwierigen Verfahrens ist es den betroffenen Unternehmen erlaubt, Vertreter der anderen betroffenen Unternehmen oder Zeugen zu befragen.

Gemäß Art. 14 VO 1/2003 muss die Kommission, bevor sie eine Entscheidung trifft, den Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen („**Beratender Ausschuss**“) anhören. Mitglieder dieses Beratenden Ausschusses sind Vertreter der nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. Die Konsultation erfolgt entweder in einer Sitzung oder im Wege des schriftlichen Verfahrens. Der Beratende Ausschuss gibt eine schriftliche Stellungnahme zu dem Entscheidungsentwurf der Kommission ab. Diese schriftliche Stellungnahme ist zusammen mit dem Abschlussbericht des Anhörungsbeauftragten dem Entwurf der Kommissionsentscheidung beigefügt, die schließlich dem Kommissionskollegium vorgelegt wird¹⁵².

Das Kommissionskollegium beschließt über die Entscheidung nach dem Prinzip der Kollegialität¹⁵³. Damit entscheidet das Kollegium der derzeit 27 Kommissare über Kartellfälle und die Verhängung von Geldbußen.

1.2 Würdigung und Schlussfolgerungen

Die von der Kommission verhängten Geldbußen sind – wie erläutert – strafrechtlicher oder zumindest strafrechtsähnlicher Natur. Daher sind auch die allgemeinen strafrechtlichen und strafprozessualen Grundsätze anzuwenden. Einer dieser zentralen Grundsätze ist der Unmittelbarkeitsgrundsatz¹⁵⁴, wonach ein Gericht, das eine Straftat aburteilt, verpflichtet ist, sich ein direktes und unmittelbares Bild der Straftat und des Täters zu machen. Insbesondere umfasst der Unmittelbarkeitsgrundsatz die Verpflichtung des Gerichts, zu jedem Zeitpunkt des Hauptverfahrens anwesend zu sein.

Im Verfahren der Kommission wird die Entscheidung in Kartellfällen von den bis zu 27 Kommissaren getroffen, die – in den meisten Fällen – noch nicht einmal teilweise an den Ermittlungen beteiligt waren, die Akten gelesen oder den mündlichen Stellungnahmen der betroffenen Unternehmen zugehört haben. Selbst wenn man die Neutralität des Anhörungsbeauftragten nicht in Frage stellt, ist die Entscheidung dennoch nahezu ausschließlich auf Berichte gestützt, die Eindrücke und Ansichten anderer Personen wiedergeben. Zu keinem Zeitpunkt haben die sanktionierten Unternehmen die Möglichkeit, gegenüber denjenigen Personen Stellung zu nehmen, die schlussendlich die Entscheidung treffen.

151 Ebd., Art. 13.

152 Ebd., Art. 15 und 16; Art. 14 VO 1/2003.

153 Vgl. Art. 7 und 8 der Verfahrensregeln der Kommission (Commission's internal Rules of procedure); EuGH vom 23. September 1986 - Rs. 5/85 - *AKZO Chemie BV und AKZO Chemie UK Ltd/Kommission*, Slg. 1986, 2585, Rn. 28 ff.

154 Z.B. in Deutschland, nach §§ 226, 250, 261 Strafprozessordnung.

Darüber hinaus sind die Verteidigungsrechte der Unternehmen im Verfahren der Kommission eingeschränkt. Den Unternehmen ist es beispielsweise nicht gestattet, Zeugen zu befragen. Dies wäre für die Unternehmen insbesondere im Hinblick auf Zeugenaussagen, die im Rahmen der Kronzeugen-Mitteilung von Mitarbeitern anderer am Verfahren beteiligter Unternehmen gemacht werden, wichtig. Häufig stützt die Kommission ihre Entscheidung zu einem wesentlichen Teil auf solche Aussagen. Die Verweigerung des Rechts, Zeugen zu befragen, verletzt Art. 6 Abs. 3 EMRK; diese Vorschrift gibt jedem, dem eine Straftat vorgeworfen wird, unter anderem das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten (lit. d). Die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK auf Kartellfälle wurde bereits erläutert.

Im Urteil des EGMR im Fall *Haas* wird eine Verletzung des Art. 6 EMRK für den Fall, dass diese Rechte nicht bestehen oder nicht gewährt werden, bejaht:

„Wird eine Verurteilung allein oder wesentlich auf Aussagen von einer Person gestützt, die der Angeklagte weder während des Ermittlungsverfahrens noch in der Hauptverhandlung befragen oder befragen lassen konnte, sind die Rechte der Verteidigung in einem mit den Garantien von Art. 6 EMRK unvereinbaren Maße eingeschränkt.“¹⁵⁵

Das Kommissionsverfahren in Kartellsachen muss deshalb so geändert werden, dass es die Verteidigungsrechte der Unternehmen wahrt und fair und transparent ist. Insbesondere sollten die Entscheidungsträger auch am Ermittlungsverfahren beteiligt sein.

2. Die Kronzeugen-Mitteilung ist rechtswidrig

Die Kronzeugen-Mitteilung ist das von der Kommission am meisten gelobte Aufklärungsinstrument. Sie verletzt jedoch fundamentale Rechtsgrundsätze und ist daher rechtswidrig.

2.1 Die Kronzeugen-Mitteilung verletzt den *nemo tenetur*-Grundsatz

a. Der *nemo tenetur*-Grundsatz im Gemeinschaftsrecht

Nach den Grundsätzen *nemo tenetur se ipsum accusare* und *nemo tenetur se ipsum prodere* (*nemo tenetur*-Grundsatz) darf niemand gezwungen werden, sich selbst zu belasten. Dieses Selbstbelastungsverbot schließt das Recht ein, Antworten auf Fragen zu verweigern, mit denen sich jemand selbst belasten könnte. Allerdings sehen weder der EG-Vertrag noch die VO 1/2003 ein Auskunftsverweigerungsrecht für Unternehmen vor, die von der Kommission einer Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht beschuldigt werden. Für Einzelheiten wird auf Abschnitt C. IV. 4. verwiesen.

Wie bereits erwähnt, entschied der EuGH in seinem Grundsatzurteil *Orkem/Kommission* im Jahr 1989 über den *nemo tenetur*-Grundsatz und das Auskunftsverweigerungsrecht.

¹⁵⁵ EGMR vom 17. November 2005 - Rs. 73047/01 - *Haas/Deutschland*, NStZ 2007, 103.

Er stellte zwar fest, dass Unternehmen kein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht bei Gefahr der Selbstbelastung zusteht, erkannte jedoch an, dass die Kommission ein Unternehmen wegen des Grundsatzes der Wahrung der Verteidigungsrechte nicht zwingen darf, „Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat.“¹⁵⁶ Die Unternehmen haben demnach lediglich ein „Geständnisverweigerungsrecht“. Die *Orkem*-Entscheidung wurde vom EuGH in *Kommission/SGL Carbon* im Jahr 2006 bestätigt.¹⁵⁷

Der Argumentation des EuGH in diesen Entscheidungen kann nicht gefolgt werden. Der EGMR hat anerkannt, dass die Garantie eines fairen Verfahrens in Art. 6 EMRK auch das Recht umfasst, sich nicht selbst belasten zu müssen. Dies muss auch für Unternehmen gelten.¹⁵⁸ Ferner sehen auch einige Mitgliedstaaten ein Auskunftsverweigerungsrecht für juristische Personen vor. Darüber hinaus hat jedermann gemäß Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen oder kein Geständnis abzulegen. Aus all diesen Gründen muss ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht bei Gefahr der Selbstbelastung, also der *nemo tenetur*-Grundsatz, auch im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft anerkannt werden.

b. Die Kronzeugen-Mitteilung verletzt den *nemo tenetur*-Grundsatz

Die Kronzeugen-Mitteilung verletzt den *nemo tenetur*-Grundsatz. Sie verletzt ebenfalls die Grundsätze des EuGH aus den Entscheidungen *Orkem/Kommission* und *Kommission/SGL Carbon*, das heißt das Recht, nicht zu einem Geständnis gezwungen zu werden.

Die Kronzeugen-Mitteilung in Kombination mit den in exorbitantem Maße gestiegenen Geldbußen zwingt die Unternehmen faktisch zu einer Kooperation mit der Kommission und damit dazu, eine Zuwiderhandlung zu gestehen, auch wenn man sich bei entsprechenden Vorwürfen seitens der Kommission selbst mit bloßem Schweigen verteidigen könnte, da letzterer die Beweispflicht für den Kartellverstoß obliegt. Nach der Kronzeugen-Mitteilung erhält nur das erste Unternehmen, das Beweismittel vorlegt, die die Voraussetzungen von Rn. 8 a) oder 8 b) der Kronzeugen-Mitteilung erfüllen, die Chance auf einen vollständigen Erlass der Geldbuße. Alle weiteren Unternehmen können nur noch Ermäßigungen der Geldbuße von bis zu 50% erzielen. Schon dieses Wettrennen um den ersten Platz erzeugt einen Zwang zur Kooperation und damit zur Abgabe eines Geständnisses. Da die Unternehmen nicht wissen (und auch nicht wissen sollen), ob bereits ein weiteres Unternehmen einen Kronzeugen-Antrag eingereicht hat, übermittelt nicht nur das erste Unternehmen der Kommission häufig ein vollständiges Geständnis, sondern auch alle weiteren Unternehmen. Durch die Unsicherheit über das Handeln der anderen wird den später kooperierenden Unternehmen die Möglichkeit genommen, den Nutzen einer Kooperation in Form der zu erwartenden Ermäßigung der Geldbuße gegenüber den Nachteilen der Kooperation abzuwägen. Durch die Kooperation im Rahmen der Kronzeugen-Mitteilung gibt ein Unternehmen nämlich

156 EuGH vom 18. Oktober 1989 - Rs. C-374/87 - *Orkem/Kommission*, Slg. 1989, 3283, Rn. 35.

157 EuGH vom 29. Juni 2006 - Rs. C-301/04 P - *Kommission/SGL Carbon AG*, Slg. 2006, I-5915, Rn. 39 ff.

158 Vgl. Abschnitt C IV. 3.-5.

nicht nur ein Geständnis ab, sondern begibt sich auch der Möglichkeit, von anderen Unternehmen vorgetragene Tatsachen zu bestreiten. Die Kommission wertet jegliches Bestreiten von Tatsachen als mangelnde Zusammenarbeit im Sinne von Rn. 11 bzw. Rn. 23 der Kronzeugen-Mitteilung mit der Folge der ernsthaften Gefährdung des Erlasses oder der Ermäßigung der Geldbuße aufgrund der Kronzeugen-Mitteilung.

Die durch die Kronzeugen-Mitteilung geschaffene Situation erhält durch den stetigen Anstieg des Bußgeldniveaus weitere Brisanz. Wie bereits in Abschnitt B. dieses Gutachtens ausgeführt, sind die Geldbußen seit Veröffentlichung der ersten Kronzeugen-Mitteilung 1996 dramatisch angestiegen. Im Jahr 2007 hat die Kommission insgesamt Geldbußen in Höhe von EUR 3.334.002.700 verhängt, davon allein EUR 992.312.200 im Fall *Aufzüge und Fahrtreppen*. *ThyssenKrupp* musste eine Geldbuße in Höhe von EUR 479.669.850 für seine Beteiligung in diesem Kartell bezahlen – die Ermäßigungen gemäß der Kronzeugen-Mitteilung bereits abgezogen.

Angesichts solcher Bußgeldhöhen kann es sich kein Unternehmen leisten, die Kronzeugen-Mitteilung nicht in Anspruch zu nehmen. Jedes Unternehmen muss die Chance auf einen Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße ergreifen. Jedes Geschäftsführungs- oder Vorstandsmitglied eines Unternehmens ist zur Kooperation mit der Kommission gezwungen, da es seine gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen gegenüber dem Unternehmen und den Gesellschaftern bzw. Aktionären verletzen würde, wenn es einen erreichbaren Kooperationsvorteil nicht nutzen oder aufs Spiel setzen würde („Gefangenendilemma“). Die Verteidigungsrechte und insbesondere das Selbstbelastungsverbot sind daher unter der Kronzeugen-Mitteilung wertlos geworden. Die Kronzeugen-Mitteilung bietet nicht nur einen Anreiz zu kooperieren, sondern sie zwingt die Unternehmen auch dazu. Der Zwang zur Kooperation ist sogar noch stärker, wenn die Kommission bereits ein Verfahren eingeleitet hat, z. B. wenn Nachprüfungen bereits stattgefunden haben. In einer solchen Situation hat ein betroffenes Unternehmen faktisch keine andere Wahl, als unter der Kronzeugen-Mitteilung zu kooperieren. Die Kronzeugen-Mitteilung verletzt deshalb den *nemo tenetur*-Grundsatz und ebenso das Geständnisverweigerungsrecht nach dem *Orkem*-Urteil.

2.2 Die Kronzeugen-Mitteilung verletzt den Grundsatz in *dubio pro reo*

Die Kronzeugen-Mitteilung verletzt den Grundsatz *in dubio pro reo*. Dieser garantiert, dass die Unschuld eines Beschuldigten bis zum Nachweis seiner Schuld vermutet wird (Unschuldsvermutung).

a. Die Unschuldsvermutung im Gemeinschaftsrecht

Die Unschuldsvermutung gehört zu den Grundrechten, die in der Europäischen Gemeinschaft nach ständiger Rechtsprechung des EuGH geschützt sind.¹⁵⁹ Sie beruht insbesondere auf Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 48 Abs. 1 der Grundrechte-Charta. Die Gemeinschaftsgerichte haben in vielen Entscheidungen anerkannt, dass dieser Grund-

¹⁵⁹ EuGH vom 8. Juli 1999 - Rs. C-199/92 - *Hüls/Kommission*, Slg. 1999, I-4287 Rn. 149; EuGH vom 6. Juli 2000 - T-62/98 - *Volkswagen/Kommission*, Slg. 2000, II-2707, Rn. 281.

satz auch in wettbewerbsrechtlichen Verfahren gilt, die zur Verhängung von Geldbußen führen können.¹⁶⁰

Aus der Unschuldsvermutung folgt, dass die Kommission die Beweislast für einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG trägt. Dies wird ausdrücklich in Art. 2 VO 1/2003 zum Ausdruck gebracht. Die Kommission trägt also die Beweislast für alle Elemente der Zuwiderhandlung.

b. Würdigung und Schlussfolgerungen

Die Kronzeugen-Mitteilung verletzt den Grundsatz *in dubio pro reo*, da sie zu einer Verlagerung der Beweislast von der Kommission auf die Unternehmen führt. Unter der Kronzeugen-Mitteilung muss ein Unternehmen beweisen, „dass es selbst und andere Unternehmen Art. 81 Abs. 1 EG verletzt haben“, wenn es in den Genuss des Erlasses oder einer Ermäßigung der Geldbuße kommen möchte. Wenn ein Unternehmen keine hinreichenden Beweismittel vorlegt, riskiert es, gar nicht von der Kronzeugen-Mitteilung zu profitieren, das heißt weder einen Erlass noch eine Ermäßigung der Geldbuße zu erhalten. Wie bereits oben erläutert, zwingt die Kronzeugen-Mitteilung die Unternehmen damit faktisch zu einer Kooperation mit der Kommission einschließlich der Vorlage belastender Beweismittel. Die Schwelle für die Unternehmen, ausreichende Beweismittel vorzulegen, ist hoch. Gemäß Rn. 8 a) der Kronzeugen-Mitteilung müssen die vorgelegten Informationen und Beweismittel nach Ansicht der Kommission es ihr ermöglichen, gezielte Nachprüfungen durchzuführen oder gemäß Rn. 8 b) eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG nachzuweisen. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, wird ein Erlass der Geldbuße gewährt. Um für eine Ermäßigung der Geldbuße in Betracht zu kommen, muss ein Unternehmen der Kommission Beweismittel über die Zuwiderhandlung vorlegen, die einen erheblichen Mehrwert im Vergleich zu den Beweismitteln darstellen, die sich bereits im Besitz der Kommission befinden (vgl. Rn. 24 der Kronzeugen-Mitteilung).

Diese Regeln zeigen, dass die Kommission die Beweislast auf die Unternehmen übertragen hat. Angesichts der sehr hohen Geldbußen sind die Unternehmen faktisch zur Stellung eines Kronzeugenantrags gezwungen. Sie sind damit ebenfalls gezwungen, hinreichende Beweismittel gegen sich selbst vorzulegen, welche die Feststellung einer Zuwiderhandlung ermöglichen.

3. Eingeschränkte Nachprüfung der Entscheidungen der Kommission durch die Gemeinschaftsgerichte

Die lediglich eingeschränkte Nachprüfung der Bußgeldentscheidungen der Kommission durch die Gemeinschaftsgerichte verletzen Art. 6 EMRK und Art. 47 der Grundrechte-Charta.

¹⁶⁰ EuGH vom 8. Juli, 1999 - Rs. C-199/92 - *Hüls/Kommission*, Slg. 1999, I-4287 Rn. 149; EuG vom 19. Juni 1995 - T-30/91 - *Solvay/Kommission*, Slg. 1995, II-1775, Rn. 73; EuG vom 19. Juni 1995 - Rs. T-36/91 - *ICI/Kommission*, ECR 1995, II-1847, Rn. 83.

3.1 Eingeschränkte gerichtliche Kontrolle der Kommissionsentscheidungen

Ein Unternehmen, an das eine Entscheidung der Kommission gerichtet ist, kann nach den allgemeinen Verfahrensregeln gegen diese Entscheidung gemäß Art. 230 EG Nichtigkeitsklage einreichen. Begründet werden kann diese Klage gemäß Art. 230 Abs. 2 EG mit Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung des EG-Vertrags oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm sowie Ermessensmissbrauch. In erster Instanz überprüft das EuG die tatsächlichen Umstände und rechtlichen Gesichtspunkte. Der Kläger kann gegen ein Urteil des EuG vor dem EuGH Rechtsmittel einlegen, das jedoch als Revisionsgericht auf die Prüfung von Rechtsfragen beschränkt ist.

a. Die gerichtliche Überprüfung ist beschränkt auf die von den Parteien vorgebrachten Klagegründe

In den Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten bestimmen allerdings grundsätzlich die Parteien den Inhalt und den Umfang der Prüfung und des Urteils. Die Richter sprechen den Parteien nicht mehr zu, als diese beantragt haben. Außerdem prüfen sie nicht von Amts wegen die gesamte Entscheidung der Kommission, sondern lediglich die von dem Kläger vorgebrachten Klagegründe.¹⁶¹ Selbst wenn also die Kommissionsentscheidung in manchen Aspekten rechtswidrig sein sollte, werden die Gemeinschaftsgerichte diese Gesichtspunkte nur prüfen, wenn die Parteien entsprechende Klagegründe vorgebracht haben.

Ausnahmen von diesem Grundsatz sind selten. Der EuGH unterscheidet traditionell zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht. Er prüft von Amts wegen grundlegende Verletzungen des Verfahrensrechts¹⁶², während er materielle Rechtsverletzungen nur bei Vorbringen eines entsprechenden Klagegrundes durch eine der Parteien prüft. Generalanwalt *Jacobs* widerspricht dieser Trennung. Seiner Meinung nach müssen EuG und EuGH Gesichtspunkte des *Ordre Public* von Amts wegen prüfen.¹⁶³ Er gesteht jedoch ein, dass es schwierig ist, den Inhalt des *Ordre Public* genau zu definieren. Welche Gesichtspunkte der EuGH von Amts wegen prüfen kann, hängt seiner Meinung nach letztlich von verschiedenen Umständen ab: den Grundwerten der betreffenden Rechtsordnung, den jeweiligen Rollen, welche die Parteien und das Gericht nach den anwendbaren Verfahrensvorschriften spielen, dem Rechtsprechungszeitpunkt, dessen Gerichte zur Anwendung dieses Begriffs aufgerufen sind, und schließlich dem Stadium, in dem sich das Verfahren befindet.¹⁶⁴

Ähnliche Grundsätze wenden die Gemeinschaftsgerichte im Allgemeinen auch bei Bußgeldentscheidungen der Kommission an.

Obwohl sie gemäß Art. 31 VO 1/2003 ein unbeschränktes Nachprüfungsrecht der Bußgeldentscheidungen der Kommission haben und die Geldbuße aufheben, ermäßigen

161 Vgl. *Hackspiel*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl., 2003, § 21, Rn. 4.

162 EuGH vom 7. Mai 1991 - Rs. C-304/89 - *Oliveira/Kommission*, Slg. 1991, I-2283, Rn. 18.

163 Schlussanträge des Generalanwalts in Rs. C-210/98 P, *Salzgitter AG/Kommission*, Slg. 2000, I-5843, Rn. 130 ff.

164 Schlussanträge des Generalanwalts in Rs. C-210/98 P, *Salzgitter AG/Kommission*, Slg. 2000, I-5843, Rn. 134.

oder erhöhen können, machen in der Praxis weder das EuG noch der EuGH von diesen Rechten Gebrauch. Auch in Fällen, in denen hohe Geldbußen verhängt wurden, beschränken die Gemeinschaftsgerichte ihre Prüfung auf die von den jeweiligen Klägern vorgebrachten Klagegründe.¹⁶⁵

Es gibt nur wenige Fälle, in denen die Gemeinschaftsgerichte Aspekte geprüft haben, die nicht von den Parteien vorgebracht wurden. In den Kartonfällen prüfte das EuG beispielsweise die unzureichende Begründung von Amts wegen.¹⁶⁶ Allerdings gehört eine hinreichende Begründung zu den grundlegenden Verfahrenserfordernissen. Die Entscheidung bestätigt also nur die allgemeine Linie der Rechtsprechung des EuGH. In der *ALMA*-Entscheidung prüfte der EuGH, ob die Geldbuße zu hoch war, ohne dass der Kläger einen entsprechenden Klagegrund vorgebracht hatte. Allerdings argumentierte der Gerichtshof, dass die Ermäßigung der Geldbuße Teil des Antrags auf Aufhebung der Entscheidung sei und daher keinen *ultra petita*-Effekt habe.¹⁶⁷ Die Gemeinschaftsgerichte legen also in Bußgeldfällen keinen strengeren Prüfungsmaßstab an als in anderen Fällen. Auch hier ist die gerichtliche Kontrolle im Allgemeinen auf die von den Parteien vorgebrachten Klagegründe beschränkt.

b. Das EuG prüft in Kartellsachen den von der Kommission festgestellten Sachverhalt nicht nach

Das EuG führt in Kartellsachen keine eigenen Ermittlungen im Hinblick auf die Tatsachen durch, auf denen die Kommissionsentscheidung beruht. Es hätte jedoch die Befugnis dazu. Gemäß Art. 65 der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften („*VerfO EuG*“)¹⁶⁸ kann das EuG die folgenden Ermittlungsmaßnahmen ergreifen: Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien, Einholung von Auskünften und Vorlegung von Urkunden, Vernehmung von Zeugen, Begutachtung durch Sachverständige sowie Einnahme des Augenscheins. Insbesondere kann das EuG gemäß Art. 68 Abs. 1 der *VerfO EuG* entweder von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei die Vernehmung von Zeugen über bestimmte Tatsachen anordnen.

Das EuG zögert jedoch – auch in Fällen, in denen es wie hier ein unbeschränktes Nachprüfungsrecht gemäß Art. 31 VO 1/2003 hat –, davon Gebrauch zu machen und eigene Ermittlungen zum Sachverhalt anzustellen. Stattdessen legt es im Urteil in aller Regel schlicht die von der Kommission festgestellten Tatsachen zugrunde.

Am häufigsten ordnet das EuG noch das Einholen von Auskünften oder die Vorlage von Dokumenten an, um bestimmte Tatsachen oder die Rolle von Beteiligten zu klären. Nur in sehr seltenen Fällen vernimmt das EuG (oder früher der seinerzeit allein zuständige EuGH) Zeugen oder holt ein Sachverständigengutachten ein.¹⁶⁹ In den meisten Fällen ordnet das EuG keinerlei Untersuchungsmaßnahmen an. Es

165 Vgl. EuG vom 29. Juni 1995 - Rs. T-30/91 - *Solvay/Kommission*, Slg. 1995, II-1775, Rn. 98.

166 EuG vom 14. Mai 1998 - Rs. T-295/94 - *Buchmann/Kommission*, Slg. 1998, II-813, Rn. 172.

167 EuGH vom 10. Dezember 1957 - Rs. 8/56 - *ALMA/ECSC High Authority*, Slg. 1957, 179, 202.

168 ABl. vom 30. Mai 1991, L 136/1.

169 Zeugen wurden vom EuGH gehört in - Verb. Rs. 100 bis 103/80 - *Musique Diffusion française/Kommission*, Urteil vom 7. Juni 1983, Slg. 1983, 1825.

befindet sich damit in grundsätzlicher Übereinstimmung mit dem EuGH. Nach dessen Ansicht ist das EuG nicht verpflichtet, Zeugen von Amts wegen zu vernehmen.¹⁷⁰ Art. 66 Abs. 1 VerfO EuG stellt im Übrigen klar, dass das EuG nur Beweis erheben muss, wenn es dies für angemessen hält. Selbst wenn die Parteien eine Zeugenvernehmung beantragen, ist das EuG sehr zurückhaltend. In der Praxis wird die Nicht-Einholung eines Zeugen- oder sonstigen Beweises nicht begründet. In einem Fall hat das EuGH einen Antrag auf Zeugenvernehmung zurückgewiesen, da der Antragsteller es angeblich versäumt habe, genau anzugeben, zu welchen Tatsachen und aus welchen Gründen der Zeuge vernommen werden sollte.¹⁷¹

In aller Regel führt das EuG lediglich eine Plausibilitätskontrolle durch und vergleicht die von der Kommission in der Entscheidung festgestellten Tatsachen mit den Akten und den von den Klägern vorgebrachten Klagegründen. Zum Beispiel hat das EuG in der Entscheidung *DSM/Kommission* seine Prüfung darauf beschränkt, ob die Tatsachenfeststellung offensichtliche Widersprüche enthielt.¹⁷² Das EuG ist der Ansicht, dass die gerichtliche Kontrolle kein Ersatz für eine gewissenhafte Ermittlung der Tatumstände während des Kommissionsverfahrens sein kann.¹⁷³

Da das EuG grundsätzlich keine Zeugen vernimmt, haben auch die betroffenen Unternehmen keine Möglichkeit, Zeugen vernehmen zu lassen. Eine derartige Möglichkeit wäre aber für die betroffenen Unternehmen äußerst wichtig, insbesondere im Hinblick auf Zeugenaussagen im Rahmen von Kronzeugenanträgen. Die Kronzeugen-Mitteilung bietet Unternehmen und handelnden Personen einen Anreiz, andere Unternehmen und natürliche Personen in großem Umfang zu belasten. In der Praxis kann beobachtet werden, dass die in ein Kartellverfahren verwickelten natürlichen Personen dazu tendieren, mehr zu gestehen als sie tatsächlich bezeugen können. Da die Kronzeugen-Mitteilung verlangt, dass die vorgelegten Informationen die Kommission in die Lage versetzen müssen, eine Zuwiderhandlung nachzuweisen (für einen Erlass), oder zumindest einen erheblichen Mehrwert darstellen müssen (für eine Ermäßigung), muss ein Unternehmen versuchen, soviel belastende Informationen und Dokumente wie möglich einzureichen. Es ist daher entscheidend für ein sich verteidigendes Unternehmen, Zeugen der anderen Unternehmen und der Kommission zu vernehmen. Diese Möglichkeit haben die Unternehmen weder im Verfahren vor der Kommission noch vor den Gemeinschaftsgerichten.

c. Die Gemeinschaftsgerichte haben keine unabhängige Bußgeldpolitik entwickelt

Der EuGH und das EuG haben keine eigene Bußgeldpolitik entwickelt. Sie haben keine eigenen Berechnungsmethoden für Geldbußen erarbeitet oder Kriterien bestimmt, die bei der Berechnung der Geldbußen berücksichtigt werden müssen. Sie gewähren der Kommission vielmehr einen weiten Ermessensspielraum bei der Berechnung der Geldbußen und beschränken ihre Nachprüfung der Kommissionsentscheidungen auf offensichtliche Fehler und den Gesichtspunkt der allgemeinen Angemessenheit der

170 EuGH vom 17. Dezember 1998 - Rs. C-185/95 P - *Baustahlgewebe/Kommission*, Slg. 1998, I-8417, Rn. 77.

171 EuG vom 20. März 2002 - Rs. T-9/99 - *HFB u.a./Kommission*, Slg. 2002, II-1487, Rn. 38.

172 EuG vom 17. Dezember 1991 - Rs. T-8/89 - *DSM/Kommission*, Slg. 1991, II-1833, Rn. 259.

173 EuG vom 29. Juni 1995 - Rs. T-30/91 - *Solvay/Kommission*, Slg. 1995, II-1775, Rn. 98.

Geldbußen. Der frühere Präsident des EuG *Vesterdorf* hat nach seinem Ausscheiden vorgeschlagen, dass das EuG eine aktivere Rolle bei der Festsetzung und Nachprüfung der Geldbußen spielen könnte bzw. sogar müsste. Nach seiner Auffassung ist das Verhängen von Geldbußen,

*„one area in which the full jurisdiction could and, in my opinion, might and perhaps should be used by the CFI so that the court undertakes, in all cases of fines, its own appreciation of all the relevant circumstances of the case and if it disagrees with the level of the fine set by the Commission sets its own fine, albeit of course duly motivating why it finds another fine more appropriate.“*¹⁷⁴

Obwohl die Gemeinschaftsgerichte nicht an die Bußgeld-Leitlinien der Kommission gebunden sind, folgen sie in der Praxis deren Regeln. Das EuG hat entschieden, dass „die Kommission, da die Geldbußen ein Instrument ihrer Wettbewerbspolitik darstellen, bei ihrer Festsetzung eines Ermessens bedarf, um die Unternehmen dazu anhalten zu können, die Wettbewerbsregeln einzuhalten [...]“.¹⁷⁵ Dasselbe gilt für die Nachprüfung von Entscheidungen über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen durch die Gemeinschaftsgerichte. Obwohl die Gerichte nicht an die Kronzeugen-Mitteilung der Kommission gebunden sind und auf diesem Gebiet ein Recht auf eigene unbeschränkte Ermessensnachprüfung besitzen (Art. 31 VO 1/2003), prüfen sie lediglich nach, ob die einschlägigen Regeln der Kronzeugen-Mitteilung korrekt angewendet wurden, entwickeln aber keine eigenen Erlass- oder Ermäßigungsstandards. Im Ergebnis ist es folglich die Kommission, die die Bußgeld- und Kronzeugenpolitik bestimmt und nicht das EuG oder der EuGH.

d. Würdigung und Schlussfolgerungen

Die gerichtliche Kontrolle der von der Kommission auferlegten Geldbußen ist begrenzt. Sie ist beschränkt auf die von den Parteien vorgebrachten Klagegründe. Außerdem prüfen die Gemeinschaftsgerichte die von der Kommission festgestellten Tatsachen nicht vollumfänglich nach. Darüber hinaus haben sie keine eigene Bußgeldpolitik entwickelt.

3.2 Verletzungen von Art. 6 EMRK und Art. 47 Grundrechte-Charta

Die Verhängung einer Geldbuße durch die Kommission und die eingeschränkte Nachprüfung der Kommissionsentscheidung durch die Gemeinschaftsgerichte verletzen Art. 6 EMRK. Gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten über ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Außerdem hat gemäß Art. 6 Abs. 3 EMRK

174 *Vesterdorf* anlässlich des XV. St. Galler Internationalen Kartellrechtsforums IKF am 22.-23. Mai 2008, veröffentlicht durch MLex am 22. Mai 2008.

175 EuG vom 7. Oktober 1999 - Rs. T-228/97 - *Irish Sugar/Kommission*, Slg. 1999, II-2969, Rn. 246; EuG vom 9. Juli 2003 - Rs. T-230/00 - *Daesang Corporation und Sewon Europe/Kommission*, Slg. 2003, II-2733, Rn. 37.

jede angeklagte Person zumindest das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten (lit. d).

Art. 6 EMRK ist auf das Bußgeldverfahren der Kommission gemäß Art. 23 VO 1/2003 anwendbar. Die von der Kommission verhängten Geldbußen haben strafrechtlichen Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK. Dies wurde vom EGMR für die nach deutschem Ordnungswidrigkeitenrecht verhängten Geldbußen im *Öztürk-Fall*¹⁷⁶ und im Hinblick auf den slowakischen „Minor Offences Act“ im Fall *Lauko/Slowakei*¹⁷⁷ bestätigt. Die Grundsätze dieser Entscheidungen sind auf Art. 23 VO 1/2003 übertragbar. Nach Ansicht des EGMR ist es für die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK irrelevant, ob der Gesetzgeber die Zuwiderhandlung als echte (Kriminal-)Straftat eingestuft hat; entscheidend ist allein der Charakter der Zuwiderhandlung.¹⁷⁸ Die selbst-qualifizierende Einordnung der Bußgeldentscheidungen der Kommission als nicht-strafrechtlich in Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 spielt daher keine maßgebliche Rolle. Zum Charakter der Zuwiderhandlung stellt der EGMR fest, dass im Allgemeinen Zuwiderhandlungen einen strafrechtlichen Charakter haben, wenn sie Maßnahmen vorsehen, die u. a. abschrecken und bestrafen sollen.

Zweifelsfrei sollen die von der Kommission verhängten Geldbußen bestrafen und abschrecken. Dies wurde von der Kommission bei vielen Gelegenheiten betont. So sollen nach dem vierten Erwägungsgrund der Bußgeld-Leitlinien durch die Geldbußen ausdrücklich

„nicht nur die an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen sanktioniert werden (Spezialprävention), sondern auch andere Unternehmen von der Aufnahme oder Fortsetzung einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel 81 oder 82 [des EG-Vertrages] abgehalten werden (Generalprävention).“

Die Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* sagte zum Thema Bestrafung ausdrücklich:

*„Ich werde dafür sorgen, dass Kartelle weiterhin aufgedeckt und bestraft werden.“*¹⁷⁹

Der EGMR hat entschieden, dass die geringfügige Ordnungswidrigkeit von Herrn *Öztürk*, der mit seinem Auto auf ein anderes parkendes Auto aufgefahren war und dafür eine Geldbuße von DEM 60 (etwa EUR 30) erhielt, strafrechtlichen Charakter hatte. Verstöße gegen das Kartellrecht, für die Geldbußen in Höhe von bis zu 10 % des Konzernumsatzes eines Unternehmens verhängt werden können, müssen dann unstreitig ebenfalls als strafrechtlich eingestuft werden. Art. 6 EMRK ist also im Ergebnis auf Geldbußen, die gemäß Art. 23 VO 1/2003 verhängt werden, anwendbar.¹⁸⁰ Art. 6

176 EGMR vom 21. Februar 1984 - Rs. 8544/79 - *Öztürk/Deutschland*, EuGRZ 1985, 62.

177 EGMR vom 2. September 1998 - Rs. 4/1998/907/1119 - *Lauko/Slowakei*, Report 1998-VI.

178 EGMR vom 21. Februar 1984 - Rs. 8544/79 - *Öztürk/Deutschland*, EuGRZ 1985, 62, Rn. 49 ff., 52 ff.

179 Presseerklärung der Kommission IP/06/698.

180 Vgl. dazu auch Abschnitt C.

EMRK gilt dabei nicht nur für natürliche Personen, sondern ebenso für juristische Personen.¹⁸¹

Die Verfahren vor der Kommission und den Gemeinschaftsgerichten erfüllen die Voraussetzungen von Art. 6 EMRK nicht. Ein Unternehmen, gegen das die Kommission eine Geldbuße verhängt hat, wird nicht von einem Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK gehört.

In der *Öztürk*-Entscheidung hat der EGMR bestimmte Standards für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten durch die Verwaltungsbehörden gesetzt. Nach Auffassung des EGMR verstößt es nicht grundsätzlich gegen die EMRK, die Verfolgung und Bestrafung von Ordnungswidrigkeiten auf Verwaltungsbehörden zu übertragen, vorausgesetzt die betroffene Person kann die von den Verwaltungsbehörden getroffene Entscheidung vor einem Gericht überprüfen lassen, das die Garantien von Art. 6 EMRK erfüllt.¹⁸²

In dieser Entscheidung bezieht sich der EGMR nur auf geringfügige Ordnungswidrigkeiten, deren Ahndung und Verfolgung auf Verwaltungsbehörden übertragen wird. Es ist sehr zweifelhaft, ob der EGMR auch damit einverstanden wäre, dass Kartelle, die zu Geldbußen in Höhe von bis zu 10% des jährlichen Konzernumsatzes eines Unternehmens führen können, von Verwaltungsbehörden verfolgt und sanktioniert werden können. Außerdem hat der EGMR entschieden, dass die betroffene Person in jedem Fall die Möglichkeit haben muss, die von der Verwaltung getroffene Entscheidung von einem Gericht überprüfen zu lassen, das die Anforderungen des Art. 6 EMRK erfüllt. Die Gemeinschaftsgerichte erfüllen zumindest die danach für das Gerichtsverfahren vorgesehenen Standards nicht in dem erforderlichen Maße. Wie bereits oben aufgeführt, prüft das EuG lediglich die Klagegründe des Klägers, nicht jedoch von Amts wegen die Rechtmäßigkeit der gesamten Kommissionsentscheidung. Ferner ermittelt das EuG den Sachverhalt nicht selbst durch Beweiserhebung, sondern führt lediglich eine Plausibilitätskontrolle im Hinblick auf die von der Kommission festgestellten Tatsachen durch.

Schließlich haben die Gemeinschaftsgerichte keine eigene Bußgeldpolitik entwickelt, sondern gewähren der Kommission einen weiten Ermessensspielraum im Hinblick auf die Höhe der Geldbuße. Das EuG kontrolliert also die Entscheidung der Kommission nur in eingeschränktem Umfang und trifft keine eigene Entscheidung über den Fall. Dieses Verfahren erfüllt nicht die Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK, wonach grundsätzlich ein Gericht die volle Verantwortung für die (eigene) Feststellung eines strafrechtlichen Vorwurfs übernehmen muss. In Kartellverfahren wird der Vorwurf von der Kommission und nicht von den Gemeinschaftsgerichten erhoben. Die Kom-

181 Bericht der EKommMR vom 30. Mai 1991 - Az. 11598/85 - *Société Stenuit*, EuGRZ 1991, 505, Rn. 66; Peukert, in Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 1996, Art. 6, Rn. 4.

182 EGMR vom 21. Februar 1984 - Az. 8544/79 - *Öztürk/Deutschland*, EuGRZ 1985, 62, Rn. 56; EGMR vom 2. September 1998 - Az. 5/1998/908/1120 - *Kadubec/Slowakei*, RJD 1998-VI, Rn. 57.

mission ist jedoch kein Gericht.¹⁸³ Wie dargetan, halten sich die Gemeinschaftsgerichte selbst bei der Nachprüfung des erhobenen Vorwurfes zurück.

Außerdem verletzen die Verfahren vor der Kommission und den Gemeinschaftsgerichten Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, wonach jeder einer Straftat Beschuldigte, das Recht hat, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten. Weder im Verfahren vor der Kommission noch vor den Gemeinschaftsgerichten haben, wie bereits dargelegt, die Unternehmen die Möglichkeit, Zeugen zu vernehmen. Dies ist insbesondere wichtig für Aussagen bei Kronzeugenanträgen. Die Unternehmen, die durch solche Aussagen belastet werden, haben nicht die Möglichkeit, den Zeugen, die die Aussagen gemacht haben, Fragen zu stellen. Außerdem vernehmen weder die Kommission noch die Gemeinschaftsgerichte die Zeugen. Das heißt, es wird nicht geprüft, ob die Aussagen richtig oder falsch sind. Wie bereits oben ausgeführt, bietet die Kronzeugen-Mitteilung einen Anreiz, soviel wie möglich zu gestehen und andere Unternehmen zu belasten. Es handelt sich daher um eine schwerwiegende Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK.

Das Verfahren vor der Kommission und den Gemeinschaftsgerichten verletzt auch Art. 47 Abs. 2 der Grundrechte-Charta. Nach dieser Vorschrift hat jede Person das Recht, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Aus den oben genannten Gründen ist eine solche Anhörung vor einem Gericht in Kartellverfahren der Europäischen Gemeinschaft nicht gewährleistet.

Die eingeschränkte Nachprüfung der Kommissionsentscheidungen durch die Gemeinschaftsgerichte verstößt gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 der Grundrechte-Charta. Außerdem wird Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verletzt, da die betroffenen Unternehmen keine Möglichkeit haben, Zeugen zu vernehmen.

183 EuGH vom 7. Juni 1983 - Verb. Rs. 100 to 103/80 - *Musique Diffusion française/Kommission*, Slg. 1983, 1825 Rn. 6. Der EuGH hat jedoch den Vorwurf zurückgewiesen, die Wahrnehmung von Anklage- und Urteilsfunktionen durch die Kommission verstoße gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.

E. Korrekturen und politische Änderungen im Gemeinschaftsrecht

I. Compliance-Programme und andere Maßnahmen zur Verhinderung von Verstößen gegen das Kartellrecht

Aus Sicht der Kommission und der Gemeinschaftsgerichte dienen die Geldbußen, die wegen Zuwiderhandlung gegen Art. 81, 82 EG verhängt werden, in erster Linie Abschreckungszwecken.¹⁸⁴ Die Kommission und die Gemeinschaftsgerichte konzentrieren sich also bei der Bekämpfung von Kartellen auf die Abschreckungswirkung, die von Geldbußen ausgeht. Sie übersehen dabei jedoch, dass auch präventive Maßnahmen, die von Unternehmen ergriffen werden, dazu beitragen, Kartelle zu bekämpfen. Für solche präventiven Maßnahmen sollten Anreize geschaffen werden. Dieser Ansatz wird z. B. von der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung („OECD“) in ihrem „3rd report on the implementation of the 1998 Recommendation“¹⁸⁵ unterstützt.

Ein Anreiz, präventive Maßnahmen zu ergreifen, würde z. B. durch ihre Berücksichtigung als mildernder Umstand in einem Bußgeldverfahren geschaffen. Präventive Maßnahmen eines Unternehmens umfassen insbesondere Compliance-Programme, d. h. Programme zur Verhinderung von Gesetzesverletzungen (durch z. B. Schulungen, Kontrollen, Compliance-Officer usw.).

In verschiedenen Rechtsordnungen belohnen die Behörden die Existenz solcher Programme, indem sie sie als mildernden Umstand bei der Festsetzung der Geldbußen ansehen. Zum Beispiel anerkennen die „United States Sentencing Guidelines“ die Existenz eines effizienten Compliance-Programms als mildernden Umstand.¹⁸⁶ Die Kommission und die Gemeinschaftsgerichte hingegen berücksichtigen die Existenz von Compliance-Programmen bei der Festsetzung der Geldbußen derzeit nicht bzw. betrachten dies sogar eher als einen erschwerenden Umstand.

184 Vgl. Abschnitte C. und D.

185 OECD, 3rd report on the implementation of the 1998 Recommendation vom 15. Dezember 2005, S. 27; abrufbar unter www.oecd.org/competition.

186 United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, Kapitel 8.

1. Praxis der Kommission und der Gemeinschaftsgerichte

Weder die Bußgeld-Leitlinien 1998 noch die Bußgeld-Leitlinien 2006 enthalten Vorschriften zu Compliance-Programmen.

In früheren Jahren hat die Kommission das Bestehen von Compliance-Programmen berücksichtigt. Dies betraf sowohl Programme, die vor der Begehung der Verletzung eingeführt wurden, als auch nachträgliche Programme. Allerdings betraf keiner dieser Fälle so genannte Hardcore-Kartelle.

In der *VIHO/Parker Penn*-Entscheidung hielt die Kommission zum Beispiel fest:

„Was die Höhe der festgesetzten Geldbusse für Parker betrifft, hat die Kommission insbesondere folgende Gesichtspunkte berücksichtigt: [...]

6. Parker hat bereits 1987 versucht, sein Verhältnis zu seinen Tochtergesellschaften und seinen Alleinvertriebshändlern auf eine rechtlich bedenkenfreie Grundlage zu stellen, indem es einen Rechtsberater mit der Ausarbeitung eines umfangreichen Programms zur Befolgung des EG-Wettbewerbsrechts beauftragte, das 1989 abgeschlossen wurde.“¹⁸⁷

Auch in einem Fall über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erklärte die Kommission im Jahre 1988, dass sie bei der Bußgeldfestsetzung das „EWG-Erfüllungsprogramm“ berücksichtigt habe.¹⁸⁸ Im Gegensatz dazu verweigerte die Kommission allerdings schon im Jahre 1986 in einem Fall, der ein Hardcore-Kartell betraf, ein Compliance-Programm als mildernden Umstand anzuerkennen. Im in dieser Sache ergangenen Urteil unterstützte das EuG diese Ansicht und stellte fest:

„Weiterhin ist zwar wichtig, dass die Klägerin Maßnahmen ergriffen hat, um neue Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft seitens ihrer Angestellten zu verhindern, doch ändert dies nichts an der Tatsache der Zuwiderhandlung, die vorliegend festgestellt worden ist. Aufgrund dessen rechtfertigen, wie bereits festgestellt, die [...] Kriterien das allgemeine Niveau der verhängten Geldbussen [...]. Auch hier kann der Umstand, dass die Kommission es in einem früheren Verfahren wegen der Umstände des Falles für notwendig gehalten hat, die von dem betreffenden Unternehmen zur Verhinderung neuer Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft getroffenen Maßnahmen zu berücksichtigen, sie nicht zwingen, ähnliche Maßnahmen im vorliegenden Fall in gleicher Weise zu berücksichtigen, da es sich nach Randnummer 108 der Entscheidung um einen besonders schweren, vorsätzlichen und unter größter Geheimhaltung begangenen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag gehandelt hat.“¹⁸⁹

¹⁸⁷ Kommission vom 15. Juli 1992 - IV/32.725 - *VIHO/Parker Penn*, ABl. vom 15. August 1992, L 233/27, Rn. 24.

¹⁸⁸ Kommission vom 18. Juli 1988 - IV/30.178 - *Napier Brown - British Sugar*, ABl. vom 19. Oktober 1988, L 284/41, Rn. 86.

¹⁸⁹ EuG vom 17. Dezember 1991 - Rs. T 7/89 - *Hercules Chemicals/Kommission*, Slg. 1991, II-1711, Rn. 357.

Offensichtlich beabsichtigt die Kommission auch nicht, das Bestehen von Compliance-Programmen zukünftig zu berücksichtigen. In ihrer jüngeren Praxis wiederholte die Kommission ihre diesbezügliche Haltung:

“While the Commission welcomes such measures to avoid cartel infringements in the future, such measures cannot change the reality and significance of the infringement and the need to sanction it in this decision [...].

In this regard the Commission rejects the parties’ claim that the introduction of a compliance programme should be a mitigating circumstance.”¹⁹⁰

Das EuG stellt den Ansatz der Kommission nicht in Frage. Im Urteil in Sachen *Degussa* zur oben genannten Entscheidung der Kommission hat es festgestellt:

„[...] ergibt sich aus einer gefestigten Rechtsprechung, dass es zwar bedeutsam ist, dass ein Unternehmen Maßnahmen ergriffen hat, um künftige Zuwiderhandlungen seiner Mitarbeiter gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft zu verhindern, doch ändert dies nichts daran, dass die festgestellte Zuwiderhandlung tatsächlich begangen wurde. Die bloße Tatsache, dass die Kommission bei ihrer Entscheidungspraxis in bestimmten Fällen die Einführung eines Befolgungsprogramms als mildernden Umstand berücksichtigt hat, bedeutet folglich nicht, dass sie verpflichtet wäre, in einem konkreten Fall ebenso vorzugehen [...].

Nach dieser Rechtsprechung ist die Kommission somit nicht verpflichtet, einen solchen Faktor als mildernden Umstand zu berücksichtigen, sofern sie den Grundsatz der Gleichbehandlung beachtet, was voraussetzt, dass die Unternehmen, an die sich eine Entscheidung richtet, in diesem Punkt nicht unterschiedlich beurteilt werden [...].”¹⁹¹

2. Diskriminierung der Unternehmen mit (effektiven) Compliance-Programmen aufgrund der Kronzeugen-Mitteilung

Die Kommission weigert sich nicht nur, Compliance-Programme bei der Festsetzung von Geldbußen als mildernde Umstände zu berücksichtigen, sie diskriminiert diese auch mittels ihrer Kronzeugenpraxis. Unternehmen, die ein Compliance-Programm eingeführt haben, haben in Kronzeugenfällen einen signifikanten Nachteil. Die meisten Compliance-Programme in Unternehmen drohen den Angestellten mit ernsthaften Konsequenzen und Sanktionen, sollten sie sich an Kartellen beteiligen oder in sonstiger Weise das Kartellrecht verletzen. Die Angestellten sehen sich Kündigungen, Schadensersatzklagen oder anderen Sanktionen durch ihren Arbeitgeber ausgesetzt. Daher ist es in Unternehmen, in denen Compliance-Programme existieren, wesentlich schwieriger, die Angestellten, die an der Kartellzuwiderhandlung beteiligt waren, zur Zusammenarbeit mit dem Unternehmen zu gewinnen und Einzelheiten des Kartells zu offenbaren.

190 Kommission vom 31. Mai 2006 - F/38.645 - *Methacrylates*, Rn. 386.

191 EuG vom 5. April 2006 - Rs. T-279/02 - *Degussa/Kommission*, ECR 2006, II-897, Rn. 350 f.

Daher haben Unternehmen mit einem Compliance-Programm in Kronzeugenfällen einen deutlichen Nachteil im Vergleich zu Unternehmen ohne Compliance-Programm. Diese Politik ermutigt Unternehmen nicht dazu, Compliance-Programme konsequent durchzuführen und sich bei der Verhütung von Kartellrechtsverstößen zu engagieren.

3. Würdigung und Schlussfolgerungen

Die Kommission sollte von ihrer derzeitigen Praxis abrücken, Kartelle vorrangig mit angeblich abschreckenden Geldbußen zu bekämpfen. Sie sollte vielmehr in Übereinstimmung mit der Praxis in den Vereinigten Staaten von Amerika und den Empfehlungen der OECD auch präventive Maßnahmen fördern, indem sie insbesondere Compliance-Programme in Kartellbußgeldverfahren belohnt. In der Bemühung, sein „eigenes, richtiges Gemisch von Sanktionen“ – wie von der OECD empfohlen¹⁹² – zu schaffen, könnte das Kartellbußgeldverfahren der Europäischen Gemeinschaft zudem von der Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen profitieren.¹⁹³

II. Sanktionen gegen natürliche Personen

Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 sieht vor, dass die Kommission Geldbußen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen für fahrlässige und vorsätzliche Verletzungen des Art. 81 EG verhängen kann, schweigt aber hinsichtlich der Verhängung von Geldbußen gegen natürliche Personen. Im Gegensatz zu einigen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sieht die Europäische Gemeinschaft keine Haftung von Individuen vor. Ein Unternehmen kann jedoch nur durch natürliche Personen handeln. Jede Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht, die später einem Unternehmen zugerechnet wird, wird zunächst von einer natürlichen Person begangen. Es stellt sich also die Frage, ob auch im EG-Kartellrecht natürliche Personen für Zuwiderhandlungen haftbar gemacht werden können oder sollten.

1. Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft, Kriminalstrafen gegen natürliche Personen einzuführen?

Es ist sehr umstritten, ob die Europäische Gemeinschaft die Kompetenz hat, Kriminalstrafen oder Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen einzuführen. In der juristischen Literatur herrscht zu weiten Teilen Einigkeit darüber, dass – unter dem geltenden EG-Vertrag – der Europäischen Gemeinschaft keine Kompetenz zukommt, supranationales Strafrecht durch den Erlass einer EG-Verordnung zu schaffen. Das Strafrecht wird nach wie vor als „Inbegriff nationaler Souveränität“¹⁹⁴ angesehen mit der Folge, dass eine Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaften eine ausdrückliche Ermächtigung im EG-Vertrag erfordern würde. Darüber hinaus gibt es systematische

192 OECD, 3rd report on the implementation of the 1998 Recommendation vom 15. Dezember 2005, S. 27; verfügbar unter www.oecd.org/competition.

193 Vgl. unten, Abschnitt E. II.

194 Perron, in: Dörr/Dreher (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, 1997, S. 267.

Argumente gegen die Annahme einer Zuständigkeit. Mit dem Vertrag von Amsterdam¹⁹⁵ wurde ein großer Teil des EU-Vertrags hinsichtlich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in den EG-Vertrag übergeleitet. Dies galt allerdings nicht für die Vorschriften über das Strafrecht. Hätten die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge das Strafrecht allgemein in das Gemeinschaftsrecht integrieren wollen, so hätten sie es ebenfalls übergeleitet und in das eigentliche Gemeinschaftsrecht integriert. Auch nach den Regeln des Vertrags von Lissabon sind die für die Union neu geschaffenen Kompetenzen auf dem Gebiet des Strafrechts auf Bereiche besonders schwerer Kriminalität begrenzt. Die Ahndung von Kartellverstößen gehört nicht dazu.¹⁹⁶

Die Europäische Gemeinschaft könnte aber über eine so genannte „Anweisungs-Kompetenz“¹⁹⁷ verfügen. Über die Richtlinien kann die Europäische Gemeinschaft die Harmonisierung bestimmter Rechtsbereiche zwischen den Mitgliedstaaten kontrollieren. In den letzten Jahren hat die Kommission mehrfach versucht, strafrechtliche Vorschriften zu erlassen, um bestimmte Gemeinschaftsinteressen zu schützen, vgl. z. B. die so genannte „Geldwäsche-Richtlinie“.¹⁹⁸ Solche Maßnahmen wurden stets von den Mitgliedstaaten kritisiert und diskutiert.

Im Jahre 2005 entschied der EuGH zum ersten Mal über die Anweisungs-Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft in Strafsachen.¹⁹⁹ Der EuGH stellte fest, dass die Europäische Gemeinschaft die Kompetenz hat, Mitgliedstaaten zu verpflichten, Kriminalstrafen zum Schutze der Umwelt zu erlassen. Denn deren Schutz sei eines der wesentlichen Ziele der Europäischen Gemeinschaft. Der EuGH wies darauf hin, dass

„[g]rundsätzlich [...] das Strafrecht ebenso wie das Strafprozessrecht auch nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft [fällt]. [...]“

Dies kann den Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch nicht daran hindern, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen [...].“²⁰⁰

Kürzlich wurde dieses Urteil vom EuGH in einem anderen rechtlichen Zusammenhang grundsätzlich bestätigt.²⁰¹

Der Schutz eines ungehinderten Binnenmarktes und eines freien Wettbewerbs ist eines der wesentlichen Ziele der Europäischen Gemeinschaft. Die genannte Rechtsprechung könnte also ebenfalls auf das Kartellrecht Anwendung finden. Dies würde bedeuten, dass die Europäische Gemeinschaft möglicherweise ihre Mitgliedstaaten dazu

195 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. vom 10. November 1997, C 340.

196 Vgl. Art. 83 des Vertrages über die Wirkungsweise der Europäischen Union.

197 Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005, § 8 Rn. 31 ff.

198 Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl. vom 10. Juni 1991, L 166/77.

199 EuGH vom 13. September 2005 - Rs. C-176/03 - *Kommission/Rat*, Slg. 2005, I-7879.

200 EuGH, a.a.O., Rn. 47 f.

201 EuGH vom 23. Oktober 2007 - Rs. C-440/05 - *Kommission/Rat*, Rn. 66, noch nicht in amtlicher Sammlung veröffentlicht.

verpflichten könnte, Kriminalstrafen oder Verwaltungssanktionen für die Begehung von Kartellrechtsverstößen mittels einer entsprechenden Richtlinie einzuführen. Dies würde aber in jedem Fall voraussetzen, dass auch Art. 23 VO 1/2003 geändert wird, der bislang nur die Haftung von Unternehmen, nicht aber diejenige von natürlichen Personen vorsieht und die Sanktionen auf die Ebene unterhalb des Strafrechts begrenzt.

2. Wirkungen von Sanktionen auf natürliche Personen

Was die Haltung der Mitgliedstaaten anbelangt, so verfolgen sie unterschiedliche Ansätze im Hinblick auf die Sanktionierung von natürlichen Personen. Das Vereinigte Königreich²⁰² und – in einer eingeschränkten Form – Frankreich²⁰³ ahnden Kartellrechtsverstöße als Straftaten. Deutschland²⁰⁴, Spanien²⁰⁵, die Niederlande²⁰⁶ und andere Mitgliedstaaten sehen dagegen grundsätzlich lediglich Verwaltungssanktionen für natürliche Personen vor. Wieder andere Mitgliedstaaten wie z. B. Schweden folgen dem Beispiel der Europäischen Gemeinschaft und verhängen Geldbußen ausschließlich gegen Unternehmen, nicht aber gegen natürliche Personen.

Nach dem „3rd Report on the Implementation of the 1998 Recommendation“ der OECD gibt es keinen systematischen, empirischen Beweis für die abschreckende Wirkung von Kriminalstrafen.²⁰⁷ Jeder Staat bzw. jede internationale Organisation muss daher seine/ihre eigene „Sanktions-Mischung“ finden, die von einer Reihe von individuellen Faktoren abhängig ist, u.a. dem kulturellen und rechtlichen Hintergrund der jeweiligen Rechtsordnung, der Geschichte in Bezug auf die Behandlung von Kartellfällen, der Beziehung zwischen der Wettbewerbsbehörde, den Gerichten und Anklägern, aber auch den Ressourcen der Wettbewerbsbehörde. Der OECD-Bericht geht dabei davon aus, dass die Kartelldurchsetzung wahrscheinlich effektiver sei, wenn auch natürliche Personen sanktioniert werden. Die Drohung mit Individualstrafen kann Vorstände und Mitarbeiter persönlich beeinflussen, sich nicht an Kartellen zu beteiligen und sich gegebenenfalls auch entsprechendem Druck zu ungesetzlichem Handeln zu widersetzen. Auf der anderen Seite könnte sich eine solche Strafbarkeit – wie erwähnt – negativ auf die Bereitschaft von Mitarbeitern auswirken, bei der Aufklärung begangener Kartelle mitzuarbeiten.

Schließlich könnte die Sanktionierung auch von natürlichen Personen, die die Zuwiderhandlungen begangen haben, zu geringeren Geldbußen für die Unternehmen

202 Vgl. Section 188 des Enterprise Act 2002, wonach natürlichen Personen strafrechtliche Sanktionen drohen, wenn diese „dishonestly agree with one or more persons to make or implement, or cause to be made or implemented, certain cartel-type arrangements relating to at least two undertakings“.

203 Vgl. Art. L. 420-6 des Französischen Handelsgesetzbuchs, wonach natürlichen Personen strafrechtliche Sanktionen drohen, wenn diese „have fraudulently taken a personal and decisive part in the conception, organisation or implementation of the cartel“. Art. L. 420-6 wird jedoch selten angewandt.

204 Vgl. § 81 GWB, § 1 OWiG.

205 Vgl. Art. 63 Abs. 2 des spanischen Gesetzes zur Verteidigung des Wettbewerbs vom 3. Juli 2007, nach dem ein Bußgeld von bis zu EUR 60.000 verhängt werden kann.

206 Vgl. Art. 56 Abs. 1 des niederländischen Wettbewerbsgesetzes, wonach ein Bußgeld von bis zu EUR 400.000 verhängt werden kann.

207 OECD, 3rd report on the implementation of the 1998 Recommendation vom 15. Dezember 2005, S. 27; verfügbar unter www.oecd.org/competition.

führen. Der von den Wettbewerbsbehörden bei Geldbußen gegen Unternehmen erhobene „Abschreckungsaufschlag“ könnte dann auf Unternehmen und Individuen verteilt werden.

III. Neues Kronzeugen-System

Das Kronzeugen-System muss modifiziert werden, da es grundlegenden rechtlichen Bedenken begegnet (vgl. oben Abschnitt D. II. 2). Zunächst muss ein solches System in jedem Fall auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden, z. B. durch Einfügung entsprechender Vorschriften in die VO 1/2003. Des Weiteren muss das Kronzeugen-System den *nemo tenetur*-Grundsatz beachten, d. h. es darf keinen faktischen Zwang zur Kooperation geben, und es muss im Übrigen sichergestellt werden, dass die Geldbuße nicht erhöht wird, wenn ein betroffenes Unternehmen von seinem Recht zu schweigen Gebrauch macht. Zudem muss garantiert werden, dass die im Rahmen eines Kronzeugen-Systems gemachten Aussagen sorgfältig von einem Gericht auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden. Schließlich muss überlegt werden, ob das Konzept eines vollständigen Erlasses der Geldbuße bei einem Geständnis als solches angemessen ist. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen die Kommission bereits Ermittlungsmaßnahmen eingeleitet hat.

IV. Änderungen des neu eingeführten Vergleichsverfahrens

Bis vor kurzem sah das Gemeinschaftsrecht kein Vergleichsverfahren, sondern nur das „normale“ Verfahren vor, das sich regelmäßig lange hinzieht. Das Verfahren vor der Kommission umfasst im Einzelnen die Prüfung und Auswertung von Kronzeugenanträgen, Durchsuchungen, Auskunftsverlangen, Zeugenaussagen, Mitteilung von Beschwerdepunkten, Anhörungen, Vertraulichkeits- und Beweisprüfungen und Festsetzung der Geldbußen. Am Schluss des Verfahrens vor der Kommission steht eine detaillierte und umfangreiche Entscheidung, die häufig mehrere hundert Seiten umfasst. Da regelmäßig Unternehmen aus verschiedenen Ländern beteiligt sind, sind zudem Übersetzungen der relevanten Verfahrensmaterialien erforderlich, die das Verfahren noch weiter in die Länge ziehen. Regelmäßig dauern die Verfahren vor der Kommission daher mehrere Jahre. Obwohl die Kommission ungefähr 35 bis 40 Verfahren parallel bearbeitet, was zum Teil auf den Erfolg des Kronzeugen-Programms zurückzuführen ist, erlässt sie abschließende Entscheidungen in durchschnittlich weniger als zehn Fällen pro Jahr. Die Mehrheit der betroffenen Unternehmen erhebt zudem Klage gegen die Entscheidung der Kommission vor den Gemeinschaftsgerichten. Auch dies belastet die Ressourcen der Kommission und der Gemeinschaftsgerichte.

Vor allem die Gemeinschaftsinstitutionen haben daher ein großes Interesse an der Einführung eines schnelleren und weniger aufwändigen Verfahrens. Aber auch den Unternehmen kommt ein zügiger Verfahrensabschluss, der zudem möglicherweise mit einer geringeren Geldbuße verbunden ist, entgegen. Die Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* deutete daher 2005 die Einführung eines neuen Verfahrens an: „We may need to look at how some form of plea bargaining procedure could bring advantages in the context of European competition law.“²⁰⁸

Die Kommission erarbeitete daraufhin einen Entwurf für die Einführung eines Vergleichsverfahrens. Nach Konsultation der Öffentlichkeit beschloss die Kommission am 30. Juni 2008 die Annahme einer entsprechenden Kommissions-Mitteilung („**Vergleichs-Mitteilung**“)²⁰⁹ sowie einer Kommissionsverordnung zur Änderung der Verordnung 773/2004²¹⁰. Diese Rechtsakte enthalten die Rahmenbestimmungen für die Belohnung der Zusammenarbeit bei der Durchführung von Verfahren zur Anwendung von Art. 81 und 82 EG.²¹¹

1. Das Vergleichsverfahren

Nach der Vergleichs-Mitteilung soll das neue Vergleichsverfahren die Kommission in die Lage versetzen, mit unveränderten Ressourcen mehr Fälle zu bearbeiten, um dadurch dem Allgemeininteresse an einer wirksamen und rechtzeitigen Ahndung von Zuwiderhandlungen zu entsprechen und die Abschreckungswirkung insgesamt zu erhöhen.²¹²

Voraussetzung für die Anwendung des Vergleichsverfahrens ist die Bereitschaft des betroffenen Unternehmens, die Teilnahme an einem Kartell und die entsprechende Verantwortlichkeit einzugestehen. Insgesamt ist das Verfahren von einem – in vielen Aspekten – großen Ermessensspielraum der Kommission geprägt: Nach Rn. 5 der Vergleichs-Mitteilung hat die Kommission einen „weiten Ermessensspielraum bei der Auslotung der Fälle, in denen die Parteien an Vergleichsgesprächen interessiert sein könnten, und auch bei dem Entschluss, diese Gespräche zu führen, sie zu beenden oder sich zu vergleichen.“

Wenn ein von einer Kartelluntersuchung betroffenes Unternehmen Vergleichsgespräche beantragt, steht es im Ermessen der Kommission, ob sie in solche bilateralen und vertraulichen²¹³ Vergleichsgespräche eintritt. Kommt es zu solchen Gesprächen, so wird die Kommission in ihrem Verlaufe Informationen offenlegen, durch die die Unternehmen

208 *Kroes*, Rede vom 7. April 2005, „The First Hundred Days“, verfügbar unter http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.

209 Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl. vom 2. Juli 2008, C 167/1.

210 Verordnung (EG) Nr. 622/2008 der Kommission vom 30. Juni 2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen, ABl. vom 1. Juli 2008, L 171/3.

211 Vergleichs-Mitteilung, Rn. 1.

212 Ebd.

213 Vergleichs-Mitteilung, Rn. 7.

über die bis dahin von der Kommission in Betracht gezogenen wesentlichen Elemente in Kenntnis gesetzt werden.²¹⁴ Wenn die Parteien des möglichen Vergleichs während der Gespräche zu einem Einvernehmen über den Umfang der potenziellen Beschwerdepunkte und einer Veranschlagung der möglicherweise festzusetzenden Geldbuße gelangen, muss das Unternehmen der Kommission ein förmliches Ersuchen in Form von so genannten – schriftlichen oder mündlichen²¹⁵ – Vergleichsausführungen unterbreiten. Diese Vergleichsausführungen müssen u. a. enthalten: ein eindeutiges Anerkenntnis der Haftbarkeit für die Zuwiderhandlung, eine Angabe zum Höchstbetrag der Geldbuße, die nach Auffassung der Parteien verhängt werden wird und der sie zustimmen würden, sowie eine Erklärung, dass sie über die Beschwerdepunkte hinreichend in Kenntnis gesetzt wurden.²¹⁶ Diese Eingeständnisse und Bestätigungen erfolgen unter der Bedingung, dass die Kommission den Vergleichsausführungen und dem darin enthaltenen Antrag auf Abschluss eines Vergleichs nachkommt. Die Vergleichsausführungen können nicht einseitig von den beteiligten Unternehmen widerrufen werden.²¹⁷ Einsicht in die Vergleichsausführungen wird nur den Adressaten der Beschwerdepunkte gewährt, die keinen Vergleich beantragt haben, sofern sie sich verpflichten, von den Ausführungen keine Kopien zu erstellen, und sicherzustellen, dass die Informationen, die sie so erhalten haben, nur für die Zwecke der Rechts- und Verwaltungsverfahren im Rahmen der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft verwendet werden. Anderen Parteien wird keine Einsicht gewährt.²¹⁸ Die Vergleichsausführungen werden ohne Zustimmung des jeweiligen Unternehmens auch nicht an einzelstaatliche Gerichte weitergeleitet.²¹⁹

Nach dem Eingang der Vergleichsausführung verschickt die Kommission wie im herkömmlichen Verfahren die Mitteilung der Beschwerdepunkte. Wenn die Mitteilung der Beschwerdepunkte die Vergleichsausführungen des Unternehmens nicht übernimmt, kommen die allgemeinen Vorschriften und damit das herkömmliche Verfahren zur Anwendung. Das Anerkenntnis des Unternehmens gilt als zurückgenommen.²²⁰ In den übrigen Fällen kann die Kommission nach der Erwidierung des Unternehmens auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte eine Entscheidung ohne Einhaltung weiterer Verfahrensschritte, wie z. B. einer Anhörung, erlassen.²²¹

Wenn sich die Kommission dazu entschließt, das beteiligte Unternehmen für den Abschluss des Vergleichs zu belohnen, wird sie nach Anwendung der 10%-Höchstgrenze den Bußgeldbetrag um 10% reduzieren.²²² Wenn das Unternehmen auch für

214 Vergleichs-Mitteilung, Rn. 16 ff.

215 Vergleichs-Mitteilung, Rn. 38. Mündliche Vergleichsausführungen werden von der Kommission aufgezeichnet und niedergeschrieben.

216 Vergleichs-Mitteilung, Rn. 20.

217 Vergleichs-Mitteilung, Rn. 22.

218 Vergleichs-Mitteilung, Rn. 35.

219 Vergleichs-Mitteilung, Rn. 38.

220 Vergleichs-Mitteilung, Rn. 27.

221 Vergleichs-Mitteilung, Rn. 28.

222 Vergleichs-Mitteilung, Rn. 32.

eine Kronzeugen-Ermäßigung vorgesehen ist, so werden die zu gewährenden Ermäßigungen addiert.²²³

Das Recht der betroffenen Unternehmen, die endgültige Entscheidung der Kommission vor dem EuG gemäß Art. 229 und 230 EG anzufechten, wird durch die Anwendung des Vergleichsverfahrens nicht berührt.

2. Würdigung und Schlussfolgerungen

Die Einführung eines Vergleichsverfahrens ist grundsätzlich begrüßenswert. Auch die Mehrheit der Stellungnahmen²²⁴, die der Kommission im Rahmen der öffentlichen Konsultation zugegangen sind, sowie das European Competition Lawyers Forum („ECLF“)²²⁵ sieht die Einführung eines Vergleichsverfahrens grundsätzlich positiv.

Das Vergleichsverfahren hat jedoch erhebliche Schwachstellen und Defizite. Während die Kommission in ihrem Entwurf der Vergleichs-Mitteilung die Höhe der Ermäßigung für den Abschluss des Vergleichs noch offen gelassen hatte, hat sich die Mehrheit der Stellungnahmen für eine Ermäßigung um mindestens 20 % ausgesprochen.²²⁶ Insgesamt wurde in den Stellungnahmen eine „bedeutende“ Ermäßigung gefordert, damit sie einen ausreichenden Anreiz für die Unternehmen bietet, einen Vergleich einzugehen.²²⁷ Die Kommission hat sich bei Erlass der Vergleichs-Mitteilung allerdings nur für eine Ermäßigung in Höhe von 10 % entschieden.

Darüber hinaus lehnt die Kommission Verhandlungen über die Bußgeldhöhe, die Ermäßigung oder den Umfang der Zuwiderhandlung ab.²²⁸ Das ECLF erwartet daher, dass bei Fehlen eines Diskussionsspielraums über die genannten Punkte das Vergleichsverfahren für Unternehmen weitgehend „unattraktiv“ sein wird.²²⁹

Die Kommission hat durch das Vergleichsverfahren die in diesem Gutachten aufgezeigten Mängel des „normalen“ Verfahrens nicht beseitigt. Sie hat sich auch im Vergleichsverfahren einen zu weiten Ermessensspielraum vorbehalten, u. a. bei der Frage, ob sie überhaupt in Vergleichsgespräche eintritt oder Vergleichsausführungen annimmt. Der Bundesverband der Deutschen Industrie und der Deutsche Industrie und Handelskammertag haben in ihrer Stellungnahme dazu zutreffend ausgeführt:

„Um ein effektives Vergleichsverfahren einzuführen, bedarf es jedoch klarer rechtlicher Rahmenbedingungen, die den Parteien eine substantielle Folgenabschätzung und eine effektive Verfahrensführung ermöglichen, [...]“

²²³ Vergleichs-Mitteilung, Rn. 33.

²²⁴ Sämtliche Stellungnahmen sind auf der Webseite der Kommission verfügbar unter http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/index.html.

²²⁵ Stellungnahme des ECLF vom 21. Dezember 2007, S. 1, verfügbar auf der Webseite der Kommission.

²²⁶ Stellungnahme von Herbert Smith LLP, Gleiss Lutz und Stibbe vom 27. Dezember 2007, Rn. 2.8; ebenso u.a. Stellungnahme des International Bar Association Antitrust Committee vom 19. Dezember 2007, S. 1 und 3; Stellungnahme des ECLF vom 21. Dezember 2007, S. 5; Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. („Studienvereinigung“) vom 21. Dezember 2007, S. 3; alle verfügbar auf der Webseite der Kommission.

²²⁷ Stellungnahme der Studienvereinigung, a.a.O.

²²⁸ Vergleichs-Mitteilung, Rn. 2.

²²⁹ Stellungnahme des ECLF, S. 4.

Wesentlicher Kritikpunkt aus Sicht der Unternehmen ist der sehr weite Ermessensspielraum der Kommission, der sich sowohl auf die Einleitung des Verfahrens, als auch auf die Höhe der Bußgeldreduzierung, die Offenlegung von Beweismitteln oder die Möglichkeit der einseitigen Verfahrensbeendigung bezieht. Dieses Ermessen der Kommission macht das neue Instrument für die Unternehmen nicht kalkulierbar und kann somit zu einem Hindernis für das Vergleichsverfahren werden. [...]

Aus Gründen der Fairness und Vorhersehbarkeit von Kommissionsentscheidungen sollte der Ermessensspielraum der Kommission konkretisiert und begrenzt werden.“²³⁰

Dieses „absolute Ermessen“²³¹ der Kommission, das sie sich selbst durch die Bußgeld-Leitlinien, die Kronzeugen-Mitteilung und nun die Vergleichs-Mitteilung gewährt, verstößt gegen die rechtsstaatlichen Gebote der Bestimmtheit und der Berechenbarkeit des Verwaltungshandelns, insbesondere wenn es zu empfindlichen Sanktionen führen kann. Anscheinend versteht die Kommission ihre Funktion in Kartellverfahren als eine Rolle unbeschränkter Kompetenzen und mit unbeschränkter Handlungsfreiheit. Dieser Ermessensspielraum, und zwar nicht nur im Vergleichsverfahren, sollte demgegenüber klar definiert und beschränkt werden.

V. Reform der gerichtlichen Kontrolle von Kommissionsentscheidungen im EG-Kartellrecht

Das bisherige System der nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle von Bußgeldentscheidungen ist reformbedürftig. Dabei ist zwischen Maßnahmen zu unterscheiden, die im Rahmen des bestehenden Rechts möglich sind (*de lege lata*) und solchen, die eine Änderung des geltenden Rechts voraussetzen (*de lege ferenda*).

1. Maßnahmen *de lege lata*

1.1 Konsequenzen aus dem Gebot eines umfassenden und möglichst wirksamen Rechtsschutzes

De lege lata sollten die Gemeinschaftsgerichte die gerichtlichen Kontrollen angesichts der immer weiter steigenden Geldbußen ausweiten. Dies ist ihnen im Rahmen des bestehenden Systems jederzeit möglich. Zwar räumen Art. 229 EG in Verbindung mit Art. 31 der VO 1/2003 den Gemeinschaftsgerichten dem Wortlaut nach nur eine *Befugnis* zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung ein; unter allgemeinen rechtsstaat-

230 Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Industrie und des Deutschen Industrie- und Handelskammertags vom 17. Dezember 2007, S. 1 ff., verfügbar auf der Webseite der Kommission, vgl. Fn. 224.

231 Stellungnahme der International Bar Association - Antitrust Committee vom 19. Dezember 2007, S. 2, verfügbar auf der Webseite der Kommission, vgl. Fn. 224.

lichen Aspekten kann sich die Befugnis aber in eine entsprechende Pflicht verwandeln. Die heutigen Geldbußen stellen einen schwerwiegenden Eingriff der Kommission in die Rechte der Unternehmen dar.

Die Gemeinschaftsgerichte müssen daher schon angesichts der heutigen Höhe der Geldbußen die entsprechenden Entscheidungen der Kommission vollumfänglich nachprüfen. Anders ist ein rechtsstaatlicher Ausgleich gegenüber dem praktisch unbegrenzten Ermessen der Kommission in Bußgeldverfahren nicht herzustellen. Dies gebietet insbesondere die gerichtliche Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen und eigenständige Strafzumessungserwägungen des Gerichts, die sich von den Erwägungen der Kommission lösen.²³²

Eine solche Änderung der Gerichtspraxis würde sich mit dem vom EuGH selbst anerkannten Grundsatz decken, dass dem Gemeinschaftsrecht der Gedanke der Gewähr eines umfassenden und möglichst wirksamen Rechtsschutzes zugrunde liegt.²³³

Dieser Grundsatz wird in Art. 47 Abs. 1 Grundrechte-Charta bestätigt, wonach „jede Person, deren durch das Unionsrecht garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, [...] das Recht [hat], nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen“.

Art. 47 Abs. 1 Grundrechte-Charta geht mit dem Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz über die Regelungen der Art. 6 und 13 EMRK hinaus. Art. 13 EMRK begnügt sich mit einer bloßen behördlichen Überprüfung.²³⁴ Zwar wird der gerichtliche Kontrollumfang in Art. 47 Abs. 1 der Grundrechte-Charta nicht ausdrücklich angesprochen; man wird diese Bestimmung aber so verstehen müssen, dass mit dem Kriterium des „wirksamen Rechtsbehelfs“ zugleich eine möglichst umfängliche richterliche Kontrolle garantiert ist. Nur so ist die Wirksamkeit des Rechtsbehelfs gewahrt.

1.2 Umfang der gerichtlichen Kontrolle hängt von der Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens ab

Der Umfang und die Intensität der gerichtlichen Kontrolle von Bußgeldentscheidungen hängt auch von den zu schützenden Rechtsgütern bzw. Interessen und dem Ausmaß ihrer drohenden Beeinträchtigung ab.²³⁵

Zudem besteht eine Korrelation zwischen erforderlichem gerichtlichen Rechtsschutz und der Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens. Je weniger rechtsstaatlichen Schutz

232 Vgl. *Schmidt*, Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung, 2004, S. 196.

233 In der jüngeren Rechtsprechung vgl. vor allem EuGH vom 25. Juli 2002 - Rs. C-50/00 - *Unión de Pequeños Agricultores/Rat*, Slg. 2002, I-6677, Rn. 38 f.; weitere Nachweise bei *Schwarze*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007, S. 275, Rn. 542.

234 Vgl. *Eser*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., 2006, Art. 47, Rn. 11.

235 Vgl. dazu - für das Gemeinschaftsrecht - beispielsweise EuGH vom 15. Oktober 1987 - Rs. 222/86 - *Unectef/Heylens*, Slg. 1987, S. 4097. In diesem Urteil besteht der EuGH auf einem effektiven Rechtsschutz und argumentiert, dass es sich bei der Freizügigkeit der Arbeitnehmer um ein Grundrecht („fundamental right“) handele.

das Verwaltungsverfahren den Betroffenen bietet, umso stärker muss der gerichtliche Rechtsschutz ausgestaltet sein.²³⁶

Für eine besondere Fallkonstellation hat auch der EuGH letzteren Grundsatz für seine eigene Kontrolle bestätigt: Im Fall *Technische Universität München* hat er festgestellt, dass die Gewährung eines administrativen Beurteilungsspielraums zum Ausgleich eine umso strengere Ausgestaltung und Nachprüfung des Verwaltungsverfahrens gebietet.²³⁷

Das heutige Bußgeldverfahren verleiht der Kommission ein praktisch unbegrenztes Ermessen, insbesondere was die Höhe der zu verhängenden Sanktion anbelangt. Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte hat – wie dargetan – die Anhebung des Bußgeldniveaus durch die Kommission grundsätzlich gebilligt. Unter Berücksichtigung dieses großen Ermessens, über das die Kommission im Verwaltungsverfahren verfügt, besteht ein ausgleichendes rechtsstaatliches Bedürfnis nach einer Intensivierung der gerichtlichen Kontrolle.

1.3 Würdigung und Schlussfolgerungen

Im Ergebnis sprechen gute Gründe dafür, dass sich die in Art. 229 EG vorgesehene Möglichkeit der Gemeinschaftsgerichte zu einer unbeschränkten Ermessensnachprüfung der Bußgeldentscheidungen der Kommission angesichts der heutigen Bußgeldpraxis im europäischen Wettbewerbsrecht in eine Pflicht verwandelt hat. Für eine umfassende gerichtliche Kontrolle sprechen vor allem der weite Ermessensspielraum der Kommission und die Höhe der verhängten Geldbußen.

2. Maßnahmen *de lege ferenda*

De lege ferenda könnte das Sanktionssystem im EG-Kartellrecht so umgestaltet werden, dass die Kommission als Anklagebehörde fungiert und die Geldbußen vom EuG festgesetzt werden. Die Machtkonzentration der Kommission würde so aufgelöst.

2.1 Die Kommission als „Anklagebehörde“

Denkbar ist, das Verfahren als ein Anklageverfahren auszugestalten. In einem solchen System würde die Kommission die Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 und 82 EG vor dem EuG „anklagen“. Das EuG wiederum würde Beweis über die „Anklagepunkte“ erheben und gegebenenfalls eine Geldbuße festsetzen. Die Machtkonzentration bei der Kommission wäre aufgelöst und die Verteidigungsrechte der Unternehmen verbessert.

Entsprechende Vorschläge wurden verschiedentlich im Schrifttum vorgebracht. Mit einem derartigen Systemwechsel könnte vor allem Bedenken gegen die Doppelfunktion der Kommission als Ermittler und Richter unter dem Blickwinkel des Grundsatzes

236 Vgl. dazu auch EuGH, a.a.O.; ebenso EuGH vom 15. Mai 1986 - Rs. 222/84 - *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg. 1986, S. 1651.

237 Vgl. EuGH vom 21. November 1991 - Rs. C-269/90 - *Technische Universität München/Hauptzollamt München-Mitte*, Slg. 1991, I-5469, Rn. 14; dazu auch *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. erw. Aufl., 2005, Seite LX und LXXXIV.

der Gewaltenteilung begegnet werden.²³⁸ Außerdem würde dies auch die Gefahr der Verletzung der Verfahrensrechte der Betroffenen begrenzen.²³⁹

2.2 Institutionelle und organisatorische Konsequenzen einer Neugestaltung

Dieses neue Modell würde allerdings erhebliche institutionelle und organisatorische Veränderungen erfordern. Insbesondere müssten die personellen Kapazitäten der Gemeinschaftsgerichte deutlich aufgestockt werden. Innerhalb des EuG, das durch die eigene Beweiserhebung die Hauptlast des neuen Systems tragen würde, könnten Spezialekammern für Bußgeldverfahren sinnvoll sein.

Auf Grund der Änderungen durch den Vertrag von Nizza erlaubt der geltende Art. 220 Abs. 2 EG nach Maßgabe des Art. 225 a EG (einstimmiger Ratsbeschluss), dem EuG „gerichtliche Kammern beizuordnen, die in einigen besonderen Bereichen in diesem Vertrag vorgesehene gerichtliche Zuständigkeiten ausüben“. Diese Möglichkeit besteht auch nach dem Vertrag von Lissabon.²⁴⁰ Allerdings ist im derzeitigen System umstritten, inwieweit die Errichtung gerichtlicher Kammern im Wettbewerbsrecht allgemein sinnvoll ist.²⁴¹

2.3 Die Realisierbarkeit der Neugestaltung im Rahmen des EG-Vertrags

Es ist fraglich, ob sich dieses neue Modell im Rahmen des geltenden EG-Vertrags durch entsprechende sekundärrechtliche Regelungen verwirklichen ließe. Dies hängt insbesondere von der Auslegung von Art. 229 EG und Art. 83 Abs. 2 lit. d EG ab, die durch den Vertrag von Lissabon sachlich nicht geändert werden.

Art. 229 EG gestattet dem Gemeinschaftsgesetzgeber, dem Gerichtshof neben der Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung von Zwangsmaßnahmen auch die Befugnis zur „Verhängung“ solcher Maßnahmen einzuräumen.

Art. 83 Abs. 2 lit. d EG erlaubt, dass im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts Vorschriften mit dem Zweck erlassen werden, „die

238 Vgl. *Schmidt*, Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung, 2004, S. 196, mit Verweis auf *Rittner*, Kartellpolitik und Gewaltenteilung in der EG, *EuZW* 2000, 129; *Schermers/Waelbroeck*, *Judicial Protection in the European Communities*, 1992, § 644, die die Kommission als „law-maker, public prosecutor and judge in the first instance“ bezeichnen; vgl. auch EuGH-Richter *Lenaerts* in seinem Abschlussbericht über „Procedures and sanctions in economic administrative law“ als Generalberichterstatter für den 17. F.I.D.E.-Kongress 1996 in Berlin. Unter Bezugnahme auf eine große Anzahl der Teilnehmer seiner Arbeitsgruppe fasste er deren Reaktion wie folgt zusammen: „They feared the concentration of functions within a single case-handling authority and often, physically speaking, in the minds of the very same people, as they thought it difficult to separate mentally the different roles of investigator, prosecutor and decision-maker.“

239 Vgl. *Schmidt*, a.a.O. S. 196.

240 Vgl. Art. 9 f und Art. 225 a des Vertrags von Lissabon. Art. 225 a firmiert danach in neuer Nummerierung künftig als Art. 257 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union. In dieser neuen Vorschrift wird der Begriff „gerichtliche Kammern“ durch den Begriff „Fachgerichte“ ersetzt.

241 Vgl. z. B. *Everling*, Stand und Zukunftsperspektiven der Europäischen Gerichtsbarkeit, in: *Festschrift für Deringer*, 1993, S. 40 einerseits und *Hirsch*, Die Kooperation von nationalen und europäischen Gerichten bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: *Schwarze* (Hrsg.), *Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts*, 2002, S. 135 andererseits; dazu auch *Schmidt*, Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung, a.a.O., S. 196.

Aufgaben der Kommission und des Gerichtshofes bei der Anwendung der in diesem Absatz vorgesehenen Vorschriften gegeneinander abzugrenzen“. Art. 83 Abs. 2 lit. a EG sieht dabei ausdrücklich vor, dass die Ausführungsgesetzgebung die Beachtung der in den Art. 81 Abs. 1 und 82 EG genannten Verbote durch die Einführung von Geldbußen gewährleistet.

Obwohl der Wortlaut des Art. 229 EG jedenfalls in der deutschen Fassung ausdrücklich auch die „Verhängung“ einer Zwangsmaßnahme vorsieht, wird im Schrifttum teilweise bestritten, dass der Systemwechsel durch Sekundärrecht eingeführt werden könnte.²⁴² Die in der deutschen Fassung enthaltene Formulierung „Verhängung“ von Zwangsmaßnahmen sei ein Zusatz, der in den anderen Sprachfassungen fehle, so dass von einem Redaktionsversehen auszugehen sei. Ferner sei die Verhängung einer Geldbuße durch den Gerichtshof systemwidrig, da er eine zur Rechtskontrolle berufene Instanz, nicht aber ein Exekutiv- oder strafrechtliches Organ sei. Schließlich könnten Durchführungsverordnungen nach Art. 83 EG an der im Vertrag begründeten, dem Grundsatz der Gewaltenteilung entsprechenden Umschreibung der Funktionen von Kommission und Gerichtshof nichts Wesentliches ändern.²⁴³

Die überwiegende Meinung im Schrifttum geht jedoch davon aus, dass der EG-Vertrag in diesem Punkt offen sei und folglich auf Grund einer sekundärrechtlichen Regelung den Gemeinschaftsgerichten auch ein (Erst-)Entscheidungsrecht über eine Geldbuße eingeräumt werden könne.²⁴⁴ Nach *Pernice* „könnte etwa die endgültige Entscheidung über die Verletzung der Verbote der Art. 85 (heute: Art. 81 EG) und 86 (heute: 82 EG) und über die Verhängung von Bußgeldern dem Gerichtshof übertragen werden; dies etwa, um der vereinzelt kritisierten Funktionenhäufung bei der Kommission, die zugleich Partei/Ermittler und Richter in Kartellsachen sei, abzuhelfen“. ²⁴⁵ *Pernice* weist aber auch darauf hin, dass weder der EuGH noch das EuG bislang die Notwendigkeit zu einer Umgestaltung aus dem geltenden Vertragsrecht abgeleitet haben. Sie haben vielmehr *de lege lata* keinen Verstoß gegen die Grundsätze der Gewaltenteilung festgestellt.²⁴⁶ Zur Frage, ob auf der Basis der Art. 229 und 83 Abs. 2 EG eine solche neue Verfahrensgestaltung sekundärrechtlich möglich wäre, nehmen die Gemeinschaftsgerichte keine Stellung.

242 *Schmidt*, Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung, a.a.O., S. 194 ff.

243 So insbesondere *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar EUV und EGV, 6. Aufl., 2003, Art. 83 EG, Rn. 47.

244 So etwa *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., 2007, Art. 229, Rn. 5; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Aufl., 2004, Art. 229, Rn. 14; *Borchardt*, in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl., 2006, Art. 229, Rn. 6; *Schwarze*, in: EU-Kommentar, 2000, Art. 229, Rn. 8.

245 *Pernice*, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur EU, Stand: Oktober 1997, Art. 87 EG, Rn. 25.

246 Vgl. insoweit EuGH vom 29. Oktober 1980 - Verb. Rs. 209 bis 215 und 218/78, *Van Landewyck/Kommission*, Slg. 1980, 3125, 3248; EuG vom 10. März 1992 - Verb. Rs. T-68/89, T-77/89 und T-78/89 - *SIV u.a./Kommission*, Slg. 1992, II-1403, 1435, Rn. 70 f.

2.4 Würdigung und Schlussfolgerungen

Die Neukonzeption des Bußgeldverfahrens ließe sich auf der Basis des geltenden EG-Vertrags durch sekundärrechtliche Regelungen verwirklichen. So könnten *de lege ferenda* rechtsstaatliche Defizite des gegenwärtigen Bußgeldverfahrens beseitigt werden. Selbstverständlich wäre es darüber hinaus wünschenswert, dass das neue Bußgeldverfahren zusätzlich im Primärrecht abgesichert wird.

F. Reformvorschläge

Das EG-Kartellrecht weist erhebliche materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Mängel auf. Im Folgenden unterbreiten wir Vorschläge zu einer Reform des EG-Kartellrechts, um diese Mängel zu beseitigen. Dabei unterscheiden wir zwischen Reformvorschlägen, die allein eine Änderung der Praxis von Kommission und Gemeinschaftsgerichten erfordern, und Reformvorschlägen, die nur durch Änderungen der bestehenden Rechtsvorschriften zu verwirklichen sind.

Ziel der Reformvorschläge ist, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den Verfolgungsinteressen der Kommission einerseits und den Verteidigungsrechten der betroffenen Unternehmen andererseits herzustellen.

I. Reformvorschläge, die unter dem bestehenden rechtlichen System durchgesetzt werden könnten

1. Beachtung der Verteidigungsrechte wie in Strafverfahren

Das Verfahren vor der Kommission muss den materiell- und verfahrensrechtlichen Standards von Strafverfahren genügen, d. h. es müssen insbesondere die insofern geltenden Vorschriften der EMRK und der Grundrechte-Charta beachtet werden. Dies gilt vor allem für die Wahrung der Verteidigungsrechte der Unternehmen. Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 steht dem nicht entgegen, da die Geldbußen der Kommission dieselbe Wirkung wie strafrechtliche Sanktionen entfalten und daher auch gleich behandelt werden müssen.

2. Korrekturen am Kronzeugen-System

Das Kronzeugen-System muss grundlegend reformiert werden. Unter Berücksichtigung der Grundsätze *nemo tenetur* und *in dubio pro reo* muss geprüft werden, ob das Konzept eines vollständigen Erlasses der Geldbuße angemessen ist, insbesondere wenn die Kommission bereits ein Verfahren eingeleitet hat, oder ob nicht Ermäßigungen der Geldbußen ausreichen. Jedenfalls darf die Weigerung, mit der Kommission zu kooperieren, nicht zu höheren Geldbußen führen. Außerdem müssen die Gemeinschaftsgerichte die Kooperationsbeiträge der Unternehmen sorgfältig auf ihre Richtigkeit prüfen, um Falschbelastungen zu verhindern.

3. Vollumfängliche gerichtliche Kontrolle

Die Gemeinschaftsgerichte müssen die Bußgeldentscheidungen der Kommission vollumfänglich überprüfen. Die den Gemeinschaftsgerichten in Art. 229 EG eingeräumte Befugnis zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung von Bußgeldentscheidungen der Kommission muss vor dem Hintergrund der sehr hohen Geldbußen als Verpflichtung zur vollständigen Überprüfung der Entscheidungen verstanden werden.

4. Geldbußen dürfen nicht die Qualität strafrechtlicher Sanktionen erreichen

Nach Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 haben die Geldbußen, die nach Art. 23 verhängt werden, keinen strafrechtlichen Charakter. In diesem Sinne lässt sich Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 auch als rechtliche Grenze bei der Verhängung von Geldbußen im Wettbewerbsrecht verstehen. Die Bußgeldentscheidungen müssen unterhalb der Schwelle des Strafrechts verbleiben. Dies betrifft insbesondere die Höhe der Geldbußen. Wenn sie – wie heute – diese Schwelle überschreiten, ohne dass die Anforderungen an strafrechtliche Verfahren eingehalten werden, stehen sie mit dem geltenden Recht nicht im Einklang.

5. Zusammenhang zwischen den Geldbußen und den Auswirkungen der Zuwiderhandlung

Die Vorschriften über die Festsetzung der Höhe der Geldbußen sollten sich auf die Auswirkungen des Kartells beziehen. Die Geldbußen sollten daher in erster Linie darauf abzielen, den Gewinn abzuschöpfen.

6. Reform der Grundsätze über die Zurechnung der Verantwortung für Kartellrechtsverstöße auf Unternehmen

Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 setzt für die Verhängung von Geldbußen eine fahrlässige oder vorsätzliche Zuwiderhandlung eines Unternehmens gegen Art. 81 EG voraus.

Entgegen ihrer derzeitigen Praxis muss die Kommission hierfür die Einzelpersonen, die die Zuwiderhandlung begangen haben, eindeutig identifizieren und anschließend prüfen, ob ihr Verhalten dem Unternehmen zugerechnet werden kann. Eine Zurechnung kann nur erfolgen, wenn die Zuwiderhandlung von den gesetzlichen Vertretern des Unternehmens begangen wurde, oder wenn die gesetzlichen Vertreter die handelnden Einzelpersonen nicht hinreichend überwacht haben.

Dieser Ansatz würde es auch erlauben, Compliance-Bemühungen von Unternehmen zu berücksichtigen. Wenn ein Unternehmen durch seine gesetzlichen Vertreter alles ihm mögliche zur Verhinderung von Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht getan hat, sind Sanktionen nicht gerechtfertigt. Dem Unternehmen kann dann kein Schuldvorwurf gemacht werden.

7. Reform der Voraussetzungen für die Haftung von Konzernobergesellschaften

Das derzeitige System der Haftung der Konzernobergesellschaften basiert auf dem Konzept einer „wirtschaftlichen Einheit“ zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft. Nach der Rechtsprechung werden die Zuwiderhandlungen der Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zugerechnet, wenn die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem

Markt nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt. Für das Befolgen von Weisungen wendet die Praxis weitreichende Vermutungsregeln an.

Diese Grundsätze der Haftung von Muttergesellschaften sind zu weitgehend. Sie führen zu einer quasi-automatischen Haftung der Muttergesellschaften. An die Haftung der Muttergesellschaften müssen höhere Anforderungen gestellt werden, die sich insbesondere an den in den Mitgliedstaaten geltenden Grundsätzen zur Durchgriffshaftung orientieren sollten.

II. Reformvorschläge, die Veränderungen am bestehenden Rechtssystem erfordern

Die im Abschnitt F. I. gemachten Reformvorschläge können zwar allein durch Änderung der Praxis von Kommission und Gemeinschaftsgerichten umgesetzt werden; es empfiehlt sich dennoch, die Vorschläge auch in das Primär- und Sekundärrecht aufzunehmen. Darüber hinaus schlagen wir folgende Änderungen des Primär- und Sekundärrechts vor:

1. Einfügung von detaillierten Grundsätzen zur Bußgeldberechnung in die VO 1/2003

Der Ermessensspielraum der Kommission bei der Berechnung der Geldbußen muss vom Gemeinschaftsgesetzgeber deutlich eingeschränkt werden. Daher sollte der Rat in die VO 1/2003 detaillierte Grundsätze für die Festsetzung der Höhe der Geldbußen aufnehmen, die dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht werden. Die Unternehmen müssen in der Lage sein, die zu erwartende Geldbuße vorherzusehen.

2. Rechtsgrundlage für das Kronzeugen-System

Über die oben in Abschnitt F. I. 2. gemachten Reformvorschläge zum bestehenden Kronzeugen-System hinaus muss der Rat eine Rechtsgrundlage für das Kronzeugen-System in der VO 1/2003 schaffen und darin die wesentlichen Grundzüge regeln. Dabei sollten die unter Abschnitt F. I. 2. gemachten Vorschläge beachtet werden.

3. Rechtsgrundlage für die Haftung von Muttergesellschaften

Neben den in Abschnitt F. I. 7. gemachten Reformvorschlägen zur Haftung von Muttergesellschaften muss der Rat hierfür eine Rechtsgrundlage schaffen.

4. Geldbußen gegen natürliche Personen

Die Verhängung von Geldbußen auch gegen natürliche Personen sollte erwogen werden. Dies könnte dazu führen, dass die Kommission langfristig die Geldbußen gegen Unternehmen senkt. Die Sanktionen gegen natürliche Personen sollten jedoch unterhalb des Strafrechts bleiben.

5. Änderungen des neu eingeführten Vergleichsverfahrens

Das neu eingeführte Vergleichsverfahren sollte dahingehend geändert werden, dass der äußerst weite Ermessensspielraum der Kommission eingeschränkt wird.

6. Einführung eines neuen bi-institutionalen Verfahrens: Die Kommission als Anklagebehörde, über deren Anträge die Gemeinschaftsgerichte entscheiden

Verfahrensrechtlich wäre es sinnvoll, ein zweistufiges Verfahren einzuführen: Die Kommission klagt die Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 und 82 EG vor dem EuG (bzw. speziellen Kammern) an. Dieses entscheidet nach Beweiserhebung über den Vorwurf und eventuell über die Höhe einer Geldbuße (siehe auch Abschnitt F. I. 3. oben). Die Konzentration der Ermittlung des Sachverhalts und der Entscheidung über den Sachverhalt bei der Kommission würde dadurch aufgehoben.

Abkürzungsverzeichnis

A

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen

B

Bd.	Band
Beratender Ausschuss	Beratender Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen
Bußgeld-Leitlinien 1998	Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der VO Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden
Bußgeld-Leitlinien 2006	Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes

C

CML Rev.	Common Market Law Review
----------	--------------------------

D

d. h.	das heißt
ders.	derselbe

E

ebd.	ebenda
ECLF	European Competition Lawyers Forum
ECU	Europäische Währungseinheit [<i>European Currency Unit</i>]
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einf.	Einführung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EKomMR	Europäische Menschenrechtskommission
erw.	erweitert
EU	Vertrag über die Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUR	Euro
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
F	
f., ff.	folgende(r), fortfolgende
Fn.	Fußnote
G	
Gemeinschaftsgerichte	Der Europäische Gerichtshof und das Europäische Gericht erster Instanz
Grundrechte-Charta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
H	
Hrsg.	Herausgeber
I	
ICN i.V.m.	International Competition Network in Verbindung mit
K	
Kommission	Europäische Kommission
Kronzeugen-Mitteilung	Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen von 2006
Kronzeugen-Mitteilung 1996	Mitteilung der Kommission vom 18. Juli 1996 über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen
L	
lit.	Buchstabe (litera)
M	
Mitgliedstaaten	Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft
Mio.	Million(en)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
O	
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung [Organisation for Economic Co-operation and Development]
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
P	
Parlament	Europäisches Parlament

R	
Rev. Trim. de droit européen	Revue trimestrielle de droit européen
RJD	Report of Judgments and Decisions of the ECtHR [Entscheidungssammlung des EGMR]
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache(n)
S	
S.	Seite, Satz
Slg. Studienvereinigung	Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes Studienvereinigung Kartellrecht e.V.
U	
u.a.	und andere; unter anderem
usw.	und so weiter
V	
Verb.	Verbundene
VerfO EuG	Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz
Vergleichs-Mitteilung	Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen
Vertrag von Amsterdam	Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte
Vertrag von Lissabon	Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 3. Dezember 2007
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln
VO Nr. 17	EWG Rat: Verordnung Nr. 17: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrags
W	
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Z	
z. B.	zum Beispiel