



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Tilman Durchlaub

**Informelle Absprachen im EU-Kartell-
verfahrensrecht im Lichte der Allgemeinen
Rechtsgrundsätze des Europarechts**

Band 35



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Internationale Göttinger Reihe
Rechtswissenschaften
Band 35





Informelle Absprachen im EU-Kartellverfahrensrecht im Lichte der Allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von

Tilman Durchlaub
aus Wuppertal-Elberfeld

2010



Lebenslauf:

Als jüngster Sohn von Ursula und Dr. Wolfgang Durchlaub wurde ich am 27. Februar 1976 in Wuppertal-Elberfeld geboren und besuchte das dortige Wilhelm-Dörpfeld-Gymnasium. Zunächst nahm ich in Bonn das Studium der Geschichte und der Rechtswissenschaften auf. Nach dem Wehrdienst in den Niederlanden setzte ich mein Studium in Marburg, Lausanne und Würzburg fort, wo ich mein 1. Staatsexamen ablegte. In Frankfurt am Main folgte dann das 2. Staatsexamen. Seit 2009 arbeite ich als Rechtsanwalt in München in der Kanzlei GSK Stockmann + Kollegen.

Erstgutachter: Prof. Dr. Eckhard Pache

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juli 2010

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2012
Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2010

978-3-96955-448-8

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2012

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2012

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-448-8



Vorwort

Lange bevor sich die Wertegemeinschaft der Europäischen Union Gedanken über individuelle Grundrechte ihrer Unionsbürger machte, wurden durch den Europäischen Gerichtshof allgemeine Rechtsgrundsätze ermittelt, die elementare Regeln für das Verwaltungsverfahren in einer Wirtschaftsgemeinschaft definierten. Dies wurde vor allem deswegen erforderlich, weil bei Unterzeichnung der Römischen Verträge auf europäischer Ebene diesbezüglich keine gesetzlichen Normen existierten.

Gleichwohl häuften sich bereits kurz nach Gründung der Europäischen Gemeinschaft vor den europäischen Gerichten Fälle, die allein aufgrund der bestehenden, formellen Rechtsnormen nicht entschieden werden konnten. Insbesondere vor diesem Hintergrund hat der Europäische Gerichtshof in einer über Jahrzehnte andauernden Judikatur allgemeine Rechtsgrundsätze aufgedeckt, um in diesen Fällen Recht sprechen zu können. Dabei wurde ein Wertekanon geschaffen, der teilweise im Rahmen der Grundrechtecharta nunmehr ein formelles Gesicht bekommen hat.

Dieser Wertekanon ist in hohem Maße geeignet Verwaltungspraktiken der Europäischen Kommission auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, die insbesondere im Kartellverfahrensrecht Anwendung finden in dem häufig das formelle Verfahren durch informelle Absprachen ersetzt wird in der Hoffnung die Durchsetzung des Rechts effektiver zu gestalten.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist die Entwicklungsgeschichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts nachzuzeichnen und zu überprüfen, ob die informelle Absprache zwischen der Europäischen Kommission und Unternehmen im Rahmen des europäischen Kartellverfahrensrechts unter Berücksichtigung dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze, rechtmäßig ist.

Diese Arbeit lag im Wintersemester 2009/10 der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation vor.

Zu großem Dank bin ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Eckhard Pache verpflichtet, einerseits aufgrund der Anregung zu diesem Thema, andererseits durch die – geduldige – Begleitung während der Anfertigung der Dissertation. Prof. Dr. Stefanie Schmahl danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Meiner Mutter, ohne deren Unterstützung diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre, danke ich für Alles was sie für mich getan hat.

Mein Vater erlebte die Anfertigung dieser Dissertation leider nicht mehr, weshalb ich ihm diese in besonderer Weise widme.





TEIL 1 EINFÜHRUNG	1
A. PROBLEMSTELLUNG	1
B. AUFBAU DER UNTERSUCHUNG	4
TEIL 2 ALLGEMEINE RECHTSGRUNDSÄTZE IM EUROPARECHT	5
A. EXISTENZ ALLGEMEINER RECHTSGRUNDSÄTZE.....	5
I. Nachweis durch die Rechtslehre und Rechtslogik.....	5
II. Nachweis im Primärrecht der Europäischen Gemeinschaft.....	6
III. Definitionsansätze allgemeiner Rechtsgrundsätze im Europarecht	7
1. Definitionsansatz des EuGH.....	7
2. Definitionsansatz aus der Literatur	8
3. Stellungnahme.....	9
B. BEDEUTUNG ALLGEMEINER RECHTSGRUNDSÄTZE.....	10
I. Allgemeine Rechtsgrundsätze als ungeschriebenes Gemeinschaftsrecht	10
II. Abgrenzung zum Gewohnheitsrecht als ebenfalls ungeschriebenem Recht.....	11
III. Die Schließung von Lücken im Gemeinschaftsrecht.....	12
IV. Geltungsgrund für die Grundrechte der Europäischen Union	14
V. Die fehlende Kodifizierung eines europäischen Verwaltungsrechts	15
VI. Maßstab für die Auslegung von Primär- und Sekundärrecht	16
VII. Zusammenfassung der Bedeutung allgemeiner Rechtsgrundsätze	17
C. ENTWICKLUNG ALLGEMEINER RECHTSGRUNDSÄTZE DES GEMEINSCHAFTSRECHTS.....	17
I. Die Entscheidung „Federation Charbonniere de Belgique“	19
II. Die Entscheidung „SNUPAT“	21
III. Legitimation des EuGH zur Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze	22
IV. Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen für allgemeine Rechtsgrundsätze	24
1. Völkerrechtliche Verträge	25
2. Das geschriebene Gemeinschaftsrecht.....	27
3. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union	29
4. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.....	33
a. Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten.....	33
b. Einfaches Gesetzesrecht der Mitgliedstaaten	35
V. Das Institut der Rechtsvergleichung	37
1. Methode des gemeinsamen Standards.....	38
2. Methode des minimalen Standards.....	40
3. Methode des maximalen Standards	40
4. Methode der wertenden Rechtsvergleichung.....	41
5. Wertende Rechtsvergleichung anhand der Rechtsprechung des EuGH.....	42
6. Wertende Rechtsvergleichung in den Schlussanträgen der Generalanwälte.....	46
a. Analyse anhand der Schlussanträge der Generalanwälte.....	47
b. Ergebnis der Analyse	49
7. Zusammenfassung über die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze.....	50
D. EINZELNE ALLGEMEINE RECHTSGRUNDSÄTZE UND IHRE BEDEUTUNG IM RAHMEN INFORMELLER ABSPRACHEN IM EU-KARTELLVERFAHRENSRECHT	50
I. Grundsatz der <i>Gesetzmäßigkeit der Verwaltung</i>	52
1. Der Vorrang des Gesetzes	55
2. Der Vorbehalt des Gesetzes.....	57
II. Grundsatz der <i>Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes</i>	59
III. Grundsatz von <i>Treu und Glauben</i>	64
IV. Grundsatz auf <i>Durchführung eines fairen Verfahrens</i>	66
1. Grundsatz des rechtlichen Gehörs	70
a. Regelung im Kartellverfahrensrecht (Art. 27 VO 01/03)	71
b. Das Akteneinsichtsrecht als wesentlicher Bestandteil des rechtlichen Gehörs	72
c. Bedeutung des rechtlichen Gehörs für die <i>informelle Absprache</i>	73
2. Der Grundsatz des „in dubio pro reo“	75
3. Anspruch auf Durchführung eines Verfahrens in einer angemessenen Frist	78
V. Grundsatz des „ <i>ne bis in idem</i> “	80
VI. <i>Verhältnismäßigkeitsgrundsatz</i>	84
VII. <i>Gleichheitssatz / Diskriminierungsverbot</i>	87
1. Gleichbehandlung im Kartellverfahren nach der VO 01/2003	89
2. „Keine Gleichheit im Unrecht“ auch im Kartellverfahren.....	90
3. Zusammenfassung	92
VIII. <i>Untersuchungsgrundsatz</i>	92
IX. <i>Zusammenfassung</i>	94



TEIL 3 EU-WETTBEWERBS- UND KARTELLRECHT	96
ABSCHNITT 1 DIE RECHTLICHEN GRUNDLAGEN IN DEN VERTRÄGEN	96
A. DIE GRÜNDUNGSPHASE.....	96
B. DIE GRÜNDUNG DER EUROPÄISCHEN UNION.....	97
C. MITGLIEDSTAATEN UND GELTUNGSBEREICH DES EG-VERTRAGES.....	97
ABSCHNITT 2 WETTBEWERBSRECHT DES EU-VERTRAGES	98
A. WIRTSCHAFTSPOLITIK DER UNION UND WIRTSCHAFTSVERFASSUNG	98
B. KARTELLVERBOT NACH ART. 101 AEUV	102
I. <i>Tatbestandvoraussetzungen eines Kartellverbots gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV</i>	103
1. Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen	103
2. Vereinbarungen, Beschlüsse, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.....	103
3. Wettbewerbsbeschränkung.....	105
4. Bezweckte oder Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung.....	105
5. Zwischenstaatlichkeitsklausel	106
II. <i>Die Legalausnahme vom Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV</i>	107
1. Bedeutung der Legalausnahme für die informelle Absprache	109
2. Zwischenergebnis.....	111
C. KARTELLVERFAHRENSRECHT	111
I. Das Verbotungsverfahren als Hauptanwendungsfall der informellen Absprache	113
1. Verfahrenseröffnung	113
2. Anhörung des betroffenen Unternehmens.....	116
3. Beendigung des Verfahrens.....	117
a. Entscheidung der Kommission.....	117
b. Einstellung des Verfahrens	118
c. Informelle Absprachen mit dem Unternehmen	119
d. Die Verpflichtung von IBM gegenüber der Kommission	119
e. Die Verpflichtungszusage von Microsoft aus dem Jahre 1993.....	121
II. Die Verpflichtungszusage gem. Art. 9 VO 01/03	123
1. Regelungsgehalt der Verpflichtungszusage.....	124
2. Bindungswirkung der Verpflichtungszusage.....	125
a. gegenüber den beteiligten Unternehmen	125
b. gegenüber nationalen Gerichten und Wettbewerbsbehörden	126
aa. Auffassung der Kommission und herrschende Meinung.....	126
bb. Gegenmeinung aus der Literatur.....	127
cc. Ergebnis und Stellungnahme.....	128
c. gegenüber der Kommission.....	129
d. gegenüber Dritten.....	130
ABSCHNITT 3 RECHTSNATUR UND ZULÄSSIGKEIT INFORMELLER ABSPRACHEN.....	131
A. RECHTSNATUR INFORMELLER ABSPRACHEN	131
I. <i>Rechtsakte der Gemeinschaft gem. Art. 288 AEUV</i>	132
1. Änderung des Art. 249 EGV (jetzt Art. 288 AEUV) durch den Reformvertrag.....	132
2. Die Verordnung und Richtlinie als Rechtsnatur der informellen Absprache.....	134
3. Beschluss gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV als Rechtsnatur der informellen Absprache	135
a. Zuständigkeit für den Erlass des Beschlusses.....	136
b. Adressaten eines Beschlusses.....	137
c. Verbindlichkeit des Beschlussinhalts	138
aa. Beschluss durch die Kommission.....	140
bb. Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges.....	141
aaa. Die Auffassung des EuGH zur Rechtsnatur der Verpflichtungszusage	143
bbb. Stellungnahme	144
ccc. Zwischenergebnis.....	146
cc. Abschluss eines Verfahrens.....	146
dd. Ergebnis	147
4. Empfehlungen und Stellungnahmen gem. Art. 288 Abs. 5 AEUV	147
a. Ermächtigung der Kommission zu Empfehlungen und Stellungnahmen.....	147
b. Merkmale der Empfehlung.....	148
c. Merkmale der Stellungnahme.....	149
aa. Abgrenzung zwischen Meinungsäußerung und Willenserklärung.....	149
bb. Rückgriff auf die Abgrenzung durch das BVerfG.....	150
cc. Zwischenergebnis.....	151
6. Vertrag zwischen Unternehmen und Kommission	151
a. Informelle Absprache als privatrechtlicher Vertrag.....	151
b. Informelle Absprache als öffentlich-rechtlicher Vertrag.....	152



aa. Abgrenzung zwischen Verwaltungs- und Völkerrechtsverträgen.....	154
bb. Rechtsnatur des Verwaltungsvertrages und anwendbares Recht.....	155
cc. Regelungsinhalte und -grenzen von Verwaltungsverträgen im Gemeinschaftsrecht	157
dd. Vertragsparteien von Verwaltungsverträgen.....	158
ee. Zustandekommen eines Verwaltungsvertrages.....	159
7. Ergebnis.....	161
B. ZULÄSSIGKEIT INFORMELLER ABSPRACHEN.....	161
I. Die Verpflichtungszusage gem. Art. 9 VO 01/03 als Beschluss	162
1. Definition als Verwaltungsakt auf Unterwerfung.....	163
2. Anwendung der informellen Absprache neben Art. 9 VO 01/03 ?.....	163
a. Typenzwang durch Art. 9 VO 01/03 ?.....	164
b. Fehlender Typenzwang entbindet Kommission nicht von rechtmäßigem Handeln.....	166
3. Ergebnis.....	167
II. Gewohnheitsrecht als Rechtsgrundlage informeller Absprachen	167
1. Ständige Übung durch die Kommission.....	168
2. Rechtsüberzeugung der Kommission bei der ständigen Übung.....	169
III. Nichtigkeitsgründe einer informellen Absprache	171
IV. Entgegenstehen allgemeiner Rechtsgrundsätze	172
1. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	172
a. Vorrang des Gesetzes	173
aa. Vorrang des Gesetzes als Verfahrensgarantie?.....	173
bb. Handlungsspielraum der Kommission gem. Art. 7 VO 01/03.....	174
aaa. Informelle Maßnahmen wie comfort letter und Beratungsschreiben.....	175
bbb. Kein Numerus clausus der geregelten Maßnahmen	175
ccc. Informelle Absprache als „Minus“ in Art. 7 VO 01/03 enthalten?.....	176
ddd. Zwischenergebnis	177
cc. Primärrecht als Prüfungsmaßstab	177
aaa. Verstoß gegen materielles Wettbewerbsrecht gem. Art. 101, 102 AEUV	178
bbb. Verstoß gegen Art. 105 Abs. 1 AEUV als numerus clausus.....	178
ccc. Zwischenergebnis	179
bb. Sekundärrecht als Prüfungsmaßstab.....	180
cc. Ergebnis.....	180
b. Vorbehalt des Gesetzes	180
2. Grundsatz des Vertrauensschutzes.....	181
aa. Anspruch auf den Abschluss einer informellen Absprache	181
aaa. Differenzierung zwischen „hard-core“ Kartellen und der Spürbarkeitsschwelle.....	182
bbb. Beschlusskriterien der Kommission im Einzelfall	183
ccc. Zwischenergebnis	184
bb. Ergebnis	184
3. Grundsatz von Treu und Glauben.....	185
aa. Willkürliche Entscheidung bezüglich des „Ob“ der informellen Absprache	186
aaa. Die Zusage der Firma IBM.....	186
bbb. Die Zusage der Firma Microsoft.....	187
ccc. Stellungnahme und Ergebnis.....	188
bb. Willkürliche Entscheidung bezüglich des „Wie“ der informellen Absprache.....	188
cc. Ergebnis.....	189
4. Grundsatz auf Durchführung eines fairen Verfahrens	189
aa. Anspruch auf Durchführung eines Verfahrens an Stelle der informellen Absprache	190
bb. Wahrung der Verteidigungsrechte auch bei der informellen Absprache als Verwaltungsvertrag?	190
cc. Anspruch auf rechtliches Gehör	192
aaa. Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rahmen der informellen Absprache.....	192
bbb. Zwischenergebnis	194
5. Der Grundsatz des „ne bis in idem“ nach einer informellen Absprache	195
6. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die informelle Absprache.....	195
aa. Verhältnis zwischen Abstellungsentscheidung und informeller Absprache	196
bb. Die Verhältnismäßigkeit der informellen Absprache selbst	197
cc. Ergebnis.....	199
7. Gleichheitsgrundsatz / Diskriminierungsverbot.....	199
aa. Vergleich zweier Kartellverfahren mit gleichem Sachverhalt	199
bb. Vergleich eines Kartellverfahrens gegen mehrere Unternehmen	201
cc. Vergleich zwischen einer Geldbussenentscheidung und einer informellen Absprache innerhalb eines Kartellverfahrens	202
8. Untersuchungsgrundsatz.....	203
V. Ergebnis.....	205
TEIL 4 ZUSAMMENFASSUNG.....	206
Literaturverzeichnis.....	209





„Herrschaft fordert Legitimation, Recht fordert gleiche Freiheit.“

(Mestmäcker)

Teil 1 Einführung

A. Problemstellung

Grundsätzlich ist die Europäische Kommission gem. Art. 101 und 102 EUV i.V.m. Art. 4 und 7 Abs. 1 VO 01/03¹ dafür zuständig gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die gegen das EU-Wettbewerbsrecht verstoßen haben, ein förmliches Untersagungsverfahren durchzuführen und mittels einer förmlichen Entscheidung zu beenden. Daran anschließend verhängt die Kommission, je nach Schwere und Dauer des Vergehens der betroffenen Unternehmen, eine Geldbuße in bis zu dreistelliger Millionenhöhe.² In der Praxis bildet jedoch die Durchführung eines förmlichen Untersagungsverfahrens durch die Europäische Kommission die Ausnahme. Dies liegt zum einen daran, dass die Kommission von der Mehrzahl aller praktizierten Kartelle oder sonstigen Absprachen zwischen Unternehmen, trotz großzügiger Kronzeugenregelung³, niemals Kenntnis erlangt. Wenn die Kommission aber, vor allem durch Beschwerde bzw. Denunziation Dritter über ein bestehendes Kartell informiert wird, so eröffnet sie zwar in den meisten Fällen ein Verfahren, jedoch wird es dann nur in höchstens 10 Prozent aller Fälle auch förmlich beendet.⁴ Zum anderen ist dies zurückzuführen auf die Überlastung⁵ der Kommission im Rahmen ihrer

¹ Verordnung 01/03 der EG, Abl. L 01/03 vom 4.1.2003 (*Kartellverfahrensordnung*).

² Das bisher höchste Bußgeld im Rahmen des Art. 81 EGV wurde 2009 mit 1,13 Mrd. € gegen ein Gas-kartell bestehend aus E.on und Gaz de France zu jeweils gleichen Teilen verhängt. Im Jahre 2007 wurde ein Bußgeld i.H.v. 992 Mio. € gegen ein Fahrstuhlkartell verhängt, wobei allein auf *Thyssen-Krupp* 479 Mio. € entfielen. Gegen das so genannte Vitaminkartell wurden 2001 insgesamt Geldbußen von 790 Mio. € verhängt, wobei allein auf *Hofmann-LaRoche* 462 Mio. € entfielen. Mit 497,5 Mio. € wurde im Jahr 2004 gegen *Microsoft* die bislang höchste Geldbuße gegen ein einzelnes Unternehmen verhängt. Im Jahre 2007 wurde gegen *Siemens* ein Bußgeld i.H.v. 416 Mio. € verhängt im Rahmen des Hochspannungskartells dessen Gesamtumfang 750 Mio. € betrug. Auch im Bereich des Art. 82 EGV wurde die Marke von 1 Mrd. € Bußgeld bereits überschritten. Im Jahre 2009 wurde gegen Intel ein Bußgeld i.H.v. 1,06 Mrd. € verhängt. Gem. Art. 23 Abs. 2 VO 01/03 ist die Höhe einer Geldbuße auf 10 % des Jahresumsatzes eines Unternehmens begrenzt. Die Kommission könnte daher theoretisch sogar gegen das gemessen am Umsatz größte Unternehmen, *Royal Dutch/Shell* mit einem Umsatz von 458 Mrd. € im Jahr 2008, sogar eine Geldbuße von 45,8 Mrd. € verhängen. Im Jahr 2007 hat die Kommission insgesamt Busgelder i.H.v. 3,33 Mrd. € verhängt. Im Jahr 2006 waren es nur 1,8 Mrd. €. 2005 gar nur 683 Mio. €. vgl. FAZ vom 09.01.2008 S.11 und Süddeutsche Zeitung vom 10.07.2009. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, Abl. C 45/03 vom 19.02.2002.

⁴ Siehe die Statistik bei *van Bael*, CMLR 23, (1986) S. 61 (62); Bericht über die Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission, 1995, S. 49, 2000, S. 77; 2004, S. 72.

⁵ a.A. *Emmerich*, WuW 2001, S.3, der das Argument der Arbeitsüberlastung der Kommission nicht

Zuständigkeit sämtliche Kartellrechtsverstöße innerhalb aller 27 Mitgliedstaaten aufzudecken, zu untersuchen und zu sanktionieren.⁶ Insbesondere das ehemalige Monopol auf Erteilung einer Einzelfreistellung gem. Art. 9 Abs. 1 VO 17/62⁷ und die Zuständigkeit zur Durchführung der Wettbewerbspolitik in Europa beanspruchten die Personalressourcen der Europäischen Kommission bzw. die Generaldirektion Wettbewerb erheblich.⁸ Aber auch seit Einführung der VO 01/03⁹ und dem damit einhergehenden Systemwechsel auf das Prinzip der Legalausnahme, welches die Erteilung einer Einzelfreistellung durch die Kommission nunmehr obsolet gemacht hat, wird das förmliche Untersagungsverfahren gem. Art. 7 Abs. 1 VO 01/03 von der Kommission nur selten durchgeführt.

Dies liegt auch an dem hohen administrativen Aufwand der für eine förmliche Entscheidung betrieben werden muss. Das Verfahren muss zunächst durch die Kommission eingeleitet und eröffnet werden. Sodann ist gem. Art. 14 VO 01/03 der Beratende Ausschuss anzuhören. Die Beschwerdepunkte werden schließlich dem betroffenen Unternehmen zugestellt verbunden mit der Aufforderung sich gem. Art. 27 VO 01/03 dazu zu äußern. Zuletzt muss die förmliche Entscheidung gem. Art. 30 VO 01/03 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden, und zwar in allen 25 Amtssprachen. Ein solches Verfahren kann daher schnell mehrere Jahre in Anspruch nehmen ohne Berücksichtigung eines sich eventuell anschließenden Rechtsstreits vor den Europäischen Gerichten. In Einzelfällen kann daher ein ganzes Jahrzehnt vergehen bevor eine rechtskräftige Entscheidung gefällt ist.

Die Kommission geht daher seit langem dazu über, mit den Unternehmen informelle Absprachen zu treffen, die geeignet sind, die kartellrechtswidrigen Zustände abzustellen, ohne ein langwieriges und kompliziertes Kartellverfahren nach der nunmehr gültigen VO 01/03 durchführen zu müssen. Die Kommission verfolgt hierbei das Ziel die Unternehmen zur Abstellung ihres kartellrechtswidrigen Verhaltens zu bewegen,

gelten lässt aufgrund der Abschaffung der Anmeldepflicht für vertikale Vereinbarungen und der GFVO Nr. 2790/99. Die aktuell noch zu bearbeitenden ca. 1000 Anmeldungen und Beschwerden könnten in kurzer Zeit bearbeitet werden, zumal die Kommission immer wieder betont, es handele sich um einfache und unproblematische Fälle. Zuletzt gibt Emmerich zu bedenken, dass nicht jede Entscheidung der Kommission zu Art. 81 EGV einem Lehrbuch über Wettbewerbsrecht gleichen müsse.

⁶ Zwar sind nunmehr die nationalen Wettbewerbsbehörden gem. Art. 5 VO 01/03 ebenfalls zuständig die Art. 81 und 82 EGV im Rahmen der Dezentralisierung des europäischen Wettbewerbsrecht unmittelbar anzuwenden, jedoch nur in Einzelfällen. Grundsätzlich bleibt gem. Art. 4 VO 01/03 die Kommission zuständig. Außerdem kann die Kommission gem. Art. 11 Abs. 6 VO 01/03 Verfahren nationaler Behörden an sich ziehen, ohne dass die nationale Behörde dies verhindern könnte.

⁷ Die Kartellverfahrensordnung VO 17/62 wurde am 01.05.2004 durch die VO 01/03 ersetzt. Art. 43 VO 01/03 Abl. L 01/03 vom 4.1.2003.

⁸ *Schöler*, Diss. 2004, S. 68.

⁹ Die Kartellverfahrensordnung VO Nr. 1/2003 ist am 1.05.2004 in Kraft getreten.

um möglichst schnell einen freien und unverfälschten Wettbewerb in der Union wiederherzustellen. Die Unternehmen dagegen beabsichtigen zumeist einem zeitaufwendigen und komplizierten förmlichen Kartellverfahren, das auf eine Untersagungsentscheidung gerichtet ist, aus dem Wege zu gehen, um insbesondere die Verhängung einer empfindlichen Geldbuße bzw. eine negative Presseberichterstattung zu vermeiden.¹⁰ Sowohl die Kommission, als auch die betroffenen Unternehmen versprechen sich nicht unerhebliche Vorteile von der Vermeidung eines förmlichen Untersagungsverfahrens durch eine informelle Absprache, wohl wissend, dass dieses Vorgehen auch mit erheblichen Risiken verbunden ist.¹¹ Denn die rechtliche Einordnung dieser informellen Absprachen ist bis heute ungeklärt, wodurch auch die Rechtssicherheit beeinträchtigt ist.

Sollte sich im Rahmen dieser Arbeit herausstellen, dass die informelle Absprache keinen förmlichen Rechtsakt darstellt, so besteht auf Seiten der Kommission das Problem der mangelnden Durchsetzbarkeit der informellen Absprache bzw. die fehlende rechtliche Absicherung der Einhaltung der Zusagen der Unternehmen. Auf Seiten der betroffenen Unternehmen ergibt sich das Problem des fehlenden Rechtsschutzes vor den ordentlichen Gerichten und der damit einhergehenden fehlenden Rechtssicherheit.

Hierbei kommt es nun zu Berührung mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Europarecht. Diese können für die betroffenen Unternehmen bestimmte Verfahrensgarantien auslösen, welche schließlich auch die Kommission zu beachten hätte.¹² Daneben kommen subjektiv-rechtliche Ansprüche der betroffenen Unternehmen in Betracht, welche im Einzelnen zu untersuchen sind. Es stellt sich daher die Frage, ob die Kommission anhand allgemeiner Rechtsgrundsätze generell gehindert ist informelle Absprachen mit Unternehmen zu treffen, oder ob sie nicht vielmehr verpflichtet ist bei jedem Verdacht auf einen Kartellrechtsverstoß ein förmliches Untersagungsverfahren ordentlich durchzuführen.

¹⁰ Neben der Vermeidung rechtlicher Sanktionen stehen für weltweit operierende Konzerne immer häufiger auch die Vermeidung negativer Presseberichterstattung im Vordergrund. Der Marktwert eines Unternehmens kann durch Beeinträchtigung seines Images in der Öffentlichkeit eine weitaus höhere Einbuße erleiden als dies durch ein von der Kommission verhängtes Bußgeld möglich wäre. Innerhalb nur eines Jahres (2006/07) hat z.B. die Marke DaimlerChrysler 1,4 Mrd. € an Marktwert verloren. Vgl. dazu die Markenwertstudie von BBDO Consulting in Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Bernd W. Wirtz von der Universität Witten/Herdecke unter http://www.bbdo.de/de/home/presse/aktuell/2007/22_06_2007_-_allianz.html vom 08.02.2008.

¹¹ Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 6, Rn. 111; Dieckmann in: Wiedemann, Kartellrecht, § 45, Rn. 14.

¹² Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrecht, § 6 Rn. 53.

Ziel der Arbeit ist es anhand von Allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Zulässigkeit und Rechtsnatur bei informellen Absprachen zwischen der Kommission und Unternehmen zu untersuchen. Denn dort wo der Gesetzgeber, in diesem Fall die Kommission selbst, einem Verwaltungsorgan ein förmliches Verwaltungsverfahren an die Hand gegeben hat, stellt sich die Frage, ob dieses Verwaltungsorgan in jedem Fall dieses auch durchzuführen hat, oder sich darüber hinwegsetzen kann, um das Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs auf anderem Wege zu erreichen. Hierbei wird zu unterscheiden sein zwischen der Vermeidung eines noch nicht eröffneten förmlichen Untersagungsverfahrens insgesamt und dem Abschluss eines bereits eröffneten Untersagungsverfahrens durch eine informelle Absprache.

B. Aufbau der Untersuchung

Der Aufbau der Arbeit gliedert sich in zwei Teile. Der erste Teil umfasst die Untersuchung der Existenz der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Europarecht und ihre Entstehung bzw. Entwicklung durch den EuGH. Danach werden die für die weitere Untersuchung relevanten allgemeinen Rechtsgrundsätze kurz dargestellt und ihre Bedeutung für das Kartellverfahren, insbesondere für informelle Absprachen hervorgehoben.

Im zweiten Teil wird das aktuelle EU-Kartellrecht dargestellt unter Berücksichtigung der tief greifenden Systemänderung durch Einführung der VO 01/03 und dem Übergang vom Anmelde- und Freistellungssystem zum System der Legalausnahme.¹³

Daran anschließend wird die Zulässigkeit und die Rechtsnatur informeller Absprachen im EU-Kartellverfahrensrecht untersucht. Hierbei werden die im ersten Teil ermittelten allgemeinen Rechtsgrundsätze herangezogen und ihre Auswirkungen auf die einzelnen Problemfelder umfassend gewürdigt.

Vor diesem Hintergrund wird die aktuelle Kommissionspraxis einer kritischen Würdigung unterzogen.

¹³ *de Bronett*, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht, S. 11; *Mäger*, Europäisches Kartellrecht, S. 9; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, S.23; *Schöler*, Diss., Köln 2004, S.10ff.; *Zwiener*, Diss., 2004, S. 2ff.; *Buckenleib*, Diss., 2006, S. 48ff.



Teil 2 Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europarecht

A. Existenz Allgemeiner Rechtsgrundsätze

I. Nachweis durch die Rechtslehre und Rechtslogik

Die Existenz allgemeiner Rechtsgrundsätze im Europarecht¹⁴ wird von keiner Seite mehr ernsthaft bestritten.¹⁵ *Lecheler* behauptet sogar, dass keine Rechtsordnung ohne allgemeine Rechtsgrundsätze auskomme.¹⁶ Dem ist zu folgen, wenn man unterstellt, dass keine Rechtsordnung vollkommen und lückenlos ist, denn nur dann wären allgemeine Rechtsgrundsätze entbehrlich. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze verdanken ihre Existenz nämlich auch der Lückenhaftigkeit der jeweiligen Rechtsordnung, der sie angehören, denn gerade diese bestehenden Lücken sollen sie ausfüllen und ergänzen.¹⁷ Das Europarecht ist in diesem Sinne keine statische, sondern eine sich ständig verändernde Rechtsordnung, was vor allem sichtbar wird an der hohen Produktivität des europäischen Gesetzgebers, der europäischen Kommission. Wenn aber eine Rechtsordnung sich fortlaufend neue Verordnungen und Vorschriften gibt, sich also ständig verändert, dann kann diese auch nicht vollständig¹⁸ und lückenlos sein.¹⁹

Folgerichtig existieren in der europäischen Gemeinschaft allgemeine Rechtsgrundsätze, denn das Primär- und Sekundärrecht der EU bildet eine Rechtsordnung in diesem Sinne. Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob es sich um eine nationale oder supranationale Rechtsordnung handelt.

¹⁴ Der Begriff Europarecht i.e.S. bezeichnet das Rechts der Europäischen Union (EU) und der drei Europäischen Gemeinschaften: 1. die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) Laufzeit beendet am 23.07.2002, die Europäische Gemeinschaft (EG) und die Europäische Atomgemeinschaft (EAG).

¹⁶ *Eisner*, Diss., 2004, S. 34; *Lecheler*, Neue allgemeine Rechtsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht?, S. 12. *Lecheler*, Der EuGH und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, S. 41; Er sieht hier den neuralgischen Punkt der „Rechtswahrung“ durch den Gerichtshof, da die konkret fassbare Ebene der Vertragsanwendung überschritten werde und der Bereich erreicht werde, in dem sich Recht und politisches Wunschenken leicht überschneiden können.

¹⁷ *Weiss*, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, S. 14.

¹⁸ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3, Rn. 30.

¹⁹ Als Veränderung der Rechtsordnung des Gemeinschaftsrechts ist bereits eine Veränderung des Sekundärrechts und nicht erst des Primärrechts anzusehen.

II. Nachweis im Primärrecht der Europäischen Gemeinschaft

Aufgrund einer fehlenden legislativen Kodifizierung gehören allgemeine Rechtsgrundsätze zum ungeschriebenen Gemeinschaftsrecht. Gleichwohl finden sie im Primärrecht Erwähnung in folgenden Artikeln:

- *Nach Art. 340 Abs. 2 AEUV ist die Gemeinschaft „nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“ zur Amtshaftung verpflichtet.*
- *Die Europäische Union achtet gem. Art. 6 Abs. 2 EUV „die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistet wird und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.“*

Hieraus lässt sich die Existenz allgemeiner Rechtsgrundsätze in den Mitgliedstaaten aber auch im Europarecht ableiten. Der Umfang und die Reichweite einzelner allgemeiner Rechtsgrundsätze bleibt jedoch weiterhin ungeklärt, was auch aufgrund einer uneinheitlichen Terminologie sowohl vom EuGH als auch von der Literatur erschwert wird.²⁰ Die unterschiedlichen Begriffe beschränken sich jedoch allein auf die wörtliche Bezeichnung und haben keine rechtlichen Auswirkungen auf die Inhalte und den Umfang der allgemeinen Rechtsgrundsätze.²¹

Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören neben den Grundrechten der EU auch die rechtstaatlich verankerten Garantien des Verwaltungsverfahrens.²² Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Verfahrensgarantien.²³ Das Institut der

²⁰ Zu den unterschiedlichen Begriffen siehe *Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 27ff.; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 63; *Rengeling*, EuR 1984, S. 331 (341); *Ossenbühl* spricht von einer geradezu „babylonischen“ Sprachverwirrung, Allgemeine Rechts- und Verwaltungsgrundsätze – eine verschüttete Rechtsfigur, S. 289 (290).

²¹ Dies gilt insbesondere für den EuGH, der insoweit keine Abgrenzung nach Inhalt und Rang der allgemeinen Rechtsgrundsätze vornimmt. Neben dem Begriff der „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ (z.B. EuGH Slg. 1983, 2539, 2548, Rn. 11 *Meiko-Konservenfabrik*) werden auch die Begriffe wie „allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“ (EuGH Slg. 1987, 4097, 4117, Rn. 14 *Heylens*), „fundamentale Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“ (EuGH Slg. 1987, 4393, 4415, Rn. 12 *Französische Republik./Kommission*) und „tragende Grundsätze“ (EuGH Slg. 1962, 653, 691 *Glöckner Werke/Hoesch*). Einige Stimmen aus der Literatur hingegen benutzen gezielt unterschiedliche Begriffe, um je nach Geltungsgrund und Rang differenzieren und zu systematisieren, siehe *Rengeling*, EuR 1984, S. 331, (342); *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 63; *Krück* in: GTE, Art. 164 EGV, Rn. 22.

²² *Krück* in: GTE, Art. F EUV, Rn. 54.

²³ *Miersch* in: Dalheimer/Feddersen/Miersch, vor Art. 17, Rn. 16ff.

allgemeinen Rechtsgrundsätze im Europarecht entstammt dem französischen Rechtskreis, wonach einer Rechtsordnung die sogenannten „principes généraux du droit“ immanent sind und von der Judikative im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung lediglich „erkannt“ werden müssen.²⁴

Insoweit nämlich eine Rechtsordnung, wie die Europäische Union, allgemeinen Rechtsgrundsätzen verpflichtet ist, so müssen diese Rechtsgrundsätze auch Bestandteil dieser Rechtsordnung sein.

So unproblematisch der Nachweis der Existenz der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Europarecht, so problematisch ist die Nachzeichnung ihrer Entwicklung und „Erkennung“ durch den EuGH. Im folgenden wird der Zweck und die Bedeutung allgemeiner Rechtsgrundsätze für die praktische Rechtsanwendung herauszustellen sein. Zudem wird auch zu ermitteln sein, woher der EuGH überhaupt seine Legitimation zur Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze bezieht. Zuvor werden jedoch die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Definitionsansätze von allgemeinen Rechtsgrundsätzen dargestellt.

III. Definitionsansätze allgemeiner Rechtsgrundsätze im Europarecht

Nicht ohne Bedeutung sind die in Rechtsprechung und Literatur diskutierten Definitionsansätze allgemeiner Rechtsgrundsätze. Auch wenn die Terminologie hier alles andere als einheitlich gehandhabt wird, können diese Definitionsansätze helfen Herkunft und Umfang allgemeiner Rechtsgrundsätze zu bestimmen.

1. Definitionsansatz des EuGH

Der EuGH hat, soweit ersichtlich, keine ausdrückliche Definition allgemeiner Rechtsgrundsätze formuliert. Jedoch lässt sich aus seiner Rechtsprechung ableiten, was der EuGH typischerweise unter einem allgemeinen Rechtsgrundsatz versteht. Einen Definitionsansatz hieraus zu bestimmen wird zusätzlich durch die vom EuGH uneinheitlich benutzte Terminologie erschwert.

Im Urteil *Stauder* spricht der EuGH von

²⁴ Vgl. *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 580.

„den allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat“.²⁵

Im Urteil *Internationale Handelsgesellschaft* führt der EuGH zusätzlich aus, dass

„die Gewährleistung dieser Rechte (gemeint sind die Grundrechte als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze) zwar von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten getragen sein muss, sich aber auch in die Struktur und Ziele der Gemeinschaft einfügen muss“.²⁶

Ergänzend dazu stellt der EuGH im Urteil *Nold* fest, dass

„keine Maßnahme der Verwaltung als rechtmäßig anerkannt werden könne, die unvereinbar ist mit den von den Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannten und geschützten Grundrechten.“²⁷

Diese Rechtsprechung des EuGH könnte zu folgendem Definitionsansatz allgemeiner Rechtsgrundsätze im Europarecht führen:

„Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europarecht sind getragen von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, die sich darüber hinaus in die Struktur und Ziele der Gemeinschaft einfügen müssen. Sie dienen als Rechtmäßigkeitsmaßstab für jegliches Verwaltungshandeln innerhalb der Gemeinschaft.“

2. Definitionsansatz aus der Literatur

In der Literatur hat sich folgende Definition eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes herausgebildet:

„Allgemeine Rechtsgrundsätze sind Normen, die elementare Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit zum Ausdruck bringen und denen jede Rechtsordnung verpflichtet ist.“²⁸

²⁵ EuGH, Slg. 1969, S. 419, Rn. 7.

²⁶ EuGH, Slg. 1970, S. 1125; Rn. 4.

²⁷ EuGH, Slg. 1974, S. 491; Rn. 12.

²⁸ *Wetter*, Diss., S. 26ff.

3. Stellungnahme

Der Definitionsansatz des EuGH leidet darunter, dass er lediglich den Ursprung und die Wirkung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes beschreibt aber keine klaren Abgrenzungskriterien formuliert anhand derer vor allem Grundrechte unterschieden werden könnten. Dagegen wird herausgestellt, dass allgemeine Rechtsgrundsätze eine weitreichende Wirkung auf jegliches Handeln der Exekutive innerhalb der Europäischen Union beanspruchen. Daher wird zumindest deutlich, dass allgemeine Rechtsgrundsätze auch als Rechtmäßigkeitsmaßstab für Verwaltungshandeln heranzuziehen sind.

Der Definitionsansatz aus der Literatur versucht zwar Abgrenzungskriterien für allgemeine Rechtsgrundsätze aufzustellen, jedoch bleibt unklar, was mit dem Begriff „*elementare Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit*“ gemeint ist. Auch hier wird eine Abgrenzung zu Grundrechten kaum zu ziehen sein, weil diese ebenfalls „*elementare Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit*“ zum Ausdruck bringen. Außerdem wird nicht klar, ob allgemeine Rechtsgrundsätze zum geschriebenen oder ungeschriebenen Recht gehören. Zuletzt ist es meiner Auffassung nach verfehlt allgemeine Rechtsgrundsätze mit „*Normen*“ gleichzusetzen, da sie zwar Primärrechtscharakter haben jedoch nicht dem formellen Recht angehören.

Ein alternativer Definitionsansatz könnte daher wie folgt lauten:

„Allgemeine Rechtsgrundsätze spiegeln die fundamentalen ungeschriebenen Rechtsgedanken jeder Rechtsordnung wieder und dienen insbesondere der Ausfüllung von Gesetzeslücken sowie als übergeordneter Prüfungsmaßstab für das Handeln der Exekutive innerhalb dieser Rechtsordnung.“

Auf den ersten Blick wird im Vergleich zum Definitionsansatz der Literatur nur der Begriff „*elementar*“ gegen den Begriff „*fundamental*“ zur Beschreibung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ausgetauscht. In der Tat sind die Bedeutungen dieser Synonyme beinahe deckungsgleich. Im Kern geht es jedoch darum anhand des alternativen Definitionsansatzes ein taugliches Abgrenzungskriterium zu den Grundrechten zu liefern. Anders als Grundrechte verleihen allgemeine Rechtsgrundsätze einem Rechtssubjekt nicht unmittelbar ein Recht oder eine Pflicht, sondern spiegeln eben nur Rechtsgedanken wider, die in der jeweiligen Rechtsordnung als fundamen-

tal angesehen werden. Daher wird meiner Auffassung nach der alternative Definitionsansatz den aufgezeigten Unterschieden zwischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Grundrechten besser gerecht.

B. Bedeutung Allgemeiner Rechtsgrundsätze

I. Allgemeine Rechtsgrundsätze als ungeschriebenes Gemeinschaftsrecht

Auch wenn durch die Anerkennung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EGRC) durch den Vertrag von Lissabon gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV nun einige allgemeine Rechtsgrundsätze in formelles Recht gegossen wurden, so stellt dies noch keinen abschließenden Katalog²⁹ allgemeiner Rechtsgrundsätze dar, weshalb allgemeine Rechtsgrundsätze weiterhin als ungeschriebenes Recht zu kategorisieren sind.³⁰ Die Notwendigkeit ungeschriebenen Rechts in Form von allgemeinen Rechtsgrundsätzen als Bestandteil der Europäischen Union wird auch von der Union selbst anerkannt:

„Das geschriebene Gemeinschaftsrecht, das im wesentlichen nur wirtschaftliche und soziale Sachverhalte regelt, kann die Verpflichtung zur Wahrung elementarer Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit nur zum Teil erfüllen, sodass die allgemeinen Rechtsgrundsätze eine der wichtigsten Rechtsquellen der Gemeinschaft darstellen.³¹ Durch sie können die vorhandenen Lücken geschlossen oder das bestehende Recht durch Auslegung im Sinne des Gerechtigkeitsprinzips fortentwickelt werden.“³²

²⁹ Vgl. Art. 41 Abs. 2 EGRC „rechtliches Gehör“; Art. 47 Abs. 2 EGRC „Recht auf ein faires Verfahren“; Art. 49 „Gesetzmäßigkeitsprinzip“; Art. 50 EGRC „ne bis in idem“.

³⁰ So auch *Park*, Diss., S. 102 (105); dagegen *Ossenbühl*, Allgemeine Rechts- und Verwaltungsgrundsätze – eine verschüttete Rechtsfigur?, S. 289 (291), der behauptet „allgemeine Rechtsgrundsätze zeigten sich auch im Gewande positiven Rechts und in der Verfassung. Das Fundamentale kann nicht im ungeschriebenen Recht verbleiben.“.

³¹ http://europa.eu.int/eur-lex/de/about/abc/abc_19.html vom 13.10.2006.

³² http://europa.eu.int/eur-lex/de/about/abc/abc_19.html vom 13.10.2006.

Der hohe Abstraktionsgrad allgemeiner Rechtsgrundsätze führt auch zu der Konsequenz, dass sie nur „Wegweiser“³³ sein können, aber keine unmittelbar anwendbaren Tatbestandsvoraussetzungen enthalten.

II. Abgrenzung zum Gewohnheitsrecht als ebenfalls ungeschriebenen Recht

Zum ungeschriebenen Gemeinschaftsrecht zählt daneben auch das Gewohnheitsrecht. Darunter versteht man durch fortlaufende und ständige Übung und Rechtsüberzeugung entstandenes Recht, das primäres oder sekundäres Recht ergänzt oder ändert.³⁴ Darüber hinaus muss diese fortlaufende ständige Übung (*consuetudo*) von der Praxis auch als rechtlich geboten anerkannt werden (*opinio juris necessitatis*).³⁵ Die Möglichkeit der Existenz solchen Gemeinschaftsgewohnheitsrechts wird zwar grundsätzlich anerkannt³⁶, jedoch unterliegt die tatsächliche Herausbildung von Gewohnheitsrecht auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts wesentlichen Grenzen.

Eine erste Grenze ergibt sich aus der Existenz eines speziellen Verfahrens zur Vertragsänderung gem. Art. 48 EUV, wonach eine Vertragsänderung erst nach ihrer Ratifizierung in allen Mitgliedstaaten wirksam wird.³⁷ Dadurch wird zwar die Herausbildung von Gewohnheitsrecht nicht schlechthin ausgeschlossen, jedoch verschärft diese Tatsache die Anforderungen, die an den Nachweis einer lang andauernden Übung und einer entsprechenden Rechtsüberzeugung zu stellen sind.

Eine weitere Grenze ergibt sich für die Herausbildung von Gewohnheitsrecht durch die Gemeinschaftsorgane aus dem Umstand, dass jedes Handeln eines Organs seinen Geltungsgrund ausschließlich in den Gemeinschaftsverträgen findet, nicht jedoch aufgrund ihres tatsächlichen Verhaltens und eines entsprechenden Rechtsbin-

³³ Ossenbühl, Allgemeine Rechts- und Verwaltungsgrundsätze – eine verschüttete Rechtsfigur?, S. 289 (291).

³⁴ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 54; Bleckmann, Europarecht, Rn. 568.

³⁵ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S.54.

³⁶ Bleckmann, Europarecht, Rn. 564; Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union, 5. Auflage, Rn. 383; Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S.54.

³⁷ Die Ratifizierung folgt dabei nach den verfassungsrechtlichen Vorschriften der jeweiligen Mitgliedstaaten. In Deutschland muss daher der Bundestag und Bundesrat zustimmen. In Frankreich hingegen ist ein Referendum durchzuführen, wobei die einfache Mehrheit der von den Bürgern abgegebenen Stimmen ausreicht. Das Referendum über eine Verfassung über Europa wurde jedoch von den Bürgern abgelehnt, weshalb der Ratifizierungsprozess in Europa zunächst ausgesetzt wurde. Hierbei wurde deutlich wie unberechenbar Referenden sein können. Das Abstimmungsverhalten von Parlamentariern ist aufgrund der sog. Fraktionsdisziplin und des allgegenwärtigen Lobbyismus weitaus vorhersehbarer.

dungswillens.³⁸ Daraus folgt, dass Gewohnheitsrecht im Range von Vertragsrecht in keinem Fall von den Gemeinschaftsorganen, sondern allenfalls von den Mitgliedstaaten unter den soeben beschriebenen verschärften Bedingungen ausgehen kann.³⁹ Übungen und Rechtsüberzeugungen der Gemeinschaftsorgane können allerdings im Rahmen der Auslegung der von diesen Organen geschaffenen Rechtssätze herangezogen werden, wodurch unter Umständen die rechtliche und tatsächliche Tragweite des betreffenden Rechtsaktes geändert wird. Allerdings sind auch hierbei die durch das primäre Gemeinschaftsrecht vorgegebenen Voraussetzungen und Grenzen zu beachten.⁴⁰ Werden also allgemeine Rechtsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht vor allem durch die Rechtsprechung erkannt, so entsteht Gewohnheitsrecht erst durch eine längere Übung der Praxis der Mitgliedstaaten über einen längeren Zeitraum hinweg.

Schließlich kann der EuGH von seiner Rechtsprechung mangels Bindung an seine Präjudizien später abweichen.⁴¹ Gewohnheitsrecht hingegen, wenn es durch ständige Übung erstmals gesetzt wurde, kann nur durch eine gegenteilige Übung wieder aufgehoben werden, was freilich ebenfalls einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt. Wesentlicher Unterschied zwischen Gewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Gemeinschaftsrecht bleibt jedoch die Tatsache, dass allgemeine Rechtsgrundsätze ausschließlich vom EuGH entwickelt werden, wohingegen Gewohnheitsrecht auch durch die Praxis der Organe der Mitgliedstaaten gesetzt werden kann.⁴²

III. Die Schließung von Lücken im Gemeinschaftsrecht

Die Bedeutung allgemeiner Rechtsgrundsätze kommt insbesondere im Europarecht in der oben bereits beschriebenen Lückenhaftigkeit dieser Rechtsordnung zum Ausdruck.⁴³ Diese Lücken gilt es anhand von allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu

³⁸ Vgl. das Prinzip der Einzelmächtigung gem. Art. 5 EGV.

³⁹ *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Union, 5. Auflage, Rn. 383.

⁴⁰ http://europa.eu.int/eur-lex/de/about/abc/abc_19.html vom 13.10.2006.

⁴¹ *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 561.

⁴² Darüber hinausgehend *Bleckmann*. Europarecht, Rn. 568, der zusätzlich Organen der EG die Kompetenz zur Schaffung von Gewohnheitsrecht zugesteht. Er plädiert für ein „offenes Gewohnheitsrecht“ auf europäischer Ebene, um einerseits eine „Versteinerung“ der Praxis der Organe der EG zu verhindern und andererseits die Flexibilität des Gemeinschaftsrechts zur Durchsetzung der fortschreitenden Integration zu wahren. Hierzu sei es notwendig das gemeinschaftliche Prinzip der flexiblen Dynamik der Vertragsauslegung mit den Prinzipien der Entwicklung von Gewohnheitsrecht zu koppeln.

⁴³ *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 63.

füllen, um nicht nur eine konkrete Rechtsfrage zu lösen, sondern um einen abstrakten Rechtssatz zu finden, der eine fehlende Regelung im Gemeinschaftsrecht auszufüllen geeignet ist. Die Lückenhaftigkeit des Gemeinschaftsrechts hat ihre Ursache in der Konzeption, dem Wesen und der Art ihres Zustandekommens, denn in erster Linie regelt das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaft wirtschaftliche und soziale Kernbereiche. Dies wird offensichtlich, wenn man sich die Konzeption der EU in den Gründungsverträgen⁴⁴ als *Wirtschaftsgemeinschaft* vor Augen führt.⁴⁵ Eine umfangreiche Rechtsordnung, die alle Regeln des gemeinschaftlichen Zusammenlebens umfasst, war zu diesem Zeitpunkt gar nicht gewollt. Handelte es sich bei dem ersten der drei Gründungsverträge, dem Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) vom 18.04.1951 doch um eine reine Wirtschaftsgemeinschaft zur Schaffung eines Binnenmarktes für die Kohle- und Stahlindustrie.⁴⁶

Schließlich ist die Rechtsordnung der EU, wie oben bereits erwähnt, nicht statisch, sondern offen gestaltet, um insbesondere die Vertragsziele der Integration und Harmonisierung gem. Art. 3 EUV verwirklichen zu können.⁴⁷

Hinzu kommt die Schwerfälligkeit und teilweise Handlungsunfähigkeit des europäischen Gesetzgebers auf aktuelle Entwicklungen innerhalb der Gemeinschaft zu reagieren, weshalb nur eingeschränkt auf geschriebenes Gemeinschaftsrecht insbesondere in einem Rechtsstreit zurückgegriffen werden kann.⁴⁸ Es bleibt daher häufig Sache der Gerichte, insbesondere des EuGH, durch richterliche Rechtsfortbildung die Weiterentwicklung des gemeinschaftlichen Systems zu übernehmen und damit die rechtsstaatliche Legitimation und Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsrechtssystems zu sichern.⁴⁹ Der EuGH wird dabei nicht als Legislativorgan tätig, sondern er-

⁴⁴ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.03.1957, zuletzt geändert durch Beitrittsakte 2003 vom 16.04.2003, Amtsblatt L 236 vom 23.09.2003 S. 33.

⁴⁵ Diese Konzeption ist mittlerweile umfangreich erweitert worden, insbesondere durch Gründung der EU durch den Vertrag von Maastricht. Zum Wandel der EU von der Wirtschafts- zur Wertegemeinschaft siehe: *Eisner*, Diss., S. 18.

⁴⁶ Vertrag über die Gründung einer Europäischen Gemeinschaft für Kohl und Stahl (EGKS) vom 18.04.1951 unterzeichnet in Paris und am 23.07.1952 in Kraft getreten. Der EGKSV enthielt, anders als der später folgende EGV, eine viel ausdifferenziertere Regelung des Wettbewerbsrechts. Im Rahmen des EGKSV waren der Kommission nicht nur Kompetenzen für eine nachträgliche Missbrauchskontrolle eingeräumt, sondern sie konnte gestaltend zur Aufrechterhaltung der Marktordnung und zur Überwindung einer Krise in die Produktions- und Preispolitik einzelner Unternehmen eingreifen. Darüber hinaus hatte die Kommission gem. Art. 65, 66 EGKSV weitreichende Interventionsmöglichkeiten bei Kartellen und Unternehmenszusammenschlüssen. Der EGKSV ist am 23.07.2002, exakt 50 Jahre nach seinem Inkrafttreten, außer Kraft getreten.

⁴⁷ *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 63.

⁴⁸ *Schwarze*, Der Europäische Gerichtshof, S. 11, 13; *Kirchhoff*, DB 1989, S. 2261 (2263).

⁴⁹ Hervorzuheben ist als Beispiel dafür die Entwicklung eines Grundrechtstandards auf

kennt im Rahmen eines Rechtsstreits eine Lücke im Gemeinschaftsrecht, die es ihm zunächst unmöglich macht, abschließend ein Urteil zu fällen, weshalb er durch Rechtsvergleichung einen allgemeinen Rechtsgrundsatz „erkennt“ der die Lücke auszufüllen geeignet ist. Aufgrund der Präzedenzwirkung der Urteile des EuGH, insbesondere im Vorabentscheidungsverfahren, wird dieser „erkannte“ allgemeine Rechtsgrundsatz sodann über die Urteilswirkung hinaus Bestandteil der Rechtsordnung der Europäischen Union.⁵⁰ Der EuGH hat daher aufgrund der Bindungswirkung und Unabänderlichkeit seiner Urteile eine überragende Stellung bezüglich der Wahrung und Harmonisierung des Rechts der Europäischen Union aber auch der europäischen Integration.

IV. Geltungsgrund für die Grundrechte der Europäischen Union

Darüber hinaus sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze für den Grundrechtsschutz in Europa von wesentlicher Bedeutung. Die Gemeinschaftsgrundrechte wurden vom EuGH in ständiger Rechtsprechung erkannt und entwickelt. Hierbei dienten die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Rechtsquelle zur Ermittlung der Gemeinschaftsgrundrechte.⁵¹ Als Rechtserkenntnisquelle dagegen wurden die mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) qualifiziert. Zum ungeschriebenen Gemeinschaftsrecht zählen, wie oben bereits erwähnt, insbesondere die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Somit stellen die ebenfalls vom EuGH entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze den Geltungsgrund für die Grundrechte der Europäischen Union dar. Daraus folgt, dass Grundrechte der Europäischen Union im Ergebnis als allgemeine Rechtsgrundsätze zu qualifizieren sind, die vom EuGH von Anfang an als Teil des Gemeinschaftsrechts bezeichnet wurden.⁵²

Insoweit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie oben bereits dargelegt, die Funktion der Lückenfüllung des Gemeinschaftsrechts zukommt, so wird diese Aufgabe allein durch die Anerkennung der Charta⁵³ der Grundrechte nicht bedeutungslos, denn die

Gemeinschaftsebene, sowie die Ausarbeitung der rechtsstaatlichen Grundsätze des Verwaltungsrechts in Teilbereichen des insoweit Lücken aufweisenden Primär- und Sekundärrechts, vgl. dazu *Rengeling*, Grundrechtsschutz, S. 165ff.

⁵⁰ So auch *Bleckmann*, *Europarecht*, Rn. 996; ablehnend *Gutsche*, *Die Bindungswirkung der Urteile des EuGH*, S. 142 m.w.N.

⁵¹ EuGH, Slg. 1979, 3727, 3745.

⁵² Zum ganzen *Eisner*, *Diss.*, S. 41.

⁵³ Abl. (EG) 2000 Nr. C 364/1.

Lückenhaftigkeit des Gemeinschaftsrechts hat sich dadurch nicht wesentlich gebessert, da die Charta zwar nun rechtsverbindlich ist⁵⁴, jedoch keinen abschließenden Katalog allgemeiner Rechtsgrundsätze enthält. Dies war auch gar nicht gewollt, da die EGRC primär Bürgerrechte (Grundrechte) konstituiert; allgemeine Rechtsgrundsätze hingegen auch darüber hinaus gehende Wertentscheidungen beinhalten können. Zudem ist es dem EuGH weiterhin unbenommen im Rahmen der Fortentwicklung des Rechts in der Europäischen Union, unabhängig vom Gemeinschaftsgesetzgeber, weitere allgemeine Rechtsgrundsätze zu „erkennen“, die bislang in der EGRC nicht formell kodifiziert sind.

Gleichwohl dient die EGRC der Transparenz und macht die grundlegenden Wertentscheidungen der europäischen Rechtsordnung sichtbarer, was vor allem für den europäischen Integrationsprozess von entscheidender Bedeutung ist.⁵⁵ Trotz Anerkennung der EGRC gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV bleibt es also bei der Lückenhaftigkeit des Gemeinschaftsrechts in Europa, der durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, als Geltungsgrund der europäischen Grundrechte, zu schließen ist.

V. Die fehlende Kodifizierung eines europäischen Verwaltungsrechts

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind auch im Rahmen der Entwicklung eines europäischen Verwaltungsrechts bedeutsam, denn zur Zeit der Gründung der Europäischen Gemeinschaft fehlte es noch an Grundlagen des allgemeinen Verwaltungsvorgangs.⁵⁶ Bis heute existiert auf europäischer Ebene keine kohärente und einheitliche Kodifizierung der verwaltungsrechtlichen Grundsätze.⁵⁷ Inzwischen ist das allgemeine Verwaltungsrecht jedoch durch die Rechtsprechung des EuGH sehr weit entwickelt worden und als feste Größe anerkannt.⁵⁸ Beispielhaft dafür war im Bereich des besonderen Verwaltungsrechts, dem Kartellverfahrensrecht, die Rechtsprechung des EuGH zur Gewährung rechtlichen Gehörs, denn in Art. 19 VO 17/62 war der Grundsatz auf rechtliches Gehör lediglich erwähnt, jedoch nicht konkret geregelt in welchem Umfang dieses von der Kommission zu gewähren war. Erst der EuGH hat

⁵⁴ Auf Protokoll Nr. 30 zum AEUV über die „eingeschränkte“ Anwendung der EGRC in Polen und Großbritannien wird verwiesen.

⁵⁵ *Ehlers*, § 1 III Ziff. 4, Rn. 32.

⁵⁶ *Pache*, Der Schutz der finanziellen Interessen, S. 137.

⁵⁷ *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. XCV.

⁵⁸ *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 1317; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. XLVII.

in ständiger Rechtsprechung sodann die Reichweite und die Ausgestaltung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bestimmt.⁵⁹

Die fehlende Kodifizierung von Verteidigungsrechten Betroffener im Rahmen des Kartellverfahrens hat immer wieder Anlass zu Kritik geboten und zahlreiche Streitigkeiten vor den europäischen Gerichten ausgelöst.⁶⁰ Bezüglich der konkreten Ausgestaltung der Sicherung des rechtlichen Gehörs und weiterer verfahrensrechtlicher Garantien wie z.B. des Akteneinsichtsrechts, der Wahrung der Vertraulichkeit des Briefwechsels mit einem Rechtsanwalt, des Aussageverweigerungsrechts gegenüber Auskunftersuchen der Kommission und ähnlichen Fragen war vor allem der EuGH berufen.⁶¹ Die Rechtsentwicklung des europäischen Verwaltungsrechts, insbesondere im EU-Kartellverfahrensrecht, basiert daher maßgeblich auf richterlicher Rechtsfortbildung.⁶²

In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung auf dem Gebiet des EU-Kartellverfahrensrechts auch eine darüber hinaus gehende Bedeutung für die Ausgestaltung eines angemessenen verfahrensrechtlichen Grundrechtsschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht erlangt.⁶³ Daher eignet sich das europäische Kartellrecht in besonderem Masse zur Entwicklung und Ausformung allgemeiner Verfahrensgrundsätze des europäischen Verwaltungsrechts wie auch des europäischen Grundrechtsschutzes.

VI. Maßstab für die Auslegung von Primär- und Sekundärrecht

Zuletzt erfüllen allgemeine Rechtsgrundsätze auch den Zweck der Auslegung primär- oder sekundärrechtlicher Normen des Gemeinschaftsrechts.⁶⁴ Dabei geht es aber nicht um die Ausfüllung von Lücken des Gemeinschaftsrechts und die dementsprechende Auslegung des geschriebenen Gemeinschaftsrechts, sondern um die inhaltliche Ausfüllung und Bestimmung von im geschriebenen Gemeinschaftsrecht verwendeten Begriffen, wie z.B. den Begriff des „Amtsfehlers“⁶⁵ in Art. 40 Abs. 1

⁵⁹ EuGH Slg. 1979, 461, 511 Rn.9, *Hoffmann LaRoche*; EuGH Slg. 1983, 3461, 3498 Rn. 7, *Michelin*; EuGH Slg. 1989, 2859, 2289 Rn. 27, *Hoechst*.

⁶⁰ *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, S. 71.

⁶¹ *Weiss*, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, S. 14.

⁶² *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, S. 70.

⁶³ *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, S. 70.

⁶⁴ *Weiss*, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, S. 15.

⁶⁵ GA Roemer, Slg. 1961, 471, (511).

EGKSV oder des „Ermessensmissbrauchs“⁶⁶ nach Art. 33 EGKSV. Im Rahmen des EuGVÜ⁶⁷ hat der Gerichtshof anerkannt, dass

*„für die Auslegung des Begriffs „Zivil- und Handelssachen“ (...) die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die sich aus der Gesamtheit der innerstaatlichen Rechtsordnungen ergeben, herangezogen werden müssen“.*⁶⁸

Schließlich hat der EuGH betreffend Art. 14 VO 17/62 in Bezug auf die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission im Kartellverfahren, diese so ausgelegt, dass den Anforderungen übergeordneter allgemeiner Rechtsgrundsätze genüge getan wurde.⁶⁹

VII. Zusammenfassung der Bedeutung allgemeiner Rechtsgrundsätze

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind somit notwendig zur Schließung von Lücken und Auslegung von Rechtsbegriffen innerhalb des gesamten Gemeinschaftsrechts. Zuletzt dienen sie als Rechtsquelle der Bestimmung von Grundrechten auf europäischer Ebene. Soweit nun die Existenz und die Bedeutung allgemeiner Rechtsgrundsätze geklärt sind, stellt sich die Frage nach deren Entwicklung und Ursprung im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung. Zuletzt ist auch zu klären welche Institution legitimiert ist auf europäischer Ebene allgemeine Rechtsgrundsätze zu entwickeln.

C. Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts

Die Entwicklung⁷⁰ allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts erfolgt durch den EuGH im Rahmen seiner Rechtsprechung. Bereits im Jahr 1957, fünf

⁶⁶ GA Lagrange, Slg. 1954, 151, (179).

⁶⁷ Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968, BGBl. 1972 II, S. 73.

⁶⁸ EuGH, Slg. 1976, 1541, (1551) *Eurocontrol*.

⁶⁹ EuGH, Slg. 1982, 1575, 1611, Rn. 22ff. *AM & S*, betreffend den allgemeinen Rechtsgrundsatz auf Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen betroffenen Unternehmen und einem Rechtsanwalt.

⁷⁰ In der Literatur herrscht Streit darüber, ob allgemeine Rechtsgrundsätze durch den EuGH „gefunden“

Jahre nach seiner Gründung im Jahr 1952 durch Art. 31 EGKSV⁷¹, hat der EuGH in der Entscheidung „Algera“ erkannt, dass das Gemeinschaftsrecht über Lücken verfüge die es ihm unmöglich machten in einzelnen Rechtsstreitigkeiten abschließend entscheiden zu können.⁷² Der EuGH führt in Leitsatz Nr. 2 dieser Entscheidung daher aus:

„Der Vertrag enthält keine Vorschriften für die Lösung der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Organ der Gemeinschaft berechtigt ist, einen von ihm erlassenen rechtswidrigen, begünstigenden, subjektive Rechte verleihenden Verwaltungsakt zu widerrufen. Der Gerichtshof ist daher gehalten, diese Frage von sich aus unter Berücksichtigung der in Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung der Mitgliedstaaten anerkannten Regeln zu entscheiden.“

Der EuGH wollte sich, obwohl im Gemeinschaftsrecht keine Regelung über den Widerruf begünstigender Verwaltungsakte bestand, nicht der Rechtsverweigerung aussetzen, da in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sehr wohl diese Frage ausdrücklich geregelt war.⁷³ Durch Rechtsvergleichung ist der EuGH daher zu dem Ergebnis gekommen, dass ein begünstigender Verwaltungsakt, sofern er rechtmäßig war, nicht widerrufen werden könne.⁷⁴ Jedenfalls überwiege das Vertrauen des Adressaten auf den dauernden Fortbestand des Verwaltungsaktes gegenüber dem Interesse der Behörde ihn zu widerrufen. Dies gelte insbesondere für die Ernennung von Beamten.⁷⁵

Der EuGH hat somit die Methode vorgezeichnet, die er konsequent bis heute im Rahmen der sich immer wieder offenbarenden Lückenhaftigkeit des Gemeinschaftsrechts anzuwenden bereit war, nämlich durch Rechtsvergleichung der Vorschriften

oder „erfunden“ werden. Hintergrund ist der oft kritisierte weite Entscheidungsspielraum der Richter nach durchgeführter wertender Rechtsvergleichung. Der Vergleich der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten führe demnach nicht unbedingt zu einem bestimmten Ergebnis, sondern könne auch lediglich Anhaltspunkt für die richterliche Entscheidung sein, so *Rodríguez Iglesias*, in: Österreichische Juristenkommission, Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat, 1995, 139; Für „Erfindung“: *Schwarze*, Die Befugnis zur Abstraktion im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1976, 224; *Stein*, in: FS Steinberger 2002, 1430; Für „Findung“: *Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979, 53; *Oppermann*, Europarecht, Rn. 483; *Rengeling*, EuR 1984, S. 331 (347).

⁷¹ Nach außer Kraft treten des EGKSV am 23.07.2002 sind die Aufgaben des EuGH nunmehr insbesondere in Art. 19 EUV geregelt.

⁷² EuGH, Slg. 1957, 85, 118 *Algera*.

⁷³ EuGH, Slg. 1957, 85, 117 *Algera*.

⁷⁴ EuGH, Slg. 1957, 85, 119 *Algera*.

⁷⁵ EuGH, Slg. 1957, 85, 119 *Algera*.

der Mitgliedstaaten zu einem Ergebnis zu kommen, welches die Ziele der Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaft zu verwirklichen am Besten imstande ist.

Es verwundert dabei nicht, dass trotz der damaligen Lückenhaftigkeit im europäischen Verwaltungsrecht der EuGH durch Rechtsvergleichung einen Weg gefunden hat, um insbesondere den Beamtenstatus in der Gemeinschaft zu stärken. Einige wegweisende Urteile des EuGH geben hierbei Aufschluss über die Entwicklungsgeschichte allgemeiner Rechtsgrundsätze in der Europäischen Gemeinschaft.

I. Die Entscheidung „Federation Charbonniere de Belgique“

Der EuGH hat die Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes erstmals in dem Urteil „*Federation Charbonniere de Belgique*“ aus dem Jahre 1956 anerkannt. Demnach bestehe ein

*„...allgemein anerkannter Rechtssatz..., wonach ein Handeln der Hohen Behörde gegen eine unerlaubte Handlung eines Unternehmens..., in einem gewissen Verhältnis zum Ausmaß dieser unerlaubten Handlung stehen müsse“.*⁷⁶

Woher dieser anerkannte Rechtssatz stamme und welchen Inhalt er konkret habe, darauf geht der EuGH in seiner Urteilsbegründung nicht ein. Gleichwohl ist anhand dieser Entscheidung zu erkennen, dass der EuGH hier ungeschriebenes Gemeinschaftsrecht zur Begründung des Urteils heranzieht und zumindest die Existenz eines solchen anerkannten Rechtssatzes für allgemeingültig innerhalb der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft hält. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann daher als *Urvater* aller allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts angesehen werden. Zudem lassen sich die Anfänge der Rechtsprechung des EuGH zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als allgemeinen Rechtsgrundsatz zeitlich weit vor die Entwicklung der Gemeinschaftsgrundrechte zurückverfolgen.⁷⁷ Die erstmalige Anerkennung von Gemeinschaftsgrundrechten durch den EuGH erfolgte nämlich erst dreizehn Jahre später durch das Urteil „*Stauder*“.⁷⁸

⁷⁶ EuGH, Slg. 1956, 297, 311, *Charbonniere de Belgique*.

⁷⁷ *Pache*, NVwZ 1999, S. 1033 (1034); *Pollak*, S. 130ff. m.w.N.

⁷⁸ EuGH Slg. 1969, 419, 425; hierzu *Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen GemeinschaftsR,

In dieser Zwischenzeit kam dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH zunächst an Stelle der noch nicht entwickelten Gemeinschaftsgrundrechte auch eine Ersatzfunktion für den ansonsten in der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht kodifizierten Schutz individueller Interessen vor Gemeinschaftsrechtsakten zu.⁷⁹ In späteren Entscheidungen hat der EuGH dann den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausdrücklich als allgemeinen Rechtsgrundsatz hervorgehoben, der Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft sei:⁸⁰

„Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts.“⁸¹

Darüber hinaus wurde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht vom EuGH als übergreifendes Rechtsprinzip zur Begrenzung sämtlicher belastender gemeinschaftsrechtlicher Maßnahmen anerkannt.⁸² Seine weitaus wichtigsten Auswirkungen hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – soweit er als Schranken-Schranke für die Einschränkung von Grundfreiheiten des Binnenmarkts fungiert – wo es primär um das Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten geht.⁸³ Die fundamentale Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kommt auch in der Kodifizierung desselben in Art. II-112 Abs. 1 Satz 2 EV⁸⁴ in der Verfassung für Europa zum Ausdruck, wo er die Funktion einer Grundrechts-Schranken-Schranke innehat.⁸⁵ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist also nicht nur ein allgemeiner Rechtsgrundsatz der Europäischen Gemeinschaft⁸⁶, sondern auch Hauptbestandteil der generellen Schrankenregelung der Charta der Grundrechte für Europa, wie sie in der Verfassung für Europa mit aufgenommen ist.⁸⁷

1979, 233.

⁷⁹ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 701; Pollak, S. 41.

⁸⁰ EuGH, Slg. 1980, 1979, 1997, *Testa u.a. ./.* BfA; EuGH, 1989, 2237, 2269, *Schraeder Kraftfutter ./.* Hauptzollamt Gronau.

⁸¹ EuGH, Slg. 1996, I-795; Slg. 1989, 2237, 2269; Slg. 1980, 1979, 1997.

⁸² EuGH, Slg. 1970, 1125, 1135ff. *Internationale Handelsgesellschaft.*

⁸³ Jarass, EU-Grundrechte, 2005, § 7, Rn. 51.

⁸⁴ Europäische Verfassung, Abl. Nr. C 310, 2004 vom 16.12.2004 S.1.

⁸⁵ Vgl. dazu ausführlich *Eisner*, Diss., S. 136.

⁸⁶ Vgl. dazu ausführlich *Pache*, NVwZ 1999, S. 1033ff.

⁸⁷ Ausdrücklich zur Schrankenregelung der Grundrechtecharta, *Eisner*, Diss. 2004, S. 182f.

II. Die Entscheidung „SNUPAT“

Eine weitere bedeutende Entscheidung des EuGH ist das Urteil in der Sache „SNUPAT“⁸⁸ aus dem Jahre 1961. Der Kläger hatte sich in diesem Fall geweigert dem EuGH und auch dem Beklagten, aus Gründen der Geheimhaltung von Betriebsgeheimnissen, eine Urkunde als Beweismittel vorzulegen. Da der Kläger seinen Klageanspruch maßgeblich mittels dieser Urkunde zu beweisen versuchte, nahm ein Richter des EuGH unter Aufsicht des Klägervertreters Einsicht in dieselbe. Dem Beklagten hingegen wurde mit der Begründung der Wahrung von Betriebsgeheimnissen weiterhin die Einsicht verweigert. Der EuGH sah sich daher dazu aufgefordert klarzustellen, dass

„es gegen einen elementaren Rechtsgrundsatz verstoßen würde eine gerichtliche Entscheidung auf Tatsachen oder Urkunden zu stützen, von denen die Parteien oder nur eine Partei keine Kenntnis nehmen und zu denen sie daher auch nicht Stellung nehmen konnten.“⁸⁹

Weiter führt der EuGH aus, dass

„der zweifellos wichtige Grundsatz der Wahrung der Rechtssicherheit nicht absolut, sondern nur in Verbindung mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Anwendung finden kann.“⁹⁰

Somit werden allein in einer Entscheidung des EuGH gleich drei allgemeine Rechtsgrundsätze erwähnt und zugleich anerkannt. Dabei ist zu beachten, dass der EuGH sowohl den Grundsatz auf rechtliches Gehör, den Grundsatz der Rechtssicherheit, als auch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als unabhängig nebeneinander stehende, sich nicht ausschließende Rechtsgrundsätze ansieht, die fundamentaler Bestandteil der jeweiligen Rechtsordnung sind. Zudem sei der Grundsatz der Wahrung der Rechtssicherheit nur in Verbindung mit den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung anwendbar.

⁸⁸ EuGH, Slg. 1961, 111, 172, *SNUPAT* (Societe Nouvelles des Usines de Pontlieue Acieris du Temple).

⁸⁹ EuGH, Slg. 1961, 111, 169, *SNUPAT*.

⁹⁰ EuGH, Slg. 1961, 111, 172, *SNUPAT*.

Der EuGH ist daher bemüht nicht einseitig anhand eines einzelnen Rechtsgrundsatzes eine Entscheidung zugunsten nur einer Partei zu treffen, sondern verfolgt durch die Anwendung mehrerer Rechtsgrundsätze das Ziel, unter Wahrung der im Rechtsstreit widerstreitenden Interessen, diese zu einem vernünftigen Ausgleich zu bringen. Dabei findet eine hinreichende Abwägung zwischen dem „*öffentlichen Interesse*“ und den „*auf dem Spiel stehenden Privatinteressen*“ statt.⁹¹ Schließlich wird in dieser Entscheidung deutlich, dass der EuGH mittels Rechtsvergleichung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die einzelnen Rechtsgrundsätze herausarbeitet und erkennt. Insbesondere im allgemeinen Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten findet der EuGH dabei Lösungsansätze, die, übertragen auf die Rechtsprobleme des konkreten Falles, die fehlenden gesetzlichen Regelungen im europäischen Verwaltungsrecht zu schließen geeignet sind. Interessant hierbei ist, dass der EuGH selten einzelne Mitgliedstaaten namentlich erwähnt, sondern nur von den „*Mitgliedstaaten*“ im Allgemeinen spricht. Aufgrund des Zeitpunktes der Entscheidung durch den EuGH ist jedoch unschwer zu ermitteln, welche Mitgliedstaaten nun damit gemeint sind. Eine Rechtsvergleichung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Jahre 1961 durchzuführen ist schließlich unweit einfacher als im Jahre 2006, wenn man allein die Anzahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen von damals 6 und heute 27 in Betracht zieht.

Beide hier dargestellten Entscheidungen des EuGH sind exemplarisch für die Entwicklung der allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Europäischen Gemeinschaft. Sie stellen jedoch nur einen Bruchteil der Entscheidungen dar, in denen der EuGH allgemeine Rechtsgrundsätze entwickelt und erkannt hat. Getreu dem eingangs erwähnten Zitat *Mestmäckers*, wonach „*Herrschaft Legitimation fordert*“, ist im folgenden zu klären woher der EuGH seine Legitimation über die Herrschaft der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts nimmt.

III. Legitimation des EuGH zur Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze

Der Auftrag des Gerichtshofs, Lücken des geschriebenen Gemeinschaftsrechts auch durch die Ableitung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu schließen, wurde seit

⁹¹ Vgl. auch EuGH, Slg. 1962, 511, 553, *Hoogovens*.

jeher aus Art. 220 EGV⁹² abgeleitet.⁹³ Aufgrund des Prinzips der enumerativen Einzelermächtigung im Gemeinschaftsrecht gem. Art. 5 EUV muss jedoch die Legitimation des EuGH zur Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Primärrecht verankert sein.⁹⁴

Der EuGH selbst problematisiert seine Legitimation zur Erkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Europarecht freilich nicht, sondern geht von seiner Pflicht zur Entwicklung und Anwendung entsprechender Grundsätze aus, da er sich ansonsten dem Vorwurf der Rechtsverweigerung ausgesetzt sieht.⁹⁵ Ferner weist er darauf hin, dass ohne die Entwicklung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen Rechtsschutz in den nationalen Verfassungen gesucht würde, was die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts gefährde, dem keine Vorschrift gleich welcher Art vorgehen könne.⁹⁶ Dies ist aber nur ein Motiv für seine Rechtsprechung; allenfalls die Funktionstüchtigkeit der Gemeinschaften könnte insoweit als dogmatisches Argument angeführt werden.⁹⁷

Eine Legitimationsvorschrift ist Art. 19 EUV wonach dem EuGH und dem Gericht erster Instanz „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ obliegt. Der Begriff „Recht“ hat naturgemäß einen weiten materiellen Rahmen und umfasst insoweit die gesamte Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft.⁹⁸ Daraus wird gefolgert, dass das geschriebene Gemeinschaftsrecht Rechtsgrundsätze bedarf, die zu entwickeln und zu konkretisieren sind.⁹⁹ Zudem ist der Begriff des „Rechts“ von dem sonst üblichen Bezugsmaßstab „Vertrag“ insoweit abgegrenzt, als ihm eine allgemeine, über die lediglich geschriebene Bestimmung hinausgehende Reichweite beigemessen wird.¹⁰⁰

Darüber hinaus beinhaltet Art. 19 EUV eine Legitimationswirkung für den EuGH unter Berücksichtigung folgender Überlegung. Wie bereits untersucht wurde sind die all-

⁹² Aufgehoben, jedoch im Wesentlichen ersetzt durch Art. 19 EUV.

⁹³ *Lecheler*, Neue allgemeine Rechtsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht?, S. 12f.

⁹⁴ Die Rechtssetzungsorgane der Europäischen Gemeinschaften bedürfen zur Regelung einer Materie einer ausdrücklichen Kompetenzzuweisung in den Gründungsverträgen. Das Prinzip der enumerativen Einzelermächtigung ist in Art. 5 EUV und Art. 5 Abs. 1 EGV normiert. Im Widerspruch dazu die Lehre der „implied powers“ wonach ungeschriebene Geschäftsführungsbefugnisse der Kommission bei Untätigkeit des Rates zugesprochen werden. vgl. zum Ganzen von *Bogdandy/Bast* in: Grabitz/Hilf, Art. 5, Rn. 14.; *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 2376.

⁹⁵ EuGH, Slg. 1957, 83/118, *Algera*.

⁹⁶ EuGH, Slg. 1970, 1125, *Internationale Handelsgesellschaft*.

⁹⁷ *Streinz*, Europarecht, Rn. 355.

⁹⁸ *Pernice/Mayer* in: Grabitz/Hilf, Art. 220, Rn. 17, Der Begriff Recht kann nicht ausschließlich auf das Gemeinschaftsrecht bezogen werden, sondern ist vielmehr der *Inbegriff der Gerechtigkeitsidee der abendländischen Verfassungskultur*, die in den Gemeinschaftsverträgen wie in den staatlichen Verfassungen einen jeweils spezifischen Ausdruck gefunden hat. Damit enthält Art. 220 EGV den Schlüsselbegriff materiell und formell gesehen, für die Konzeption der EG als *Rechtsgemeinschaft*.

⁹⁹ *Girnau*, Die Stellung der Betroffenen im EG-Kartellverfahren, Köln 1993, S. 33.

¹⁰⁰ *Gaitanides* in: Groeben/Schwarze, Art. 220 EGV, Rn. 18.

gemeinen Rechtsgrundsätze Bestandteil jeder Rechtsordnung, ohne dass sie zu ihrer Entstehung selbst kodifiziert werden müssten. Wenn nun dem EuGH aber gem. Art. 220 EGV die „Wahrung des Rechts“ in der Europäischen Gemeinschaft übertragen wurde, so beinhaltet dies auch die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze, da er sich ansonsten, aufgrund der Lückenhaftigkeit des geschriebenen Europarechts, der Rechtsverweigerung und zugleich der Weigerung der „Wahrung des Rechts“ aussetzen würde. Die Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze ist daher für den EuGH Voraussetzung zur Durchführung der ihm in Art. 19 EUV übertragenen Aufgabe, nämlich der Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge.

Eine weitere Legitimation ergebe sich aus Art. 263 AEUV, nach dem der EuGH die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane zu überwachen hat. Dieser Aufgabe kann er, nach eigener Einschätzung, nur gerecht werden, wenn er die Befugnis hat, die dafür erforderlichen Kontrollkriterien und -maßstäbe herauszuarbeiten.¹⁰¹ Im Hinblick auf die bereits angesprochene Lückenhaftigkeit des Gemeinschaftsrechts heißt dies konkret, dass nur unter Zuhilfenahme allgemeiner Rechtsgrundsätze die Rechtmäßigkeit einzelner Handlungen von Gemeinschaftsorganen abschließend beurteilt werden kann. Demnach wird bei der Auslegung von Art. 263 AEUV, wie auch zuvor bei Art. 19 EUV, von der Durchführung einer Kompetenz auf die Legitimation derselben geschlossen, denn nur so kann der EuGH im Einklang mit dem Primärrecht allgemeine Rechtsgrundsätze erkennen. Der Gerichtshof ist daher gemäß Art. 263 AEUV und Art. 19 EUV legitimiert allgemeine Rechtsgrundsätze des Europarechts zu entwickeln. Woraus er sie entwickelt wird im Folgenden dargestellt.

IV. Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen für allgemeine Rechtsgrundsätze

Der EuGH schöpft die allgemeinen Rechtsgrundsätze maßgeblich aus den folgenden Quellen¹⁰²:

¹⁰¹ EuGH, Slg. 1970, 1125, 1135, *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹⁰² Gemeint sind nicht Quellen im Sinne des Geltungsgrundes von Recht, sondern „Erkenntnisquellen“ im Sinne von Grundlagen, die zur Gewinnung von Rechtsgrundsätzen der Gemeinschaft zur Verfügung stehen.



- aus den völkerrechtlichen Verträgen, insbesondere der EMRK¹⁰³ und

- aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.

Hierbei muss differenziert werden zwischen *Rechtsquellen* und *Rechtserkenntnisquellen*. Als Rechtsquellen für die Grundrechte der Europäischen Gemeinschaft bezeichnet der EuGH die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts die zugleich Geltungsgrund der Gemeinschaftsgrundrechte sind.¹⁰⁴ Die Rechtserkenntnisquellen dagegen stellen lediglich „Erkenntnisquellen“ dar, welche als Grundlage zur Gewinnung von Rechtsgrundsätzen der Gemeinschaft zur Verfügung stehen.¹⁰⁵ Solche Rechtserkenntnisquellen sind insbesondere die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und die für sie gültigen Menschenrechtsverträge, z.B. die EMRK.¹⁰⁶ Demnach sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze Rechtsquellen der Gemeinschaftsgrundsätze, d.h. Gemeinschaftsgrundrechte sind konkretisierte allgemeine Rechtsgrundsätze. Man könnte auch sagen Gemeinschaftsgrundrechte sind *besondere* Rechtsgrundsätze. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze selbst haben demnach keine Rechtsquellen, sondern sind anhand von Rechtserkenntnisquellen entwickelt worden. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass zu Beginn der Entwicklung die Völkerrechtsverträge und die Verfassungen der Mitgliedstaaten stehen, aus denen dann die allgemeinen Rechtsgrundsätze entwickelt wurden, die wiederum Geltungsgrund der Grundrechte der Europäischen Union sind.

1. Völkerrechtliche Verträge

Im Rahmen der völkerrechtlichen Verträge nimmt die EMRK bei der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze für den EuGH eine herausragende Stellung ein. Der EuGH hat in zahlreichen Entscheidungen auf die EMRK Bezug genommen und

¹⁰³ Die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK) bzw. *Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* wurde vom Europarat ausgearbeitet und am 4.11.1950 in Rom unterzeichnet. Seit dem 3.9.1953 ist sie in Kraft.

¹⁰⁴ EuGH, Slg. 1979, 3727, 3745, *Hauer*, „Die Grundrechte (gehören) zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen..., die der Gerichtshof zu wahren hat. Bei der Gewährleistung dieser Rechte hat der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszugehen, so dass in der Gemeinschaft keine Maßnahmen als rechtens anerkannt werden können, die unvereinbar sind mit den von den Verfassungen dieser Staaten geschützten Grundrechten. Auch die internationalen Verträge zum Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind, können Hinweise geben, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sind...“; vgl. auch *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 6 EUV, Rn. 31ff.; *Mahlmann*, *Zeus* 2000, S. 419 (423).

¹⁰⁵ *Rengeling*, *Grundrechtsschutz*, S. 184.

¹⁰⁶ EuGH, Slg. 1974, 491, 507, *Nold*.

sich insbesondere bei der Entwicklung von Gemeinschaftsgrundrechten der EMRK als Rechtserkenntnisquelle bedient.¹⁰⁷ Im Urteil *Nold* führt der EuGH dazu aus, dass

*„auch die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind, Hinweise geben können, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sind.“*¹⁰⁸

Dies ist für die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze deswegen von Bedeutung, weil Gemeinschaftsgrundrechte, wie oben erläutert, nichts anderes sind als eine besondere Kategorie allgemeiner Rechtsgrundsätze.¹⁰⁹ Daher ist die Untersuchung über die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze zugleich ein Nachweis über die Entwicklung der Gemeinschaftsgrundrechte durch den EuGH. Unabhängig vom Meinungsstreit über den originären oder derivativen Geltungsgrund¹¹⁰ der Gemeinschaftsgrundrechte bilden die Allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts die Grundlage für die Entwicklung eines Grundrechtstandards auf europäischer Ebene durch den EuGH. Wenn also der EuGH ein Gemeinschaftsgrundrecht unter Rückgriff auf die EMRK entwickelt, so entwickelt er damit zugleich einen allgemeinen Rechtsgrundsatz.

In der „*Rutili*“ Entscheidung hat der EuGH sich ausdrücklich auf die EMRK bezogen und dieser „besonderer Bedeutung“ bei der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze beigemessen.¹¹¹ In anderen Entscheidungen geht der EuGH sogar noch weiter und bezeichnet die EMRK als verbindlichen Mindeststandard¹¹² für die Europäische Gemeinschaft.¹¹³ Insoweit kann mittlerweile von einer materiellen Bindung der Europäischen Union an die EMRK ausgegangen werden, auch wenn die europäischen Gerichte eine ausdrückliche Bindungswirkung in ihren Entscheidungen vermeiden.¹¹⁴ Für eine materielle Bindungswirkung spricht jedoch auch Art. 6 Abs. 3 EUV, wonach die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den

¹⁰⁷ Insbesondere EuGH, Slg. 1974, 491, 507, *Nold*; 1975, 1219, 1232, *Rutili*.

¹⁰⁸ EuGH, Slg. 1974, 591, 507, *Nold*.

¹⁰⁹ EuGH, Slg. 1979, 3727, 3745, *Hauer*, „Die Grundrechte (gehören) zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen..., die der Gerichtshof zu wahren hat.“; *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, § 6, B, IV, Rn. 15.

¹¹⁰ Ausführlich dazu m.w.N. *Eisner*, Diss.2004, S. 34ff.

¹¹¹ EuGH, Slg. 1975, 1219, 1232 Rn. 31, *Rutili*.

¹¹² EuGH, Slg. 1989, 3283, *Orkem*.

¹¹³ EuGH, Slg. 1979, 3727, 3745, *Hauer*; Slg. 1984, 2689, 2718, *Niederlande*; Slg. I-1991, 4069, 4097.

¹¹⁴ *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 EUV Rn. 48.

gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind.

Der EuGH legt auch deshalb einen großen Wert auf die EMRK bei der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze, weil ihr bereits alle Mitgliedstaaten beigetreten sind.¹¹⁵ Bezüglich der Grund- und verfahrensrechtlichen Garantien, die die EMRK konstituiert, herrscht daher unter den Mitgliedstaaten ein breiter Konsens, der auf anderen Rechtsgebieten, trotz mittlerweile weit gehender Harmonisierung insbesondere im Wettbewerbsrecht, so nicht zu finden ist. Die EMRK bietet den europäischen Gerichten daher eine wichtige Orientierungshilfe beim Auffinden allgemeiner Rechtsgrundsätze¹¹⁶, da sie vor allem eine meist aufwendige Rechtsvergleichung entbehrlich macht.

Darüber hinaus dienen dem EuGH als Rechtserkenntnisquelle noch die *Gemeinsame Grundrechteerklärung vom Europäischen Parlament, Rat und Kommission*¹¹⁷, der *Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte*¹¹⁸, die *Europäische Sozialcharta* und die *Konvention Nr. 111 der International Labour Organisation*.¹¹⁹ Diese Rechtserkenntnisquellen werden jedoch nur in einzelnen Entscheidungen des EuGH beiläufig erwähnt, weshalb allein die EMRK nicht nur wegen ihrer Sachnähe, sondern bereits wegen der Häufigkeit ihrer Heranziehung maßgeblichen Einfluss auf die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze in der Europäischen Union aufweist.

2. Das geschriebene Gemeinschaftsrecht

Der EuGH entwickelt auch aus dem Primär- und Sekundärrecht der Europäischen Gemeinschaft allgemeine Rechtsgrundsätze, indem er an einzelne Normen und Prinzipien anknüpft und diese unter Berücksichtigung des einzelnen Streitfalles auslegt.

Ein Beispiel hierfür ist der allgemeine Gleichheitssatz, diesbezüglich der Gerichtshof ausführte:

„Das in der angeführten Vorschrift (Art. 40 Abs. 3 Satz 2 EGV a.F., der Verf.) ausgesprochene Diskriminierungsverbot ist jedoch nur spezifi-

¹¹⁵ Gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV ist die EU verpflichtet der EMRK beizutreten; vgl. Pache/Rösch, Die neue Grundrechtsordnung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, EuR 2009, 769, m.w.N.

¹¹⁶ Pernice in Grabitz/Hilf, Art. 164 EGV, Rn. 50.

¹¹⁷ EuGH, Slg. 1979, 3727, Hauer.

¹¹⁸ EuGH, Slg. 1989, 3283, 3351, Orkem.

¹¹⁹ EuGH, Slg. 1978, 1365, 1379, Rn. 26.

scher Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes, der zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts gehört.“¹²⁰

Auch auf sekundärrechtlicher Ebene hat der EuGH zur Entwicklung des *allgemeinen Rechtsgrundsatzes des rechtlichen Gehörs* ausgeführt, dass Art. 19 Abs. 1 VO 17/62 und Art. 5, 6, 7 VO 99/63 Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes seien, dass Adressaten belastender Entscheidungen der Kommission Gelegenheit erhalten müssen, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der behaupteten Tatsachen Stellung zu nehmen.¹²¹ Diese Bestimmungen seien Ausdruck eines fundamentalen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts auf rechtliches Gehör.¹²²

In einer weiteren Entscheidung¹²³ wies der EuGH die Klage in Bezug auf die fehlende Gewähr rechtlichen Gehörs bei Nachprüfungen gem. Art. 19 VO 17/62 zurück, indem er auf den Rechtsgrundsatz selbst abstellte und dessen Tragweite ausführte. Danach verwies er auf Art. 19 VO 17/62 und stellte fest, dass das von ihm gefundene Ergebnis genau diesem Artikel entspräche. Der Gerichtshof war zu dem Ergebnis gekommen, dass vor einer Nachprüfungsentscheidung keine Anhörung des Unternehmens erforderlich ist, bei dem die Maßnahme erfolgen sollte.¹²⁴ Hierbei setzte sich der EuGH bewusst mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs auseinander, ohne die Klage auf dem schlichten Weg mit Verweis auf Art. 19 Abs. 1 VO 17/62 abzulehnen, der eine Anhörung bei Entscheidungen nach Art. 14 VO 17/62 gerade nicht vorsieht. Damit hat der Gerichtshof einen allgemeinen Rechtsgrundsatz anerkannt, der einer sekundärrechtlichen Norm zugrunde liegt.

Die hier erwähnten Entscheidungen des EuGH beziehen sich zwar auf primär- und sekundärrechtliche Normen des Gemeinschaftsrechts, jedoch bleibt unklar, ob aus diesen Normen ein allgemeiner Rechtsgrundsatz neu gewonnen wurde, oder die Normen dem bereits anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsatz nur Ausdruck verleihen.

¹²⁰ EuGH Slg. 1977, 1753, Rn. 7, *Ruckdeschel*.

¹²¹ EuGH Slg. 1983, 1825, 3. Leitsatz.

¹²² EuGH, Slg. 1983, 1825, 1880, Rn.10.

¹²³ EuGH, Slg. 1980, 2033ff..

¹²⁴ EuGH, Slg. 1980, 2033, 5. Leitsatz, Ein Anhörungsrecht sei grundsätzlich nur erforderlich vor Erlass einer Verfügung zur Abstellung von Zuwiderhandlungen oder auf Feststellung einer Rechtswidrigkeit. Die Nachprüfungsentscheidung soll die Kommission lediglich in die Lage versetzen die Unterlagen zusammenzustellen, die erforderlich sind, um die Richtigkeit und Tragweite einer bestimmten Sach- und Rechtslage zu überprüfen. Zudem würde die Einräumung eines Anhörungsrechts dem Zweck der Nachprüfungsmaßnahme zuwiderlaufen, da die Unternehmen genügend Zeit hätten entsprechendes Beweismaterial zu unterdrücken oder zu vernichten sobald sie von der Maßnahme unterrichtet würden zusammen mit dem Hinweis auf die Möglichkeit ihr rechtliches Gehör auszuüben. Dann wäre für die Kommission nicht mehr viel nachzuprüfen, wenn sie die Geschäftsräume des Unternehmens betreten.

hen. Eine einheitliche Methode des EuGH bei der Gewinnung bzw. Erkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze bestand bei den hier erwähnten Entscheidungen noch nicht, daher muss davon ausgegangen werden, dass geschriebenes Gemeinschaftsrecht keine unmittelbare Rechtsquelle, zumindest aber eine Rechtserkenntnisquelle darstellt.¹²⁵

Den Vertragszielen, primärrechtlichen Kompetenznormen sowie den sekundärrechtlichen Rechtsakten des Europarechts kommen insofern nur eine untergeordnete Bedeutung im Rahmen der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu.

3. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Auch wenn die Charta der Grundrechte der Europäischen Union über den Status einer feierlichen Proklamation bis heute nicht hinausgekommen ist, gibt sie bedeutende Hinweise nicht nur auf die Entwicklung europäischer Grundrechte, sondern auch auf den Inhalt allgemeiner Rechtsgrundsätze. Daher ist zu untersuchen inwieweit sich die Grundrechtecharta in ihrer jetzigen Fassung auf die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze durch den EuGH auswirkt und welche Auswirkungen dies auf das europäische Kartellverfahren hat.

Den Ursprung zur Schaffung einer Charta der Grundrechte der Europäischen Union bildete der Beschluss des Europäischen Rates auf seiner Tagung vom 2. bis 4.06.1999 in Köln. Anschließend wurde im Oktober 1999 in Tampere ein Gremium ins Leben gerufen, welches mit der Erarbeitung eines Entwurfes einer Grundrechtecharta beauftragt wurde und sich selbst den Namen „Konvent“ gab. Der „Konvent“, unter der Leitung des *Bundespräsidenten a. D. Roman Herzog*, der insgesamt 62 Mitglieder und 4 Beobachter umfasste, legte sodann nach neun monatiger Arbeit im Dezember 2000 einen Entwurf der Charta der Grundrechte vor. Dieser Entwurf wurde am 7.12.2000 in Nizza feierlich proklamiert.¹²⁶

Schließlich wurde die Charta der Grundrechte in den Verfassungsvertrag für Europa mit aufgenommen, der am 18.06.2004 vom Europäischen Rat beschlossen und am 29.10.2004 von den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten, sowie der

¹²⁵ a.A. *Bühler*, Diss. 2004, S. 48, *wonach das Primärrecht keine Rechtserkenntnisquelle sei, denn die einschlägigen Entscheidungen des EuGH hätten lediglich bereits gefundene Ergebnisse bestätigt bzw. ein Ergebnis entwickelt, das sich auch aus den Verfassungsüberlieferungen und bzw. oder der EMRK ergeben hätte. Es bestehe daher ein künstlicher Streit um die Anzahl der Rechtserkenntnisquellen. Das Primärrecht habe jedoch eine gewisse Bestätigungs- und Bekräftigungsfunktion.* Dabei wird übersehen, dass der EuGH die angesprochenen Ergebnisse bewusst aus dem Primärrecht entwickelt hat, ohne auf die Verfassungen der Mitgliedstaaten oder die EMRK zurückzugreifen.

¹²⁶ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Abl. 2000, Nr. C 364, 1.

Türkei unterzeichnet wurde. Damit der Vertrag einer Verfassung für Europa in Kraft treten kann, muss er von allen Mitgliedstaaten ratifiziert werden, wobei die Ratifizierungsurkunden sodann in Brüssel hinterlegt werden müssen.

Eine Ratifizierung der Verfassung für Europa erschien aufgrund der ablehnenden Referenden von Frankreich¹²⁷ und in den Niederlanden¹²⁸ wenig wahrscheinlich. Der Europäische Rat hatte daher eine sogenannte *Reflexionsphase* eingeläutet, um eine intensive Debatte mit den Mitgliedstaaten zu führen, um der Verfassung für Europa doch noch zum Erfolg zu verhelfen. Dabei wurden insbesondere in die deutsche Ratspräsidentschaft ab dem 01.01.2007 unter Führung der *Bundeskanzlerin Angela Merkel* große Hoffnungen gesetzt. Der Europäische Rat hat nach intensiven Verhandlungen am 22.06.2007 sodann die Grundzüge des Vertrags von Lissabon beschlossen. Der endgültige Entwurf wurde schließlich auf dem EU-Gipfel am 19.10.2007 in Lissabon von sämtlichen Ratsmitgliedern unterzeichnet.¹²⁹

Der Vertrag von Lissabon – auch Reformvertrag genannt – übernimmt zwar wesentliche Regelungen der Verfassung für Europa, jedoch wurden lediglich die beiden wesentlichen Verträge, nämlich der EGV und EUV, ersetzt bzw. reformiert. Die Konzeption einer eigenständigen Verfassung für Europa wurde somit aufgegeben.

Durch den Vertrag von Lissabon¹³⁰ wurde die Grundrechtecharta zwar nicht in die Gemeinschaftsverträge mit aufgenommen jedoch wurden die in ihr enthaltenen Rechte gem. Art. 6 Abs. 1 AEUV anerkannt, wodurch sie nunmehr rechtsverbindlich und im Verhältnis zu den Verträgen gleichrangig ist.¹³¹

In der Zwischenzeit haben die Europäischen Gerichte jedoch, unabhängig von der Ratifizierung der Verfassung für Europa, im Rahmen ihrer Grundrechtsprechung und der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf die Grundrechtecharta Bezug genommen.

Das Gericht erster Instanz (EuG) hat in seiner Entscheidung *Degussa/Kommission*¹³² den *Grundsatz der Unschuldsvermutung* als Grundrecht des Gemeinschaftsrechts anerkannt, und dabei zusätzlich darauf hingewiesen, dass dieses Grundrecht in Art. 47 EGRC zusätzlich „bekräftigt“ wurde. Dies entspricht der allgemeinen Auffassung, dass der Grundrechtekatalog der Charta in erster Linie die bereits bestehenden

¹²⁷ Referendum vom 29.05.2005 in Frankreich, von der Mehrheit abgelehnt.

¹²⁸ Referendum vom 01.06.2005 in den Niederlanden, ebenfalls von der Mehrheit abgelehnt.

¹²⁹ Die Ratifizierung durch die Mitgliedstaaten soll voraussichtlich 2009 abgeschlossen sein.

¹³⁰ Abl. 2007 C 306/01 vom 17.12.2007.

¹³¹ Zudem wurde die Grundrechtecharta erneut am 12.12.2007 in Straßburg feierlich proklamiert.

¹³² EuG, Slg 2006, 007, Rs. T-279/02 vom 05.04.2006.

Grundrechte der Europäischen Union „sichtbarer“¹³³ machen sollte und nicht neue Grundrechte erschaffen werden sollten. Schließlich lässt sich durch diese Formulierung des EuG erkennen, dass die Rechtsprechung sich nicht nur auf die von ihr entwickelten Grundrechte, insbesondere anhand der EMRK, sondern auch auf die Charta der Grundrechte stützen will.

In einer weiteren Entscheidung¹³⁴ hat das EuG das *Erfordernis der gerichtlichen Überprüfbarkeit* als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt und darüber hinaus betont, dass dieser Grundsatz in Art. 47 EGRC „bestätigt“ wurde. Das EuG zitiert also Art. 47 EGRC bewusst, um die Legitimation der von den europäischen Gerichten entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze und Grundrechte zu manifestieren. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Grundrechten des Gemeinschaftsrechts eben nur um ungeschriebenes Recht handelt; die Charta der Grundrechte dagegen zum geschriebenen Gemeinschaftsrecht, wenn auch zum noch nicht rechtsverbindlichen, zählt.

Häufig ist jedoch eine unverbindliche aber geschriebene Rechtsnorm greifbarer und verständlicher als eine verbindliche aber ungeschriebene Rechtsnorm. Der Unterschied zwischen geschriebener und ungeschriebener Rechtsnorm liegt vor allem in der Wahrnehmung durch den Normadressaten.¹³⁵ Wird eine geschriebene Rechtsnorm veröffentlicht und als Gesetzestext vielfältig publiziert, zitiert und kommentiert, so fristet die ungeschriebene Rechtsnorm eher ein Schattendasein, da sie versteckt zwischen den standardisierten Formulierungen in einem Gerichtsurteil nur schwer zu erkennen ist. Durch die Normierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes bzw. Grundrechtes in Art. 47 EGRC wird diese Norm daher unweit greifbarer und sichtbarer, als wenn sie nur aus einer ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes herausgelesen werden muss.

Daher bleibt festzuhalten, dass die Europäischen Gerichte die Grundrechtcharta, trotz ihrer damaligen Unverbindlichkeit, keinesfalls übergangen, sondern vielmehr versuchten sie in ihre Rechtsprechung, soweit es um allgemeine Rechtsgrundsätze und

¹³³ Siehe dazu den 4. Erwägungsgrund der Präambel der Europäischen Grundrechtecharta: „... den Schutz der Grundrechte zu stärken, indem sie in einer Charta sichtbar gemacht werden.“ Ausführlich dazu, Eisner, Diss., S. 70.

¹³⁴ EuG, Slg. 2003-II, 2957, Rn. 209, *P&O Ferries u.a./Kommission*.

¹³⁵ Ihnen gemeinsam ist jedoch die Gleichrangigkeit im Rahmen des Primärrechts: *Die geschriebenen und ungeschriebenen Bestimmungen der Gründungsverträge sowie das sie abändernde und ergänzende Recht nehmen im System des EU-Rechts gegenüber sonstigen Normen den höchsten und untereinander den gleichen Rang ein*, Beutler/Epiney/Haag, § 6, Rn. 51.

Grundrechte ging, mit einzubeziehen. Gleichwohl stellte die Grundrechtecharta damals keine Rechtserkenntnisquelle zur Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze dar, denn eine unverbindliche Rechtsnorm konnte nicht Grundlage eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes bzw. Grundrechtes mit Primärrechtscharakter sein. Daran lassen auch die Entscheidungen der Europäischen Gerichte keinen Zweifel, da sie die bereits bestehenden Grundrechte und allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Grundrechtecharta lediglich „bestätigt“ bzw. „bekräftigt“ sehen.

Dennoch ist die Wirkung der Grundrechtecharta, insbesondere im Rahmen des europäischen Kartellverfahrens, nicht zu unterschätzen. Denn zum einen hat die Kommission, als zuständige Behörde für die Durchführung eines europäischen Kartellverfahrens, die Grundrechtecharta als für sich bindend¹³⁶ anerkannt, und zum anderen wird in der VO 01/03 ausdrücklich auf die Charta Bezug genommen. Im 37.sten Erwägungsgrund zur VO 01/03 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 auszulegen und anzuwenden.“

Dies bedeutet für die am Kartellverfahren Beteiligten, dass sie gegenüber der Kommission sich nicht nur auf die bereits bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätze und Grundrechte des Europarechts berufen können, sondern darüber hinaus auch auf die in der Grundrechtecharta kodifizierten Rechte. Die Grundrechtecharta ist daher, unabhängig von ihrer noch ausstehenden Ratifizierung, ein wesentlicher Bestandteil im Rahmen der Schutzrechte der Beteiligten innerhalb des europäischen Kartellverfahrens.

¹³⁶ Mitteilung der Kommission vom 27.04.2005, KOM (2005) 172, *Die Kommission macht auf diese Weise ihre eigenen Anstrengungen im Hinblick auf die Wahrung der Grundrechte sichtbar, was zur Glaubwürdigkeit ihrer Initiativen beiträgt; dadurch gewinnt die Charta als Trägerin der auf gemeinsamen Werten beruhenden europäischen Identität an Publizität; diese Sensibilisierung der Öffentlichkeit wird die Bürger und die Zivilgesellschaft dazu anregen, bei den von der Kommission durchgeführten Anhörungen ihre Grundrechte geltend zu machen, was wiederum zu einer umfassenderen Berücksichtigung und einer entschiedeneren Förderung der Grundrechte in der Politik der Union führt. Als letztes Mittel wird sich die Kommission das Recht vorbehalten, nach einer politischen Prüfung des Einzelfalles eine Nichtigkeitsklage wegen Verletzung der Grundrechte zu erheben, wenn sie die Verletzung für gegeben hält und keine Möglichkeit besteht, den erlassenen Rechtsakt so auszulegen, dass er mit den Grundrechten vereinbar ist.*

4. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten lieferten und liefern bis heute die bedeutendste Rechtserkenntnisquelle zur Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf europäischer Ebene.¹³⁷ Dabei ist zwischen den bereits erwähnten Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten einerseits, und dem einfachen Gesetzesrecht der Mitgliedstaaten andererseits, zu unterscheiden. Gem. Art. 6 Abs. 2 EUV sind die *Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten* eine maßgebliche Rechtserkenntnisquelle für Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze im Europarecht. Damit hat die Methodik des EuGH, die ihren Ursprung im Jahre 1970¹³⁸ findet, Einzug in den Maastrichter Vertrag aus dem Jahre 1992 gefunden. Neben diesem primärrechtlichen Bezug auf das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten, bedient sich der EuGH zur Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze aber auch dem einfachen nichtkonstitutionellen Gesetzesrecht der Mitgliedstaaten. Anhand einiger EuGH Entscheidungen soll dies nun verdeutlicht werden.

a. Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten

Das Verfassungsrecht bzw. die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten bildeten zum Zeitpunkt der Gründung der Gemeinschaft die wichtigste Rechtsgrundlage für diese supranationale Rechtsordnung. Darüber hinaus wurden sie auch nach Unterzeichnung der Römischen Verträge und des Maastrichter Vertrages zur wichtigsten Rechtserkenntnisquelle allgemeiner Rechtsgrundsätze in Europa. Diese Entwicklung geht zurück auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Internationale Handelsgesellschaft“ aus dem Jahre 1970 wo bezüglich der Herkunft und Grenzen der Grundrechte des Gemeinschaftsrechts folgendes ausgeführt wurde:

„Es ist jedoch zu prüfen, ob nicht eine entsprechende gemeinschaftsrechtliche Garantie verkannt worden ist; denn die Beachtung der Grundrechte gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Die Gewährleistung dieser Grundrechte muss zwar von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mit-

¹³⁷ Erstmals berief sich der EuGH im Jahre 1961 auf die *Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten* in seiner Entscheidung Slg. 1961, 111, 173, *SNUPAT*.

¹³⁸ EuGH Slg. 1970, 1125ff., *Internationale Handelsgesellschaft*.

*gliedstaaten getragen sein, sie muss sich aber auch in die Struktur und Ziel der Gemeinschaft einfügen.*¹³⁹

Maßgeblich an dieser Entscheidung des EuGH ist, dass er die Grundrechte auf Gemeinschaftsebene anhand der bereits vorhandenen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten bestimmt. Dies kann aber nur erfolgreich geschehen durch eine Rechtsvergleichung der bestehenden Verfassungen der Mitgliedstaaten, womit auch die Methode der Gewinnung der Grundrechte auf europäischer Ebene festgelegt wäre. Der EuGH äußert sich jedoch in Bezug auf das Verhältnis zwischen Grundrechten und allgemeinen Rechtsgrundsätzen in diesem Urteil noch zurückhaltend. Spricht er im Urteil *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁴⁰ noch davon, dass die *Beachtung* der Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, so geht er im Urteil *Nold* noch einen Schritt weiter. Hiernach gehören die Grundrechte *selbst* zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Gemeinschaft:

*„Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, die er zu wahren hat, und dass er bei der Gewährleistung dieser Rechte von den allgemeinen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszugehen hat. Hiernach kann er keine Maßnahmen als rechtens anerkennen, die unvereinbar sind mit den von den Verfassungen dieser Staaten anerkannten und geschützten Grundrechten.“*¹⁴¹

Demnach sind die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten maßgebliche Rechtserkenntnisquellen für allgemeine Rechtsgrundsätze und Grundrechte der Gemeinschaft. Darüber hinaus stellt der EuGH klar, dass alle Maßnahmen von Gemeinschaftsorganen sich an diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Grundrechten messen lassen müssen. Entgegen der Formulierung des EuGH ist der Rechtmäßigkeitsmaßstab dieser Maßnahmen (hier: der Kommission) keinesfalls das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten selbst, sondern ausschließlich das Gemeinschaftsrecht in Form der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die jedoch zuvor mittels Rechtsvergleichung anhand der Verfassungen der Mitgliedstaaten konkretisiert wurden.

¹³⁹ EuGH, Slg. 1970, 1125, 1135, *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹⁴⁰ EuGH, Slg. 1970, 1125, 1135, *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹⁴¹ EuGH, Slg. 1974, 491, 491, *Nold*.

Dieser Zwischenschritt ist notwendig, um das Rangverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und dem Recht der Mitgliedstaaten zu verdeutlichen, denn Rechtsakte von Gemeinschaftsorganen sind gem. Art. 263 AEUV ausschließlich an Gemeinschaftsrecht zu messen.¹⁴²

b. Einfaches Gesetzesrecht der Mitgliedstaaten

Anhand der Rechtsprechung des EuGH ist erkennbar, dass nicht nur das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten, sondern auch die sonstigen innerstaatlichen Rechtsnormen eine Rechtserkenntnisquelle liefern um allgemeine Rechtsgrundsätze auf Gemeinschaftsebene zu formulieren.

Im Urteil „*Orkem*“¹⁴³ bezieht sich der EuGH bezüglich eines fehlenden Aussageverweigerungsrechtes für Unternehmen in der VO 17/62 auf die „*Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*“, womit nicht nur Verfassungsrecht gemeint ist, sondern jede Rechtsnorm des innerstaatlichen Rechts. Ausdrücklich heißt es dort:

*„Allgemein erkennen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein Recht zur Verweigerung der Zeugenaussage gegen sich selbst nur natürlichen Personen zu, die im Rahmen eines Strafverfahrens einer Straftat beschuldigt werden. Die vergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen rechtfertigt somit nicht den Schluss, dass ein solcher dem Recht der Mitgliedstaaten gemeinsamer Grundsatz zugunsten juristischer Personen und in Bezug auf Zuwiderhandlungen wirtschaftlicher Art, insbesondere auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, bestünde.“*¹⁴⁴

Der hier durch den EuGH angesprochene nemo-tenetur Grundsatz findet sich z.B. im deutschen Grundgesetz¹⁴⁵ nicht wieder, sondern lediglich in § 136 Abs. 1 Satz 2

¹⁴² So bereits EuGH, Slg. 1964, 1270; 1970, 1125, 1. Leitsatz: Die Gültigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane kann nur nach dem Gemeinschaftsrecht beurteilt werden, denn dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht können wegen seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht selbst in Frage gestellt werden soll. Daher kann es die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung oder deren Geltung in einem Mitgliedstaat nicht berühren, wenn geltend gemacht wird, die Grundrechte in der ihnen von der Verfassung dieses Staates gegebenen Gestalt oder die Strukturprinzipien seiner Verfassung seien verletzt.

¹⁴³ EuGH, Slg. 1989, 3283, 3350, *Orkem*.

¹⁴⁴ EuGH, Slg. 1989, 3283, 3350, Rn. 28, *Orkem*.

¹⁴⁵ Art. 103 GG beinhaltet lediglich den *Anspruch auf rechtliches Gehör*, sowie den *ne bis in idem* und *nulla poena sine lege* Grundsatz.

StPO, in Form von einfachem Bundesrecht. Sofern das Gemeinschaftsrecht also, wie hier die VO 17/62, eine Regelungslücke aufweist, bedient sich der EuGH zur Ausfüllung dieser Lücke nicht nur verfassungsrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten, sondern greift auch auf deren einfaches Gesetzesrecht zurück.

Gleiches gilt für die „*Hoechst*“ Entscheidung, wo der Gerichtshof bezüglich des Schutzes von Geschäftsräumen folgendes ausführt:

*„Indessen bedürfen in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung jeder – natürlichen oder juristischen – Person einer Rechtsgrundlage und müssen aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein; diese Rechtsordnungen sehen daher, wenn auch in unterschiedlicher Ausgestaltung, einen Schutz gegen willkürliche oder unverhältnismäßige Eingriffe vor. Das Erfordernis eines solchen Schutzes ist folglich als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzuerkennen.“*¹⁴⁶

Auch hier verweist der EuGH pauschal auf *die Rechtsordnungen* der Mitgliedstaaten, womit auch das einfache Gesetzesrecht mit eingeschlossen ist. Der hier durch den EuGH angesprochene *Grundsatz des Schutzes der Privatsphäre vor der – willkürlichen oder unverhältnismäßigen – öffentlichen Gewalt*, findet sich z.B. in der deutschen Rechtsordnung in Art. 13 GG wieder. Darüber hinaus bezieht sich der EuGH bei dieser Entscheidung auch auf die Schlussanträge des GA Mischo¹⁴⁷, der rechtsvergleichend unter anderem auf § 46 GWB und der darin enthaltenen Unterscheidung zwischen Einsichts- und Prüfungsrecht einerseits, und dem Durchsuchungsrecht von Geschäftsräumen andererseits unterscheidet. Der EuGH bezieht sich daher auch in der *Hoechst Entscheidung* nicht allein auf die Verfassungen der Mitgliedstaaten, sondern auch auf deren einfachgesetzlichen Regelungen des Wettbewerbsrechts.

Das Ergebnis, dass der EuGH sowohl auf das Verfassungsrecht als auch auf das einfache Gesetzesrecht abstellt, findet seine Bestätigung im dritten Erwägungsgrund der Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA)¹⁴⁸, in der Staaten die Ach-

¹⁴⁶ EuGH, Slg. 1989, 2859, (2924) *Hoechst*.

¹⁴⁷ EuGH, Slg. 1989, 2859, Rn. 57, *GA Mischo*.

¹⁴⁸ Einheitliche Europäische Akte Abl. L 169/1987 vom 29.06.1987 S.1,

tung der in den „*Verfassungen und Gesetzen der Mitgliedstaaten*“ anerkannten Grundrechte betonen.

Damit ist als Ergebnis festzuhalten, das insbesondere im Kartellverfahrensrecht, der EuGH zur Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze sich neben dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten auch deren einfaches Gesetzesrecht zunutze macht.

V. Das Institut der Rechtsvergleichung

Dem EuGH eine Methodik bei der Gewinnung allgemeiner Rechtsgrundsätze unterstellen zu wollen, wird durch die nur seltenen Ausführungen diesbezüglich in den Urteilsbegründungen erschwert.¹⁴⁹ In der Tat jedoch bedient sich der EuGH des Instituts der Rechtsvergleichung¹⁵⁰, wozu Art. 340 Abs. 2 AEUV ihm ausdrücklich das *Mandat*¹⁵¹ verleiht. Freilich gibt es ebenso viele Methoden der Rechtsvergleichung wie es Rechterkenntnisquellen gibt, welche, wie oben erörtert, zur Gewinnung allgemeiner Rechtsgrundsätze herangezogen werden. Um einen Aufschluss zu der Methodik der Rechtsvergleichung des EuGH zu erlangen, ist es unerlässlich die Schlussanträge der Generalanwälte heranzuziehen. Die Schlussanträge der Generalanwälte enthalten nämlich oftmals eine sehr ausführliche Dokumentation der durchgeführten Rechtsvergleichung und sind daher, im Gegensatz zu den teilweise sehr knappen Ausführungen des EuGH, weitaus mehr dazu geeignet einen methodischen Ansatz erkennen zu lassen. Dennoch nimmt der EuGH zu seinem methodischen Ansatz im 2. Leitsatz der Entscheidung *Internationale Handelsgesellschaft* wie folgt Stellung:

*„Die Gewährleistung dieser Rechte muss zwar von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten getragen sein, sie muss sich aber auch in die Struktur und die Ziele der Gemeinschaft einfügen.“*¹⁵²

¹⁴⁹ *Streinz* sieht die Feststellung einer Methodik des EuGH durch unklare Aussagen, vor allem aber durch die oft apodiktische Kürze der Urteile erheblich erschwert, *Europarecht*, 5. Auflage, Rn. 359.

¹⁵⁰ Die Rechtsvergleichung im weitesten Sinne ist *condicio sine qua non* der Wahrung der Rechtseinheit im Gemeinschaftsrecht und Grundlage des Verständnisses der oft dem innerstaatlichen Recht entstammenden Rechtsbegriffe des Gemeinschaftsrechts sowie der Wirkungen von dessen Normen auf die nationalen Rechtsordnungen, *Pernice/Mayer* in: *Grabitz/Hilf*, § 220 EGV, Rn. 47 a.E.; *Kutscher* in: *EuGH*, *Begegnung von Justiz und Hochschule*, S. I-41.; *Pescatore*, RIDC 1980, S. 337 (343).

¹⁵¹ *Rodríguez Iglesias*, NJW 1999, S. 1 (6).

¹⁵² *EuGH*, Slg. 1970, 1125ff. *Internationale Handelsgesellschaft*.

Aufgrund dieses Ansatzes kann der EuGH keine Maßnahmen als rechtmäßig anerkennen, die unvereinbar sind mit den von den Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannten und geschützten Grundrechten.¹⁵³ Die so garantierten Rechte genießen aber keinen uneingeschränkten Vorrang, sondern müssen im Hinblick auf die soziale Funktion der geschützten Rechtsgüter und Tätigkeiten gesehen werden.¹⁵⁴ Daher können die Grundrechte, die zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, nur unter dem Vorbehalt von Einschränkungen geschützt werden, die im öffentlichen Interesse liegen. Dazu gehören auch die dem allgemeinen Wohl dienenden Ziele der Gemeinschaft; das heißt die Rechte müssen sich in die Gemeinschaftsrechtsordnung einfügen, solange sie nicht in ihrem Wesen nach angetastet werden.¹⁵⁵ Dies deutet darauf hin, dass der EuGH die nationalen Verfassungen und die Menschenrechtsverträge nicht als Rechtsquellen, sondern als Rechtserkenntnisquellen betrachtet, aus denen er rechtsvergleichend unter Berücksichtigung spezifischer Gemeinschaftsinteressen autonom die Gemeinschaftsgrundrechte beziehungsweise rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien herleitet.¹⁵⁶ Dabei steht die gemeinschaftsautonome Entwicklung der Rechtsgrundsätze im Vordergrund, während die Rechtsvergleichung eher dazu dient, Anregungen hierfür zu geben. Der EuGH übernimmt also nicht unreflektiert die in den Mitgliedstaaten gefundenen allgemeinen Rechtsgrundsätze und hebt sie auf Gemeinschaftsebene, sondern überprüft ihren Gehalt anhand der durch die Verträge festgelegten Ziele und Aufgaben der Europäischen Gemeinschaft. Als Methoden der Rechtsvergleichung stehen insbesondere Folgende zur Diskussion:

1. Methode des gemeinsamen Standards

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass allgemeine Rechtsgrundsätze aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten dergestalt gewonnen werden, dass man zunächst einen gewissen Grad an Übereinstimmung der nationalen Normen feststellt und diesen *übereinstimmenden Standard* dem Gemeinschaftsrecht anschließend zu Grunde legt.¹⁵⁷

Dem widerspricht jedoch schon der EuGH selbst, indem er ausführt:

¹⁵³ EuGH, Slg. 1974, 491, (507), Rn. 13.

¹⁵⁴ EuGH, Slg. 1974, 491, (507f.), Rn. 14.

¹⁵⁵ EuGH, Slg. 1974, 491, 3. Leitsatz, *Nold*.

¹⁵⁶ *Streinz*, Europarecht, Rn. 360.

¹⁵⁷ *Zieger*, JÖR 1973, S. 299 (346).

*Der Umstand, dass in den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten eine Regel existiert, genügt allein nicht, damit das Gemeinschaftsrecht sie als allgemeinen Grundsatz anerkennt.*¹⁵⁸

Wenn es also nicht ausreicht, dass in allen Mitgliedstaaten diese Regel existiert, dann erst recht nicht, wenn sie nicht mal in allen der Mitgliedstaaten vorhanden ist. So auch *v.Meibom*¹⁵⁹, der bereits eine *überwiegende Anerkennung* ausreichen lässt. Schließlich sei es ausreichend, wenn *ein vernünftiger Grad an Übereinstimmung zwischen den nationalen Lösungen festgestellt werden könne*.¹⁶⁰ Zuletzt setzt *Lecheler* voraus, es sei für das Gemeinschaftsrecht daran festzuhalten, dass ein als *gemeinsamer allgemeiner Rechtsgrundsatz* qualifiziertes Rechtsprinzip in seiner all-gemeinsten Form allen Mitgliedstaaten geläufig sein müsse.¹⁶¹

Die hier vorgestellten Ansichten vertreten jedoch ausschließlich einen *quantitativen Ansatz* im Rahmen der Rechtsvergleichung und werden dem Zweck dieses Instituts nicht gerecht. Wie oben bereits der EuGH betonte, ist es unerheblich, ob ein Rechts-satz, geschriebener oder ungeschriebener Natur, innerhalb der Rechtsordnung aller oder nur der Mehrzahl der Mitgliedstaaten vorhanden ist. Ziel der Rechtsvergleichung soll es nämlich sein, ein auf Gemeinschaftsebene konkretes Rechts-problem zu lösen unter Berücksichtigung der besonderen Strukturen des Europa-rechts. Ein schlicht *quantitativer Ansatz* kann diesen Zweck nicht erreichen. Zuletzt beinhalten die vertretenen Auffassungen keine greifbaren Abgrenzungskriterien oder sind aufgrund der bereits vollzogenen Erweiterung der Gemeinschaft nicht haltbar. Die von *Lecheler* vertretene Ansicht ist, abgesehen vom Grundrechtsschutz, bei mitt-lerweile 27 Mitgliedstaaten in der Europäischen Gemeinschaft unhaltbar, denn ein Rechtsprinzip, sei es noch so abstrakt formuliert, in 27 verschiedenen Rechtsord-nungen normiert wieder zu finden, scheint ausgeschlossen. Auch ist nicht klar, wie ein *vernünftiger Grad an Übereinstimmung* bestimmt werden soll und wann dieser konkret vorliegt. Die Methode des gemeinsamen Standards ist daher aufgrund der genannten Argumente als unzweckmäßig abzulehnen.

¹⁵⁸ EuGH, Slg. 2005-II, 4065, Leitsatz 7,

¹⁵⁹ *v. Meibom*, DVBl. 1969, S. 437 (440).

¹⁶⁰ *Pescatore*, Cahiers du droit européen 1968, S. 629 (631).

¹⁶¹ *Lecheler*, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, S. 189.

2. Methode des minimalen Standards

Bereits dem Begriff des minimalen Standards ist zu entnehmen, dass die Vertreter dieser Methode den sogenannten *kleinsten gemeinsamen Nenner*¹⁶² eines Rechtsprinzips innerhalb der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten als Grundlage für einen allgemeinen Rechtsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht ansehen.

Diese Methode würde jedoch der von der Europäischen Union angestrebten Harmonisierung des nationalen Rechts gem. Art. 115 AEUV innerhalb der Gemeinschaft zuwiderlaufen. Einzelne Rechtsgrundsätze mit einem hohen Schutzniveau in einem Mitgliedstaat müssten aufgegeben und dem niedrigsten Schutzniveau eines anderen Mitgliedstaats angeglichen werden. Ein solches Vorgehen wäre jedoch gem. Art. 114 Abs. 3 AEUV *contra legem*, da in den genannten Politikbereichen von einem hohen Schutzniveau ausgegangen werden soll, was dem Herabsetzen auf den *kleinsten gemeinsamen Nenner* eindeutig zuwiderläuft. Darüber hinaus wären Unternehmen in Mitgliedstaaten mit höheren Standards benachteiligt gegenüber Unternehmen in Mitgliedstaaten mit einem minimalen Standard. Schließlich geht die Methode des minimalen Standards am Kernproblem der *Lückenfüllung des Gemeinschaftsrechts* vorbei, da es nicht darum geht einen Konsens der Rechtsprinzipien innerhalb der Gemeinschaft zu konstruieren, sondern ein konkretes Rechtsproblem auf europäischer Ebene zu lösen. Eine Methode der Rechtsvergleichung, die primär auf den Konsens der Rechtsprinzipien der Mitgliedstaaten ausgerichtet ist, verfehlt auch hier den Zweck der Rechtsvergleichung, nämlich die Problemlösung auf Gemeinschaftsrechtsebene. Zu Recht wird daher diese Methode, insbesondere im Bereich des Grundrechtsschutzes in Europa, sowohl von der Rechtsprechung, als auch vom überwiegenden Teil der Literatur abgelehnt.¹⁶³

3. Methode des maximalen Standards

Als *pendant* dazu wird noch die Methode des maximalen Standards vertreten, die sich dadurch auszeichnet, dass sie alle in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vorhandenen allgemeinen Rechtsgrundsätze und Grundrechte als im Gemeinschaftsrecht summierte Rechtsprinzipien anerkennt.¹⁶⁴

Diese Methode ist jedoch anhand folgender Überlegungen abzulehnen.

¹⁶² Weiss, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, S. 54.

¹⁶³ So schon: Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, S. 224.

¹⁶⁴ Schwaiger, AWD 1972, S. 265 (271); Meier, DVBl. 1970, S. 614 (615); Hilf, ZaöRV 35 (1975), S. 50 (56f.); Pescatore, EuGRZ 1978, S. 441 (445).

Erstens schafft allein eine Summierung aller Rechtsgrundsätze noch kein hohes Schutzniveau auf Gemeinschaftsrechtsebene, da hierdurch die bestehenden Rechtsgrundsätze nicht miteinander verglichen und erweitert werden, sondern eben nur aneinandergereiht. Sie stehen somit isoliert nebeneinander, ohne dass sie eine gemeinsame neue Ebene des Schutzniveaus erreichen könnten.

Zweitens erfüllt die Methode des maximalen Standards nicht den Zweck der Rechtsvergleichung im Sinne einer zielführenden Problemlösung auf Gemeinschaftsrechtsebene, da sie, wie auch die Methode des minimalen Standards, allein eine *quantitative* Vorgehensweise verfolgt. Wie oben bereits gesehen, ist ein derartiger Ansatz im Rahmen der Rechtsvergleichung jedoch als verfehlt anzusehen. Die Methode des maximalen Standards zur Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht ist daher als unpraktikabel abzulehnen.

4. Methode der wertenden Rechtsvergleichung

In der Rechtsprechung und Literatur herrscht die Auffassung vor, allgemeine Rechtsgrundsätze mittels der *wertenden Rechtsvergleichung* zu ermitteln.¹⁶⁵

Diese Methode der Rechtsvergleichung orientiert sich, entgegen den bereits diskutierten Methoden, nicht an einer schlicht *quantitativen* Betrachtungsweise, sondern überprüft die in den Mitgliedstaaten gefundenen Rechtsprinzipien anhand *qualitativer* Merkmale. Hiernach ist es zunächst einmal nicht notwendig, dass eine Regel in allen Mitgliedstaaten vorhanden ist, damit sie als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht anerkannt werden kann.¹⁶⁶ Vielmehr erfolgt eine wertende Gewichtung der in den Mitgliedstaaten gefundenen Regelungen anhand der in den Verfassungen der Mitgliedstaaten enthaltenen *Wertorientierungen*, um auf dieser Basis zu einer *fallgerechten Lösung* zu kommen.¹⁶⁷ Allgemeiner Rechtsgrundsatz ist danach, was sich bei einer kritischen Analyse der Lösungen, die sich nach einer rechtsvergleichenden Umschau ergeben, als die *beste Lösung* darstellt.¹⁶⁸ Fraglich bleibt nunmehr woran die jeweils beste Lösung zu erkennen ist. Dafür werden weitere Be-

¹⁶⁵ v.Bogdandy in: Grabitz/Hilf, Art. 288 Rn. 29; Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 113; Zweigert, RabelsZ, Band 28 (1964), S. 601 (611); Meessen, JIR, Band 17 (1974), S. 281 (300); a.A. Weiss, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, S. 75, wonach der EuGH im Wege der autonomen Rechtsfindung einer teleologischen Auslegung des Gemeinschaftsrechts den Vorzug gibt. Eine Rechtsvergleichung im eigentlichen Sinne würde nicht stattfinden. Diese Meinung ist eindeutig abzulehnen, da sie einerseits Art. 6 Abs. 2 EUV ignoriert und andererseits der EuGH mehrfach betont hat, sich ausschließlich an den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und der EMRK zu orientieren und dies auch konsequent verfolgt hat.

¹⁶⁶ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 70.

¹⁶⁷ Rengeling, Grundrechtsschutz, S. 225.

¹⁶⁸ Zweigert, RabelsZ, Band 28 (1964), S. 601 (611).

griffe herangezogen, die die beste Lösung in der *objektiv gerechtesten* und *zweckmäßigsten* sehen bzw. *adäquatesten*.¹⁶⁹ Auch wird die *fortschrittlichste*¹⁷⁰ oder *überlegenste*¹⁷¹ Lösung favorisiert. Schließlich wird auf die *Brauchbarkeit* der gefundenen Lösung und auf deren praktische Verwertbarkeit, Eignung und Vernunft abgestellt.¹⁷² Zuletzt wird die *optimale Lösung*, die durch *Wertung und Gewichtung* gewonnen und den *spezifischen Zielen und Strukturprinzipien der Gemeinschaft gerecht werden muss*, favorisiert.¹⁷³

Es erscheint jedoch wenig hilfreich einen abstrakten Begriff durch mehrere andere abstrakte Begriffe zu ersetzen, denn dadurch lässt der ursprüngliche Begriff sich nicht weiter konkretisieren. Eine klare Definition kann hier eben nicht erfolgen, da die beste Lösung nicht abstrakt bestimmt, sondern nur anhand des Einzelfalls herausgearbeitet werden kann. Daher folgt auch der EuGH dem Ansatz der wertenden Rechtsvergleichung, da hierdurch ein hohes Maß an Flexibilität¹⁷⁴ bei der Auffindung allgemeiner Rechtsgrundsätze herrscht, denn was konkret die beste Lösung ist, bestimmt der EuGH freilich selbst.

Im Ergebnis bedeutet das, dass mittels der wertenden Rechtsvergleichung eine qualitative Bewertung und Gewichtung der in den Mitgliedstaaten gefundenen Regeln stattfindet, die sodann unter Berücksichtigung der Ziele und Struktur der Gemeinschaft¹⁷⁵ zu einer im konkreten Einzelfall besten Lösung führen. Dieser Methode ist schließlich auch der Vorzug zu geben, da sie losgelöst von einer nicht zielführenden quantitativen Betrachtungsweise, die in den Mitgliedstaaten vorhandenen Rechtsprinzipien qualitativ hinreichend würdigt und in Bezug auf den konkreten Einzelfall auch gewichtet, ohne dabei die Struktur und Ziele der Europäischen Gemeinschaft aus den Augen zu verlieren.

5. Wertende Rechtsvergleichung anhand der Rechtsprechung des EuGH

Wie bereits erwähnt folgt der EuGH bei der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht der Methode der wertenden Rechtsverglei-

¹⁶⁹ Zieger, Grundrechtsproblem, S. 36.

¹⁷⁰ Lorenz in: FS Nipperdey II, S. 797 (814).

¹⁷¹ EuGH, Slg. 1974, 1254, Rn. 158, *GA Roemer*.

¹⁷² *Nicholaysen*, EuR 1972, S. 375 (383).

¹⁷³ *Fuss*, Grundrechtsschutz, S. 73f.

¹⁷⁴ *Nicholaysen*, EuR 1972, S. 375 (383), der die *Elastizität* der Methode hervorhebt.

¹⁷⁵ EuGH, Slg. 1970, 1125, 1125ff., *Internationale Handelsgesellschaft*.

chung¹⁷⁶, obwohl sich in seinen Urteilen nur selten Anhaltspunkte dazu finden lassen. Die Schlussanträge der Generalanwälte¹⁷⁷, deren Entscheidungsvorschläge der EuGH zumeist folge leistet, enthalten dafür umso detailliertere rechtsvergleichende Ausführungen. Im übrigen bedient sich der EuGH eines Dokumentationsdienstes, zu dessen wichtigsten Aufgaben die Anfertigung rechtsvergleichender Gutachten gehört.¹⁷⁸ Es wäre daher verfehlt, aufgrund der nur knappen Ausführungen zur Rechtsvergleichung in einem Urteil des Gerichtshofes, davon auszugehen, dass keine tief greifenden wissenschaftlichen Auseinandersetzungen im Rahmen der Urteilsberatungen diesbezüglich stattgefunden haben. Ein Beispiel der wertenden Rechtsvergleichung sei hier besonders hervorgehoben, da der EuGH in seinem Urteil *AM&S*¹⁷⁹ umfassende rechtsvergleichende Untersuchungen anstellte.

Es ging in diesem Fall um den Umfang des Schutzes des Schriftverkehrs zwischen Mandant und Anwalt im Kartellverfahren.¹⁸⁰ Der Gerichtshof äußerte sich zu der Frage, ob die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs mit einem Anwalt im Gemeinschaftsrecht geschützt ist, wie folgt:

„Die genannte Regelung (Art. 11 und 14 VO 17/62, der Verf.) schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, unter gewissen Voraussetzungen anzuerkennen, dass bestimmte Geschäftsunterlagen vertraulicher Natur sind. Denn das Gemeinschaftsrecht beruht darauf, dass die Mitgliedstaaten nicht nur auf wirtschaftlichem, sondern auch auf rechtlichem Gebiet miteinander verflochten sind, und muss daher den Grundsätzen und Vorstellungen Rechnung tragen, die den Rechtsordnungen dieser Staaten im Hinblick auf die Wahrung der Vertraulichkeit insbesondere

¹⁷⁶ Dagegen *Weiss*, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, S. 75, der eine gemeinschaftsautonome Rechtsentwicklung sieht, insbesondere durch teleologische Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Hierbei verkennt *Weiss*, dass die Auslegung nur Ergebnis der zuvor gefundenen Rechtsgrundsätze ist. Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts erfolgt ja gerade als Konsequenz der durch die Lösungen der Mitgliedstaaten angebotenen Lösungen zur Schließung der Lücken des Gemeinschaftsrechts.

¹⁷⁷ Die Generalanwälte haben gem. Art. 222 EGV in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begründete Schlussanträge zu den Rechtssachen zu stellen, denen nach der Satzung des Gerichtshofes seine Mitwirkung erforderlich ist. Die Schlussanträge der Generalanwälte finden in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof statt und beschließen diese auch häufig. Derzeit sind am EuGH acht Generalanwälte bestellt bei 27 Richtern aus jedem Mitgliedstaat.

¹⁷⁸ *Daig*, in: FS Zweigert, S. 395 (414); Der EuGH sei daher mit dem Prädikat „Hochburg der angewandten Rechtsvergleichung“ auszuzeichnen.

¹⁷⁹ EuGH, Slg. 1982, 1575, *AM&S (Australian Mining & Smelting Europe Limited)*.

¹⁸⁰ EuGH, Slg. 1982, 1575, 1580, *AM&S*, legal privilege – Schutz der Vertraulichkeit.

*bestimmter Mitteilungen zwischen Anwalt und Mandant gemeinsam sind“.*¹⁸¹

Damit legt der EuGH unmissverständlich fest, dass zur Lückenfüllung des Gemeinschaftsrechts, die Regelungen innerhalb der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unbedingt heranzuziehen sind. Innerhalb des Kartellverfahrens war die Kommission gem. Art. 11 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 VO 17/62 nach lediglich befügt Einsicht in bestimmte Schriftstücke der betroffenen Unternehmen zu nehmen, soweit dies erforderlich sei Kartellrechtsverstöße aufzudecken. Eine Einschränkung dieser Befugnis, wonach der Schriftverkehr dieses Unternehmens mit einem Rechtsanwalt davon ausgenommen ist, war darin nicht ausdrücklich geregelt. Der EuGH spricht jedoch nicht explizit von einer Regelungslücke, die durch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts geschlossen werden müsse. Vielmehr geht er davon aus, dass die Art. 11 und 14 VO 17/62 möglicherweise dergestalt auszulegen sind, dass sie den Schutz vertraulichen Schriftverkehrs beinhalten und somit die generelle Befugnis der Einsichtnahme in sämtlichen Schriftverkehr insoweit einschränken. Daher musste anhand eines Vergleichs der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten diese Frage der Einschränkung beantwortet werden.

Die maßgeblichen rechtsvergleichenden Schlussfolgerungen des EuGH lauten:

*„Abgesehen von diesen Unterschieden gibt es in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten jedoch insoweit gemeinsame Kriterien, als die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant unter vergleichbaren Voraussetzungen geschützt ist, wenn der Schriftwechsel zum einen im Rahmen und Interesse des Rechts des Mandanten auf Verteidigung geführt wird und zum anderen von unabhängigen Rechtsanwälten ausgeht, die nicht durch einen Dienstvertrag an den Mandanten gebunden sind“.*¹⁸²

Und weiter:

„In diesen Zusammenhang gestellt ist die VO Nr. 17 dahin auszulegen, dass sie ebenfalls die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant unter diesen beiden Voraussetzungen schützt und

¹⁸¹ EuGH, Slg. 1982, 1575, 1610 Rn. 18, *AM&S*.

¹⁸² EuGH, Slg. 1982, 1575, 1611 Rn. 21, *AM&S*.

somit die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen Elemente dieses Schutzes aufgreift. Aus alledem ist zu schließen, dass die VO Nr. 17, insbesondere ihr Art. 14, bei wörtlicher, systematischer und am Verordnungszweck orientierter Auslegung sowie unter Berücksichtigung des Rechts der Mitgliedstaaten zwar die Kommission ermächtigt ... sämtliche Geschäftsunterlagen ... zu verlangen, ... dass diese Befugnis jedoch in dem Erfordernis die Vertraulichkeit zu wahren, unter den vorstehend genannten Bedingungen und unter der Voraussetzung einen Grenze findet, dass der fragliche Schriftverkehr zwischen einem unabhängigen, ... Rechtsanwalt und seinem Mandanten stattfindet.“¹⁸³

Durch wertende Rechtsvergleichung der Regelungen der Mitgliedstaaten bezüglich der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Mandant und seinem Rechtsanwalt, hat der EuGH daher die Kartellrechtsverfahrensordnung einschränkend ausgelegt, wonach die Kommission diesen speziellen Schriftverkehr nicht einsehen darf. Gleichzeitig hat der EuGH bestimmt, dass die in der VO 17/62 angelegten Verteidigungsrechte eben diesen Schutz des Schriftverkehrs zwischen Mandant und Anwalt umfasst und diesen nunmehr auch gewährleistet. Der in der VO 17/62 angelegte Rechtsgrundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte wird also durch Auslegung und wertende Rechtsvergleichung konkretisiert, woraus sich der allgemeine Rechtsgrundsatz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Mandant und Anwalt (*legal privilege*) ergibt.¹⁸⁴ Nachdem die wertende Rechtsvergleichung als maßgebliche und vorzugswürdige Methode des EuGH zur Auffindung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht belegt¹⁸⁵ wurde, ist zu untersuchen welchen Einfluss die bereits erwähnten Schlussanträge der Generalanwälte auf diesen Rechtsfindungsprozess haben.

¹⁸³ EuGH, Slg. 1982, 1575, 1612 Rn. 27, *AM&S*.

¹⁸⁴ So schon *Eisner*, Diss., S. 43.

¹⁸⁵ Ausdrücklich dazu Richter *Kutscher*, S. 30; EuGH, Slg. 1982, 1649, „*Es besteht Einigkeit darüber, dass bei rechtsvergleichender Auslegung oder Ergänzung des Gemeinschaftsrechts der Gerichtshof nicht gehalten ist, seiner Entscheidung etwa das gemeinsame Minimum der nationalen Lösungen oder ihr arithmetisches Mittel, oder die Lösung zugrunde zu legen, die von einer Mehrheit der Rechtsordnungen getragen wird. Der Gerichtshof hat zu wägen und zu werten und nach der für das konkrete Problem besten und zweckmäßigsten Lösung zu suchen.*“

6. Wertende Rechtsvergleichung in den Schlussanträgen der Generalanwälte

Die Generalanwälte nutzen zunächst die gleichen Rechtserkenntnisquellen wie auch der EuGH, nämlich insbesondere die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und die völkerrechtlichen Verträge. Darüber hinaus widmen sich die Generalanwälte vor allem der Lehre¹⁸⁶ und Rechtsprechung.¹⁸⁷ Auffällig ist jedoch die intensive und ausführliche Auseinandersetzung mit den einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Dies wird z.B. bei GA *Slynn* deutlich, in dem er in der EuGH-Entscheidung *AM&S*¹⁸⁸ zu jedem einzelnen Mitgliedstaat die entsprechende, soweit vorhanden, „legal confidence“¹⁸⁹ Regelung darstellt und auswertet.¹⁹⁰ Anhand der in den Mitgliedstaaten gefundenen Regelungen zum Grundsatz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Mandant und Anwalt, stellt GA *Slynn* sodann fest:

*„Es handelt sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts, der aus dem in den Mitgliedstaaten bestehenden, wenn auch unterschiedlich angewandten allgemeinen Grundsatz abzuleiten ist.“*¹⁹¹

Die in den Mitgliedstaaten gefundenen Regelungen zum „legal confidence“ werden damit als Grundsatz angesehen, der in seiner Gesamtschau einen allgemeinen Rechtsgrundsatz auf Gemeinschaftsrechtsebene begründet. Dabei wird deutlich, dass der Generalanwalt den Grundsatz der Mitgliedstaaten nicht als unmittelbar¹⁹² verbindlich betrachtet, sondern zunächst die Gemeinsamkeiten der gefundenen Regelungen darstellt.¹⁹³ Ohnehin dienen die nationalen Regelungen nur der „Orientie-

¹⁸⁶ GA *Roemer*, Slg. 1960, 295, 337, 339; 1961, 413, 421; 1961, 651, 669; GA *Mayras*, Slg. 1972, 667, 695, 1972, 1293, 1298, 1303; GA *Reischl*, Slg. 1975, 411, 416; GA *Warner*, Slg. 1973, 587, 594; 1980, 3823, 3829; GA *Slynn*, Slg. 1982, 1642, 1657.

¹⁸⁷ GA *Slynn*, Slg. 1982, 1642, 1649f.

¹⁸⁸ EuGH, Slg. 1982, 1575ff. *AM&S*.

¹⁸⁹ Dieser Begriff verbindet laut GA *Slynn* das *legal privilege* aus England mit dem in Frankreich geltenden *secret professionnel*, *droits de la défense* und *secret des lettres confidentielles*, Slg. 1982, 1642, 1650.

¹⁹⁰ GA *Slynn*, Slg. 1982, 1642, Die Rechtslage in Bezug auf den Schutz von „legal confidence“ wird anhand der Rechtsordnungen von Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, in den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich England dargestellt.

¹⁹¹ GA *Slynn*, Slg. 1982, 1642, 1660.

¹⁹² GA *Roemer*, Slg. 1963, 243, 258; GA *Slynn*, Slg. 1982, 1642, 1650; GA *van Gerven*, Slg. 1991, 4703, 4722.

¹⁹³ GA *Slynn*, Slg. 1982, 1642, 1654, „Hieraus ergibt sich eindeutig – wie nicht anders zu erwarten –, dass die Rechtslage nicht in allen Mitgliedstaaten identisch ist.“

nung“ und sind lediglich „in Erwägung zu ziehen“. ¹⁹⁴ GA *Lagrange* dagegen will nur unter „großen Vorbehalten auf die nationalen Regelungen zurückgreifen.“ ¹⁹⁵

a. Analyse anhand der Schlussanträge der Generalanwälte

Zu ihrer angewandten Methode der Rechtsvergleichung, deren unterschiedliche Ansätze oben bereits dargestellt wurden, nehmen die Generalanwälte explizit Stellung.

Dazu GA *Slynn*:

„Wegen dieser verfahrensmäßigen und praktischen Unterschiede sollte man sich nicht zu einem allzu detaillierten Vergleich der jeweiligen Bezeichnungen oder Normen verleiten lassen. Es kommt vielmehr auf das Allgemeinbild an.“ ¹⁹⁶

Daraus auf einen *Minimalstandard* oder *gemeinsamen Standard* zu schließen wäre jedoch verfehlt, da GA *Slynn*, in der praktischen Anwendung des Grundsatzes die Auffassung vertritt:

„Dieser Grundsatz geht jedoch, ..., weiter und ist meines Erachtens logischer als der eingeschränkte Grundsatz, wie ihn die Kommission vertritt.“ ¹⁹⁷

Die Kommission hatte argumentiert, der Grundsatz des Schutzes von „legal confidence“ gelte nur eingeschränkt und eben nicht derart erweitert, wie ihn der EuGH bzw. der GA *Slynn* vertritt. Insoweit sich GA *Slynn* also für ein hohes Schutzniveau des anwaltlichen Schriftverkehrs entschieden hatte, scheidet die Bezeichnung *Minimalstandard* für diese Lösung aus.

Bezüglich der Methodik zur Gewinnung allgemeiner Rechtsgrundsätze äußerte sich bereits GA *Roemer* genauer:

„Es sind also für das Gemeinschaftsrecht nicht nur Regelungen maßgeblich, die sich in allen Mitgliedstaaten finden, es ist nicht das niedrigste

¹⁹⁴ GA *Roemer*, Slg. 1961, 471, 511; 1963, 243, 258; GA *Trabucchi*, Slg. 1974, 509, 512.

¹⁹⁵ GA *Lagrange*, Slg. 1955, 231, 249.

¹⁹⁶ GA *Slynn*, Slg. 1982, 1642, 1650.

¹⁹⁷ GA *Slynn*, Slg. 1982, 1642, 1660.

gemeinsame Niveau ausschlaggebend, und es gilt nicht, „die Norm der unteren Grenze“ anzuwenden. Anzeigt ist vielmehr – wie stets, wenn sich die Rechtsprechung auf allgemeine Grundsätze beruft – ein wertendes Vorgehen, bei dem insbesondere die speziellen Vertragsziele und die Besonderheiten der Gemeinschaftsstruktur berücksichtigt werden müssen (und bei dem vielleicht auch eine Orientierung an der überlegensten nationalen Regelung angezeigt ist).“¹⁹⁸

Hiernach ist die wertende Rechtsvergleichung die für die Generalanwälte maßgebliche Methode zur Auffindung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf Gemeinschaftsebene. Darüber hinaus sei eine Übereinstimmung in den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten nicht erforderlich¹⁹⁹, ebenso wenig eine mehrheitliche Übereinstimmung, sondern nur die *beste Lösung*, welche durch *wertende Rechtsvergleichung* zu ermitteln sei.²⁰⁰ Nicht ausreichend sei aber, wenn der Grundsatz in nur einem Mitgliedstaat zu finden ist.²⁰¹ Zu beachten ist jedoch stets, dass ein so gefundener allgemeiner Rechtsgrundsatz nicht gegen die Rechtsordnung eines einzelnen Mitgliedstaats verstößt. Ist dies der Fall, so darf er nicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts bezeichnet werden.²⁰²

Eine Begründung dafür liefert GA *Warner*, der sich auf das Urteil „*Nold*“²⁰³ des EuGH stützt, wonach

„keine Maßnahme als rechtens anerkannt werden darf, die unvereinbar sei mit der von den Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannten und geschützten Grundrechten.“²⁰⁴

¹⁹⁸ GA *Roemer*, Slg. 1971, 987, 990 m.w.N.

¹⁹⁹ So auch GA *Slynn*, Slg. 1982, 1642, 1650, der zusätzlich zur *besten* auch die gleichzeitig *zweckmäßigste* Lösung anzuwenden fordert.

²⁰⁰ GA *Roemer*, Slg. 1973, 1229, 1258.

²⁰¹ GA *Warner*, Slg. 1980, 3823, 3828; GA *Reischl*, Slg. 1974, 927, 930; GA *Roemer*, Slg. 1973, 1118, 1129.

²⁰² Anders jedoch, wenn er innerhalb der Rechtsordnung eines einzelnen Mitgliedstaats nicht gefunden bzw. nicht entnommen werden kann, da eine Übereinstimmung in allen Mitgliedstaaten eben nicht notwendig ist. Nur der Verstoß als solcher darf nicht eintreten. Ein Mitgliedstaat muss es sich also gefallen lassen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts gegen sich gelten zu lassen, auch wenn er aus der eigenen Rechtsordnung nicht abgeleitet werden kann.

²⁰³ EuGH, Slg. 1974, 491, 507, *Nold*.

²⁰⁴ GA *Warner*, Slg. 1976, 361, 367.

Er verlangt, dass ein von der Verfassung eines Mitgliedstaates anerkanntes und geschütztes Grundrecht auch im Gemeinschaftsrecht anerkannt und geschützt werden muss, da das Gemeinschaftsrecht seine Existenz der teilweisen Übertragung von Hoheitsrechten durch alle Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft verdankt.²⁰⁵ „In dieser Übertragung sei nicht die Befugnis mit eingeschlossen, Recht zu setzen unter Verstoß gegen die von der eigenen Verfassung geschützten Rechte.“²⁰⁶ Dies würde bedeuten, dass den Mitgliedstaaten die Fähigkeit zuerkannt wird, die eigene Verfassung bei der Ratifizierung des Vertrages zu umgehen, was GA Warner zufolge ausgeschlossen scheint.²⁰⁷

Der EuGH hat folglich bei der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze, wie auch die Generalanwälte bei der Abfassung ihrer Schlussanträge, nicht nur das primäre und sekundäre Gemeinschaftsrecht sondern auch die nationalen Verfassungen zu beachten. Nicht zuletzt deshalb, weil allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, obwohl ungeschriebenes Recht, grundsätzlich Primärstatus genießen.²⁰⁸

b. Ergebnis der Analyse

Im Ergebnis ist daher die *wertende Rechtsvergleichung* die in den Schlussanträgen der Generalanwälte vorherrschend angewandte Methode zur Gewinnung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten dienen hierbei als Rechtserkenntnisquelle und stehen gleichwohl unter dem gemeinschaftsrechtlichen Modifizierungsvorbehalt. Die Übereinstimmung aller Mitgliedstaaten ist ebenso nicht erforderlich, wie auch die Anerkennung in nur einem Mitgliedstaat nicht ausreichen kann um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz auf Gemeinschaftsrechtsebene zu formulieren. Die so gefundenen allgemeinen Rechtsgrundsätze müssen jedoch gegebenenfalls in die Struktur und Ziele der Gemeinschaft eingepasst werden. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts muss darüber hinaus die Verfassungen der Mitgliedstaaten beachten und darf auch nicht gegen deren sonstigen einfachgesetzlichen Regelungen verstoßen.

²⁰⁵ GA Warner, Slg. 1976, 361, 367.

²⁰⁶ GA Warner, Slg. 1976, 361, 367.

²⁰⁷ GA Warner, Slg. 1976, 361, 367.

²⁰⁸ *Bieber/Epiney/Haag*, § 6, Rn. 52; differenzierter *Rengeling*, Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug, S. 177, der allgemeinen Rechtsgrundsätzen zwar Primärstatus einräumt, jedoch nur subsidiär, insoweit, dass sie jederzeit von einem Gesetz verdrängt werden können. Zudem sei ihr Rang nach den Rechtsquellen zu bestimmen, aus denen sie ihre Rechtsgeltung beziehen.

7. Zusammenfassung über die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze

Der EuGH, legitimiert durch Art. 19 EUV, entwickelt vornehmlich anhand *wertender Rechtsvergleichung* die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, soweit dieses Lücken aufweist, aufgrund dessen ein anhängiger Rechtsstreit nicht abschließend entschieden werden kann. Als Rechtserkenntnisquellen stehen dem EuGH insbesondere die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, sowie die völkerrechtlichen Verträge, allen voran die EMRK, zur Verfügung. Diese Rechtserkenntnisquellen werden im Rahmen einer wertenden Rechtsvergleichung aufbereitet, d.h. die nationalen Regelungen, für die das Gemeinschaftsrecht insoweit keine Lösung bereithält, werden miteinander verglichen, wobei die für den Rechtsstreit „*beste, zweckmäßigste und gerechteste*“ Lösung zu wählen ist. Der so ermittelte allgemeine Rechtsgrundsatz wird dann in einem zweiten Schritt den Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts bzw. in die *Struktur und Ziele* der Gemeinschaft angepasst, wobei zusätzlich beachtet werden muss, dass der Rechtsgrundsatz nicht gegen die Verfassungen der Mitgliedstaaten verstößt. Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, neben rechtstaatlichen Prinzipien und Verfahrensrechten auch die Grundrechte der Europäischen Union. Diese Grundrechte wurden durch den EuGH in jahrzehntelanger Rechtsprechung erweitert und konkretisiert, so dass jetzt ein umfassender Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene gewährleistet wird. Die Europäische Grundrechtecharta knüpft an diesen bestehenden Grundrechtsschutz an, obwohl sie aufgrund der fehlenden Ratifizierung aller Mitgliedstaaten noch keine Rechtsverbindlichkeit erlangt hat. Es bleibt abzuwarten welchen Einfluss eine wirksame Grundrechtecharta der Europäischen Union auch für die Entwicklung und den Geltungsbereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze auf Gemeinschaftsebene haben wird.

D. Einzelne allgemeine Rechtsgrundsätze und ihre Bedeutung im Rahmen informeller Absprachen im EU-Kartellverfahrensrecht

Nachdem nun die Bedeutung bzw. Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts erläutert wurde, erfolgt nun eine konkrete Darstellung in der auch die Reichweite der einzelnen Rechtsgrundsätze dargestellt wird. Der Gerichtshof hat unter dem Begriff der allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht nur Grund-

rechte gefasst, sondern auch eine Reihe von objektiven Grundsätzen, die als rechtstaatliche Grundsätze Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung sind, aber sich in den Normen des positiven Gemeinschaftsrechts oft nur implizit, im innerstaatlichen Verfassungsrecht oder in internationalen Verträgen dagegen verschiedentlich als konkrete Rechtsgarantien wieder finden.²⁰⁹ Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz aufzuspüren ist durch die uneinheitliche Terminologie²¹⁰ in Literatur und Rechtsprechung besonders erschwert. Der EuGH bedient sich nämlich folgender Begriffe: *allgemein anerkannter Rechtssatz*²¹¹, *allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz*²¹², *elementarer Rechtsgrundsatz*²¹³, *fundamentaler Grundsatz*²¹⁴, *schlichter Grundsatz*²¹⁵, *Grundprinzipien*²¹⁶ oder *fundamentale Prinzipien des Gemeinschaftsrechts*²¹⁷.

Der EuGH verwendet selbst für denselben allgemeinen Rechtsgrundsatz unterschiedliche Begriffe. Daraus lässt sich schließen, dass der EuGH auf eine ausdrückliche Bezeichnung „Allgemeiner Rechtsgrundsatz“ keinen Wert legt, sondern die genannten Begriffe verschieden, geradezu beliebig verwendet.²¹⁸ Die unterschiedliche Terminologie beruht jedoch auch auf der Tatsache, dass die Gerichtssprache des EuGH Französisch ist und eben nicht immer mit den Rechtsbegriffen aus den Amtssprachen anderer Mitgliedstaaten korrespondiert, sofern die Verfahrenssprache von der Gerichtssprache abweicht.²¹⁹ Insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterlag so verschiedenen Formulierungen, ohne dass dabei sein Bedeutungsinhalt verändert worden wäre.²²⁰

Für den weiteren Verlauf der Untersuchung maßgeblich sind neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch die objektiven Verfahrensrechte, die den Rechtsschutz der

²⁰⁹ *Pernice/Mayer* in: Grabitz/Hilf, nach Art. 6 EUV, Rn. 289.

²¹⁰ Einen Grund dafür sieht *Schwarze* bei den Problemen der Übersetzung der in einer anderen Sprache ergangenen Urteile, *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S.63, Rn.106a.

²¹¹ EuGH, Slg. 1963, 107, 123.

²¹² EuGH, Slg. 1957, 189, 200; Slg. 1958, 231, 257; Slg. 1959, 287, 313.

²¹³ EuGH, Slg. 1961, 111, 169.

²¹⁴ EuGH, Slg. 1983, 1825, 1880 Rn.10; Slg. 1983, 3461, 3498 Rn.7; Slg. 1989, 3283, 3351 Rn.31.

²¹⁵ EuGH, Slg. 1962, 511, 553; Slg. 1969, 43, 51; Slg. 1971, 743, 751; Slg. 1978, 1991, 2004 Rn.34; Slg. 1985, 531, 549 Rn.13.

²¹⁶ EuGH, Slg. 1981, 1095, 1120 Rn.48; Slg. 1983, 2357, 2367 Rn.7.

²¹⁷ EuGH, Slg. 1985, 531, 549 Rn.15.

²¹⁸ *Ross*, Diss., S.31.

²¹⁹ Gerichtssprache ist traditionell Französisch, Verfahrenssprache kann jede der 23 Amtssprachen der Gemeinschaft sein, vgl. Art. 29 Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Abl. Nr. L 176 vom 04.07.1991, S. 7; und <http://www.curia.europa.eu/de/instit/services/dpi/faq1.htm#12> vom 28.03.2007.

²²⁰ *Servón*, in: *Bernitz/Nergelius*, S. 220f.

Unternehmen im Kartellverfahren gewährleisten.²²¹ Zuletzt sind auch die Gemeinschaftsgrundrechte Auslegungsmaßstab²²² für die Kompetenzen der Kommission nach der Kartellverfahrensordnung, wobei der EuGH häufig differenziert zwischen Abwehrrechten zugunsten privater und juristischer Personen.²²³

I. Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

In die Rechtssphäre des Bürgers oder sonstigen Trägers subjektiver Rechte darf nach dem Grundsatz der *Gesetzmäßigkeit der Verwaltung* nur auf Grund eines formellen Gesetzes oder einer hierauf beruhenden sonstigen Rechtsnorm eingegriffen werden. Im Gemeinschaftsrecht wird die herausragende Stellung dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes in Art. 263 Abs. 1 AEUV wie folgt manifestiert,

„Der Gerichtshof überwacht die Rechtmäßigkeit der gemeinsamen Handlungen des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Handlungen des Rates, der Kommission und der EZB, ..., und der Handlungen des Europäischen Parlaments mit Rechtswirkung gegenüber Dritten.“

Zudem hat der EuGH, wie oben bereits erwähnt, in der Entscheidung *SNUPAT*²²⁴ ausgeführt,

„dass der zweifellos wichtige Grundsatz der Wahrung der Rechtssicherheit nicht absolut, sondern nur in Verbindung mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Anwendung finden kann.“

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist daher nicht nur einfacher Bestandteil des Gemeinschaftsrechts, sondern darüber hinaus Ausdruck eines überragenden Rechtsprinzips, welches zur grundsätzlichen Legitimation der supranationalen Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft beiträgt. Neben der allgemeinen

²²¹ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3, Rn. 52.

²²² EuGH, Slg. 1989, 2589, 2923 Rn. 12, *Hoechst*.

²²³ Der EuGH hat in seiner Entscheidung *Orkem*, Slg. 1989, 3283, 3350, Rn. 28, ausdrücklich unterschieden zwischen Privatpersonen und juristischen Personen in Bezug auf ein Aussageverweigerungsrecht in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.

²²⁴ EuGH, Slg. 1961, 109, 172, *SNUPAT*.

Bedeutung dieses Grundsatzes findet er jedoch immer häufiger konkrete Anwendung im Bereich des Wettbewerbsrechts einschließlich des Kartellrechts.

In einem konkreten Bezug auf das europäische Kartellrecht entschied das Gericht erster Instanz in seiner *Langnese*²²⁵ Entscheidung, dass die Kommission eine Untersagungsverfügung gegen ein Unternehmen mangels bestehender Rechtsgrundlage nicht erlassen dürfe. Die Firma *Langnese* strebte in diesem Fall für gewisse Ausschliesslichkeitsverträge mit ihren Vertriebspartnern, die den Ausnahmetatbestand gem. Art. 85 Abs. 3 EGV a.F. des Kartellverbots erfüllten, eine Gruppenfreistellung auf Grundlage der VO 1984/83²²⁶ an. Die Kommission sah die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes für nicht erfüllt an und erließ eine entsprechende Entscheidung gem. Art. 3 VO 17/62, wonach der Firma *Langnese* die weitere Ausübung der Ausschliesslichkeitsverträge untersagt wurde und ihr darüber hinaus verboten wurde in den folgenden fünf Jahren neue Ausschliesslichkeitsverträge mit ihren Vertriebspartnern abzuschließen. Hiergegen klagte die betroffene Firma *Langnese* und beantragte die Aufhebung der Entscheidung der Kommission. Das zuständige Gericht erster Instanz differenzierte in seinem Urteil vor allem nach den zeitlichen Rechtswirkungen der Entscheidung der Kommission und stellte die Existenz einer Rechtsgrundlage in Frage. Hierzu führte das Gericht aus:

„Die Verordnung Nr. 1984/83, ein allgemein anwendbarer normativer Akt, ermöglicht es den Unternehmen nämlich, für bestimmte Ausschliesslichkeitsverträge, die grundsätzlich den in Artikel 85 Absatz 3 genannten Voraussetzungen entsprechen, in den Genuss einer Gruppenfreistellung zu gelangen. Entsprechend der Normenhierarchie ist die Kommission nicht berechtigt, durch eine Einzelfallentscheidung die Rechtswirkungen eines solchen normativen Aktes einzuschränken oder zu begrenzen, es sei denn, dieser enthielte dafür eine ausdrückliche Rechtsgrundlage. Artikel 14 der Verordnung 1984/83 verleiht der Kommission zwar die Befugnis, den Vorteil der Anwendung dieser Verordnung zu entziehen, wenn sie in einem Einzelfall feststellt, dass eine freigestellte Vereinbarung gleichwohl Wirkungen hat, die mit dem Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages vorgesehenen Voraussetzungen unvereinbar

²²⁵ EuG, Slg. 1995, II-1533, *Langnese*.

²²⁶ ABl. L 173 vom 30.06.1983, S.1. GruppenfreistellungsVO – vertikale Vereinbarungen – nunmehr geregelt in der VO (EG) 2790/1999, ABl. L 336/21 vom 22.12.1999.

sind; er enthält jedoch keine Rechtsgrundlage, die den Entzug des Vorteils der Gruppenfreistellung für zukünftige Vereinbarungen ermöglicht.²²⁷

Die von der Kommission erlassene Entscheidung, wonach zukünftige²²⁸ Vereinbarungen²²⁹ der Firma *Langnese* mit ihren Vertriebspartnern untersagt wurden, waren daher nicht von einer Rechtsgrundlage gedeckt und somit nichtig. Durch den zusätzlichen Hinweis auf die im Gemeinschaftsrecht geltende *Normenhierarchie* verleiht das Gericht konkludent dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Ausdruck. Die Kommission war demnach nicht ermächtigt der Firma *Langnese* für die Zukunft die Möglichkeit zu nehmen neue Vertriebsverträge mit ihren Handelspartnern abzuschließen.

Das Gericht stellte darüber hinaus klar, dass die Kommissionsentscheidung auch gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße und daher auch aus diesem Grunde nichtig sei. Sofern nämlich dem betroffenen Unternehmen eine Gruppenfreistellung verwehrt werde und gleichzeitig andere Unternehmen gem. Art. 14 VO 1984/83 die Zugehörigkeit zu einer Gruppenfreistellung beantragen könnten, verstieße dies gegen den *Grundsatz der Gleichbehandlung* im Gemeinschaftsrecht.²³⁰

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durchläuft demnach alle Normebenen des Gemeinschaftsrechts, indem er eine durch das Primärrecht legitimierte Verordnung insoweit auslegt, dass eine wiederum darauf beruhende Entscheidung der Kommission als Exekutivorgan nicht von der sekundärrechtlichen Verordnungsebene gedeckt und damit nichtig ist. Das Kartellverfahrensrecht als besonderes europäisches Verwaltungsrecht ist, wie gezeigt, in hohem Masse geprägt durch die

²²⁷ EuG, Slg. 1995, II-1533, 1606, Rn. 208, *Langnese*.

²²⁸ Die *bestehenden* Vertriebsverträge müssen streng genommen nicht untersagt werden, da sie gegen das Kartellverbot gem. Art. 81 Abs. 1 EGV verstoßen und daher gem. Art. 81 Abs. 2 EGV ex tunc nichtig sind. Die Entscheidung der Kommission bezüglich der *bestehenden* Vertriebsverträge beinhaltet daher nicht die Untersagung derselben, sondern primär die Feststellung der Unvereinbarkeit mit dem Kartellverbot.

²²⁹ In der Rechtsmittelinstanz vor dem EuGH war diesbezüglich noch zu differenzieren, ob die Kommission in ihrer Entscheidung der Firma *Langnese* den Abschluss von nur solchen Vereinbarungen verboten hatte, die dem Kartellverbot gem. Art. 81 EG unterlagen, oder ob zukünftige Vereinbarungen mit den Vertriebspartnern insgesamt verboten wurden. Der EuGH entschied sich für die weite Auslegungsvariante und bestätigte somit das Urteil des EuG. Darüber hinaus verwies der EuGH, in Bezug auf die sehr allgemein gehaltene Formulierung der Entscheidung der Kommission, auf den *Grundsatz der Rechtssicherheit*, wonach eine Handlung der Verwaltung, die Rechtswirkungen entfaltet, klar und bestimmt sein muss, damit der Betroffene seine Rechte und Pflichten unzweideutig erkennen und infolgedessen seine Vorkehrungen treffen kann, EuGH, Slg. 1998, I-5609, Rn. 80.

²³⁰ EuG, Slg. 1995, II-1533, 1607, Rn. 209, *Langnese*.

Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Durch die beiden folgenden Grundsätze erfährt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung weitere Ausprägungen.

1. Der Vorrang des Gesetzes

Der Grundsatz des *Vorrangs des Gesetzes* bezeichnet die Überlegenheit des formellen Gesetzes gegenüber allen abgeleiteten Rechtsquellen.²³¹ Alle dem Gesetz nachfolgenden Akte der Verwaltung müssen im Einklang mit der gesetzlichen Ermächtigung stehen. Die Normenhierarchie im Gemeinschaftsrecht ist aufgrund der Verschiebung der Gesetzgebungskompetenz vom Parlament auf den Rat als „Hauptgesetzgeber“²³² und der Kommission nicht unmittelbar mit dem nationalen Recht vergleichbar. Auf europäischer Ebene gilt zunächst die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärrecht²³³, also den Gründungsverträgen²³⁴ und den daraus abgeleiteten Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen.²³⁵ Die Gründungsverträge können daher auch als Verfassung der Europäischen Gemeinschaft bezeichnet werden, an denen sich alle Rechtsakte der Organe der Gemeinschaft messen lassen müssen.²³⁶

Nach Art. 1 Abs. 1 AEUV regelt der AEUV die Arbeitsweise der Union und legt die Bereiche, die Abgrenzung und die Einzelheiten der Ausübung ihrer Zuständigkeiten fest, d.h. jede Tätigkeit der Organe der Gemeinschaft muss mit den Verträgen vereinbar sein. Dieser Grundsatz gilt uneingeschränkt für den gesamten Bereich der Verwaltung²³⁷ und wurde vom EuGH auch für das Gemeinschaftsrecht anerkannt.²³⁸ Daher werden Entscheidungen und Verordnungen, die den Vertrag oder eine bei seiner Durchführung anzuwendende Rechtsnorm verletzen, vom EuGH für nichtig

²³¹ *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 200.

²³² *Streinz*, Europarecht, Rn. 438.

²³³ *Bieber/Epiney/Haag*, Rn. 365.

²³⁴ Hierzu zählen die derzeit gültigen Verträge der Europäischen Union (EUV), über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) sowie die Einheitliche Europäische Akte (EEA) einschließlich der dazugehörigen Protokolle und die ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts.

²³⁵ Empfehlungen und Stellungnahmen sind gem. Art. 249 Abs. 5 EGV zwar nicht verbindlich, können jedoch politisch bedeutsam sein.

²³⁶ Der noch nicht rechtsverbindliche Vertrag über eine Verfassung für Europa (EVV) bleibt hier unberücksichtigt gleichwohl ihm Primärrechtscharakter zukommen würde. Die im EVV enthaltene Grundrechtecharta wird zwar von der Kommission als verbindlich anerkannt, jedoch bleibt auch sie als Teil des EVV, mangels abschließender Ratifizierung, rechtlich unverbindlich.

²³⁷ *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 200.

²³⁸ EuGH, Slg. 1979, 1185, Rn.21, *Toyo*, wonach der Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz erwähnt wird. Richtigerweise findet in diesem Fall jedoch der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes Anwendung, da der Rat durch eine Einzelentscheidung gegen eine von ihm selbst erlassene Verordnung verstößt, die ihre Rechtsgrundlage wiederum in Art. 113 EGV a.F. findet.

erklärt.²³⁹ Eine solche Nichtigkeitserklärung eines Rechtsaktes durch den EuGH hat gem. Art. 264 AEUV *ex tunc* und *erga omnes* Wirkung. Die Tatsache, dass auf Gemeinschaftsebene die Kommission sowohl Legislativ- als auch Exekutivorgan sein kann, steht zu diesem Grundsatz nicht im Widerspruch, da die Kommission an ihre eigenen Rechtsnormen genauso gebunden ist wie an das geltende Primärrecht.

Für die informellen Absprachen bedeutet dies in der Konsequenz, dass ihr Inhalt nicht gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen darf. Die betroffenen Unternehmen, aber auch die Kommission müssen daher bei der inhaltlichen Gestaltung der informellen Absprache das Wettbewerbsrecht gem. Art. 101 und 102 AEUV beachten, insbesondere aber die Kartellverfahrensordnung VO 01/03. Hierbei kommen diese gesetzlichen Regelungen nicht unmittelbar zur Anwendung, da die informelle Absprache sich gerade außerhalb des Kartellverfahrens bewegt. Dennoch muss sich auch die informelle Absprache an den grundsätzlichen Wertentscheidungen des Wettbewerbsrechts messen lassen. Ein betroffenes Unternehmen kann sich daher im Rahmen einer informellen Absprache nicht dazu verpflichten ein wettbewerbsrelevantes Verhalten abzustellen oder zu praktizieren, welches wiederum gegen Art. 101 AEUV verstoßen würde. Der Kommission dagegen wird es regelmäßig verwehrt sein aufgrund einer informellen Absprache ein Kartellverfahren einzustellen, obwohl ein besonders eklatanter Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht anhand sogenannter „hard-core“ Kartelle vorliegt in denen üblicherweise Geldbußen in dreistelliger Millionenhöhe verhängt werden.

Dies kommt bereits in Erwägungsgrund Nr. 13 zur VO 01/03 zum Ausdruck, wonach einseitige Verpflichtungszusagen von Unternehmen dann ungeeignet sind, wenn die Kommission beabsichtigt eine Geldbuße zu verhängen. Zwar sind Verpflichtungszusagen gem. Art. 9 VO 01/03 nicht unmittelbar mit einer informellen Absprache zu vergleichen, jedoch verfolgen sie den gleichen Zweck, nämlich die Einstellung des Kartellverfahrens durch die Kommission, um zeitnah wieder rechtmäßige Zustände im europäischen Wettbewerb herzustellen. Die Kommission erlässt zwar im Rahmen des Art. 9 VO 01/03 eine Entscheidung, jedoch nicht mit dem Inhalt, dass die betroffenen Unternehmen verpflichtet werden bestimmte Verhaltensweisen abzustellen. Vielmehr verpflichten sich die Unternehmen selbst, wobei diese Verpflichtung mittels Entscheidung als bindend angenommen wird. Daraus ergibt sich, dass, nach Auffas-

²³⁹ Art. 230 Abs. 1, 249 EGV.

sung der Kommission, auch informelle Absprachen ungeeignet sind, wenn sie beabsichtigt eine Geldbuße zu verhängen.

Zuletzt ist diesbezüglich noch zu beachten, dass der Zweck einer informellen Absprache dahin geht im Wettbewerbsrecht wieder rechtmäßige Zustände herzustellen, weshalb sich jede Form der Absprache, die diesem Zweck zuwiderläuft, verbietet.

2. Der Vorbehalt des Gesetzes

Aufgrund des Vorbehaltes des Gesetzes dürfen die Organe der Europäischen Gemeinschaften zur Erfüllung der Ziele des Vertrages nur nach Maßgabe desselben tätig werden.²⁴⁰ Jede Maßnahme bedarf also einer ausdrücklichen Ermächtigung, dem sogenannten *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*.²⁴¹ Aus diesem Grund sieht der EuGH jede Maßnahme, die ohne objektiv gesetzliche Grundlage ergeht, als rechtswidrig an, ohne dabei zwischen begünstigenden und belastenden Maßnahmen zu unterscheiden.²⁴² Häufig legt der Vertrag dabei nicht nur die inhaltliche Tragweite der Organakte fest, sondern auch die zu verwendenden Handlungsformen. Daraus ergeben sich Einschränkungen der Handlungsfreiheit aus dem Erfordernis einer ausdrücklichen Ermächtigung, deren inhaltlichen Vorgaben und den darin vorgesehenen Handlungsformen.²⁴³

Die Bedeutung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes wurde vom EuGH grundlegend in seiner *Hoechst*²⁴⁴ Entscheidung behandelt. In diesem wettbewerbsrechtlichen Fall hatte die Kommission wegen des Verdachts unzulässiger Preisabsprachen bei PVC-²⁴⁵ und Polyethylenprodukten beschlossen, eine Nachprüfung u.a. bei der Hoechst AG vorzunehmen. Das Unternehmen verweigerte die Duldung der Nachprüfung mit dem Hinweis, dass es sich um eine rechtswidrige Durchsuchung handele. Die Nachprüfung konnte erst stattfinden, nachdem das deutsche Bundeskartellamt einen richterlichen Durchsuchungsbefehl zugunsten der Kommission erwirkt hatte. Die Hoechst AG hat daraufhin Klage gegen die Nachprüfungsentscheidung sowie gegen das zu deren Durchsetzung festgesetzte Zwangsgeld erhoben. In

²⁴⁰ Entgegen der in den Mitgliedstaaten anerkannten Bedeutung dieses Prinzips, wonach der Einzelne vor hoheitlicher Machtentfaltung geschützt werden soll, wird auf Gemeinschaftsebene primär die Regelungsbefugnis zwischen Mitgliedstaaten und Organen der EG abgegrenzt, Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Band 1, S. 238.

²⁴¹ Zum Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung gem. Art. 5 EGV und seinen Ausnahmen, vgl. dazu *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 380; *Streinz*, Europarecht, Rn. 436..

²⁴² *Lecheler*, Der EuGH und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, S. 57.

²⁴³ *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 239.

²⁴⁴ EuGH, Slg. 1989, 2859, Rn. 19, *Hoechst*.

²⁴⁵ Polyvinylchlorid (Kunststoff).

seiner Entscheidung hob der EuGH die prinzipielle Bedeutung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hervor. Der EuGH dazu wörtlich:

„Indessen bedürfen in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung jeder – natürlichen oder juristischen – Person einer Rechtsgrundlage und müssen aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein; diese Rechtsordnungen sehen daher, wenn auch in unterschiedlicher Ausgestaltung, einen Schutz gegen willkürliche oder unverhältnismäßige Eingriffe vor. Das Erfordernis eines solchen Schutzes ist folglich als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzuerkennen.“²⁴⁶

Diesen Anforderungen ist die Kommission im vorliegenden Fall nachgekommen, da sie den Weg über einen Durchsuchungsbefehl auf der Basis einer nationalen Ermächtigungsgrundlage gewählt hatte. Dieser in Art. 14 Abs. 6 VO 17/62 vorgesehene Verfahrensgang, der die nationalen Kartellbehörden zur Kooperation verpflichtet, soweit sich ein Unternehmen den Nachprüfungen der Kommission widersetzt, ist Ausfluss des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes, da eine Kooperation auch nur in den Grenzen der nationalen formellen Gesetze stattfinden kann. Sich selbst behält der EuGH die Befugnis vor, die von der Kommission vorgenommenen Nachprüfungen auf ihre Rechtmäßigkeit zu kontrollieren.²⁴⁷

Dieser Fall zeigt, dass der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes auf Gemeinschaftsrechtsebene, insbesondere im Wettbewerbsrecht, eine herausragende Stellung einnimmt. Die Eingriffsbefugnisse der Kommission aufgrund der Kartellverfahrensordnung sind unter diesem Gesichtspunkt regelmäßig Bestandteil gerichtlicher Auseinandersetzung mit den betroffenen Unternehmen. Um die betroffenen Unternehmen vor willkürlichen oder unverhältnismäßigen Eingriffen zu schützen, müssen folglich alle Maßnahmen der Kommission, unter Berücksichtigung des Vorbehalts des Gesetzes, ihrer gesetzlichen Grundlage entsprechen. Darüber hinaus sind die Rechtsakte der Kommission auch und vor allem am Primärrecht, einschließlich der allgemeinen Rechtsgrundsätze, zu messen. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes öffnet daher das Tor zur Anwendung aller weiteren allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts.

²⁴⁶ EuGH, Slg. 1989, 2589, Rn. 10, *Hoechst*.

²⁴⁷ *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. LVII.

Für die informelle Absprache kann dies bedeuten, dass sie gänzlich unzulässig ist, da keine gesetzliche Grundlage dafür im Gemeinschaftsrecht vorgesehen ist. Es könnte allenfalls anhand einer ständigen Übung durch die Kommission zu einer Art Gewohnheitsrecht gekommen sein, wobei die Inhalte und Abläufe die zu einer informellen Absprache führen noch wenig klar herausgearbeitet sind.

II. Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes ist im Gemeinschaftsrecht bereits frühzeitig²⁴⁸ vom EuGH entwickelt worden und ist dabei eng mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit verzahnt. Der EuGH stellte dazu fest, dass die Abänderung einer Verordnung nicht „gegen einen Grundsatz der Rechtssicherheit verstoße, wodurch das berechnete Vertrauen der Betroffenen zu schützen ist.“²⁴⁹

Zentraler Punkt des Vertrauensschutzes ist die durch ein Gemeinschaftsorgan geweckte *begründete Erwartung* bei einem Wirtschaftsteilnehmer.²⁵⁰ Der Wirtschaftsteilnehmer hofft aufgrund der begründeten Erwartung darauf, dass sich diese auch realisieren wird. Der Gerichtshof legt zur Konkretisierung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes drei Tatbestandsmerkmale fest, die erfüllt werden müssen, damit sich der Anspruchsteller auf diesen Grundsatz berechtigterweise berufen kann. Ausgangspunkt ist das Vorliegen eines objektiven Vertrauenstatbestandes.²⁵¹ Dieser muss durch ein Gemeinschaftsorgan²⁵² mittels eines vertrauensbegründeten Verhaltens gesetzt worden sein. Hierfür kommen in erster Linie formelle Rechtsakte²⁵³, aber auch eine ständige Verwaltungspraxis sowie Zusicherungen²⁵⁴ oder andere informelle Erklärungen in Betracht. In subjektiver Hinsicht ist die Schutzwürdigkeit²⁵⁵ dieses Vertrauens notwendig, wobei das objektiv gesetzte Vertrauen auch nach außen hin erkennbar in Erscheinung getreten sein muss. Konkret dazu der EuGH:

²⁴⁸ EuGH, Slg. 1965, 893, 911, *Lemmerz-Werke*.

²⁴⁹ EuGH, Slg. 1973, 723, 731, *Westzucker*.

²⁵⁰ EuG, Slg. 2002, II-3731, Rn. 111, *Sgaravatti Mediterranea*, Der Vertrauensgrundsatz ist in seinem Adressatenkreis nicht auf Wirtschaftsteilnehmer beschränkt, sondern erfasst auch alle natürlichen Personen. Verpflichtete können neben der Verwaltung auch alle Legislativ- und Judikativorgane sein.

²⁵¹ EuGH, Slg. 1957, 83, 118, *Algera*; Slg. 1961, 239, 259, *Simon*; Slg. 1976, 1097, 1108, *Elz*; Slg. 1987, 4617, 4659, *RSV*.

²⁵² EuGH, Slg. 1992, I-35, 63, *Kühn*.

²⁵³ Hierunter fallen insbesondere Entscheidungen gem. Art. 239 Abs. 4 EGV aber auch Verordnungen gem. Art. 249 Abs. 2 EGV, siehe dazu EuGH, Slg. 1975, 533, 547ff., *CNTA*; Slg. 1957, 83, 118, *Algera*; Slg. 1961, 239, 259, *Simon*; Slg. 1976, 1097, 1108, *Elz*; Slg. 1987, 4617, 4659, *RSV*.

²⁵⁴ GA *Trabucchi*, Slg. 1975, 140f., *Compagnie Continentale*.

²⁵⁵ EuG, Slg. 1996, II-247, Rn.76, *Industrias Pesqueras Campos*.

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann der Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht von einem Unternehmen geltend gemacht werden, das sich einer offensichtlichen Verletzung der geltenden Bestimmungen schuldig gemacht hat.“²⁵⁶

Hierbei lässt der EuGH offen, was er genau unter einer *offensichtlichen Verletzung* versteht.²⁵⁷ Unklar ist auch was als *geltende Bestimmung* zu qualifizieren ist. Um diese Begriffe zu präzisieren muss man sich zunächst den der Entscheidung des EuGH zugrunde liegenden Sachverhalt vor Augen führen. In diesem Fall hat ein Produzent von Betonstahl eine ihm von der Kommission zuvor durch rechtskräftige Entscheidung zugewiesene Erzeugungs- und Lieferquote überschritten.²⁵⁸ Wegen der Überschreitung der Erzeugungs- und Lieferquote setzte die Kommission durch Entscheidung ein Bußgeld fest gegen die sich die Klage richtet. Die Klägerin wirft der Kommission unter anderem vor, sie nicht rechtzeitig auf die Überschreitung ihrer Lieferquote aufmerksam gemacht zu haben. Der lange Zeitraum zwischen der Feststellung der Überschreitung und dem Erlass der Bußgeldentscheidung habe bei ihr die Hoffnung auf eine ihr günstige Lösung geweckt. Unter diesen Umständen verstoße die Verhängung einer Geldbuße gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes.²⁵⁹ Eine *offensichtliche Verletzung* wird nach Ansicht des EuGH also zumindest dann anzunehmen sein, wenn ein Unternehmen gegen eine rechtskräftig gewordene Entscheidung der Kommission verstößt und sich dessen schuldig gemacht hat. Andererseits wird nicht gefordert, dass der Verstoß selbst rechtskräftig festgestellt wurde; es genügt, wenn die Entscheidung gegen die verstoßen wird rechtskräftig ist.²⁶⁰ Neben diesem objektiven Kriterium verlangt der EuGH ein korrespondierendes subjektives Element in Form des *sich schuldig machens*. Der EuGH lässt aber offen wel-

²⁵⁶ EuGH, Slg. 1985, 3983, Rn. 21, *Sideradria*.

²⁵⁷ Durch die Einführung des Prinzips der Legalausnahme im europäischen Kartellrecht kann dies jedoch für betroffene Unternehmen sehr bedeutsam werden, da sie nun selbst überprüfen müssen, ob im Rahmen des Art. 81 Abs. 3 EGV die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Kartellverbot vorliegen (*Selbstveranlagung*). Insoweit ein Unternehmen hierbei zu einer falschen rechtlichen Beurteilung kommt, und damit gegen das Kartellverbot verstößt, liegt unmittelbar ein Rechtsbruch vor, der dann die Schutzwürdigkeit eines etwaigen Vertrauenstatbestandes entfallen ließe. Es wäre daher wünschenswert, wenn der EuGH definieren würde, was er unter einer *offensichtlichen Verletzung der geltenden Bestimmungen* versteht.

²⁵⁸ EuGH, Slg. 1985, 3989, 3990, *Sideradria*.

²⁵⁹ EuGH, Slg. 1985, 3989, 3993, Rn. 19, *Sideradria*.

²⁶⁰ Aus dem Urteil geht nicht hervor, ob die Bussgeldentscheidung rechtskräftig geworden ist. Die Überschreitung einer Lieferquote ist jedoch kaum zu bestreiten, wenn sie auf tatsächlichen Angaben des Klägers beruht. Insoweit die Entscheidung über die Lieferquote rechtskräftig ist, so wird auch deren Überschreitung kaum zu bestreiten sein. Dies gilt jedenfalls für den objektiven Tatbestand der Überschreitung. Andere Rechtsfehler einer Entscheidung der Kommission bleiben dabei unberücksichtigt.

che Entschuldigungsgründe hierzu herangezogen werden können. Andererseits lässt der vom EuGH zu beurteilende Sachverhalt eine Überlegung zu eventuellen Entschuldigungsgründen gar nicht zu. Bei der Überschreitung der Lieferquote handelt es sich nämlich um eine Tatsache, die nicht vom Verschulden der Parteien abhängt. Eine unverschuldete Überschreitung könnte nur in Unkenntnis der Lieferquote angenommen werden, was vorliegend jedoch nicht der Fall war, da die Lieferquote dem Unternehmen nachweislich mitgeteilt wurde.²⁶¹ Es muss daher unterstellt werden, dass der EuGH die Schuldhaftigkeit einer *offensichtlichen Verletzung* anhand deren objektiver Rechtswidrigkeit indiziert. Das *sich schuldig machen*, kann daher nicht als selbständiges Tatbestandsmerkmal gewertet werden.

Des weiteren impliziert die Entscheidung des EuGH, dass rechtskräftige Entscheidungen der Kommission als solche *Bestimmungen* angesehen werden können. Es erscheint daher konsequent, neben rechtskräftigen Entscheidungen der Kommission, auch andere Rechtsakte, wie Verordnungen, als Bestimmungen zu qualifizieren gegen die eine offensichtliche Verletzung durch ein Unternehmen möglich ist und dadurch die Anwendung des Grundsatzes auf Vertrauensschutz ausgeschlossen wird. Verordnungen können zwar nicht in Rechtskraft erwachsen, jedoch gelten sie wie die Entscheidung unmittelbar gegenüber ihrem Adressaten, wobei der einzige Unterschied der Umfang des Adressatenkreises ist.²⁶² Insoweit eine Verordnung nicht vom EuGH für nichtig erklärt wurde, gilt sie als rechtmäßig und steht somit der Rechtmäßigkeit einer rechtskräftigen Entscheidung gleich. Ein Verstoß gegen eine Verordnung muss daher ebenfalls als eine *offensichtliche Verletzung einer geltenden Bestimmung* angesehen werden, mit der Folge, dass sich der Verletzer diesbezüglich nicht mehr auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen kann.

Weiterhin darf, nach Auffassung des EuGH, die Enttäuschung des so gesetzten Vertrauens für den Betroffenen nicht vorhersehbar gewesen sein.²⁶³ Diese Voraussetzung ist insoweit verwirrend, da ein Vertrauenstatbestand gar nicht erst entstehen kann, wenn das Rechtssubjekt deren Enttäuschung bereits vorhergesehen hat. Wie bereits dargestellt, ist der Kernpunkt des Vertrauenstatbestandes eine *begründete*

²⁶¹ EuGH, Slg. 1985, 3989, 3991, Rn. 10, *Sideradria*.

²⁶² Bei der Entscheidung ist der Adressat derjenige, der in der Entscheidung als solcher benannt ist und unmittelbar und individuell betroffen ist. Maßgeblich ist daher die individuelle Geltung. Die Verordnung hingegen beansprucht allgemeine Geltung, das heißt ihre Adressatenkreis ist nicht von vornherein festgelegt, sondern richtet sich an einen unbestimmten Personenkreis. Vgl. dazu Geiger, EUV/EGV, 4. Auflage, Art. 249, Rn. 4.

²⁶³ EuGH, Slg. 1975, 1615, 1636, *Coopératives Agricoles de Céréales*; Slg. 1980, 69, 86, *Racke*; Slg. 1980, 101, 111, *Decker*; Slg. 1987, 1155, Rn.44, *Van den Bergh*; Slg. 1990, I-395, 427, *Delacre*; Slg. 1997, I-1809, Rn. 21, *Irish Farmers Association*.

Erwartung des Rechtssubjekts gegenüber einem Gemeinschaftsorgan. Wenn aber ein Rechtssubjekt die Enttäuschung eines möglichen Vertrauens vorhersehen kann, dann kann eine begründete Erwartung aufgrund der bereits eingetretenen Enttäuschung gar nicht entstehen. Das Merkmal der Vorhersehbarkeit ist daher zur Konkretisierung eines Vertrauenstatbestandes nicht geeignet und daher abzulehnen.

Gleiches gilt für eine vorsätzliche Zerstörung eines berechtigten Vertrauens. Ein Marktteilnehmer könne sich, so der EuGH, nicht auf ein berechtigtes Vertrauen berufen, wenn er dieses vorsätzlich zerstört hat.²⁶⁴ Auch hier kann ein Vertrauenstatbestand gar nicht zur Entstehung gelangen, weshalb die Voraussetzung der *vorsätzlichen Zerstörung* richtigerweise nicht geeignet ist den Grundsatz des Vertrauensschutzes negativ abzugrenzen.

Zuletzt verlangt der Gerichtshof noch einen kausalen Zusammenhang zwischen objektivem und subjektivem Vertrauenstatbestand, sowie eine abschließende Interessenabwägung.²⁶⁵ Hierbei stehen sich als Abwägungsparameter das Vertrauensschutzinteresse des Betroffenen einerseits und das Gemeinwohlinteresse der Gemeinschaft andererseits gegenüber.²⁶⁶

Anhand der geforderten Interessenabwägung ist es dem EuGH möglich, unabhängig von der Erfüllung aller Tatbestandsvoraussetzungen, ein für ihn beliebiges Ergebnis zu finden, was wiederum zu Lasten der an sich wünschenswerten Rechtssicherheit im Gemeinschaftsrecht geht. Der EuGH hat daher im weiteren Verlaufe seiner Rechtsprechung die oben dargestellten Tatbestandsvoraussetzungen nicht weiter konkretisiert, sondern einzelne Fallgruppen gebildet in denen der Grundsatz des Vertrauensschutzes typischerweise auftritt. Hierbei werden im wesentlichen vier Fallgruppen gebildet, nämlich die Rücknahme und der Widerruf von Entscheidungen der Kommission, die Rückerstattung zu Unrecht gewährter Beihilfen, dem Vertrauen auf Zusagen und Auskünfte der Gemeinschaftsorgane und bei der rechtlichen Beurteilung rückwirkender Rechtsnormen.

Im Kartellrecht ist vor allem die dritte Fallgruppe interessant, da die Kommission im Rahmen des direkten Verwaltungsvollzugs gem. Art. 4 VO 01/03 für die Durchführung des Kartellverfahrens zuständig ist. Im Mittelpunkt stehen hierbei die *Bera-*

²⁶⁴ EuG, Slg. 2002, II-3731, Rn. 112, *Sgaravatti Mediterranea*, Hier hatte der Betroffene durch falsche Angaben die Kommission getäuscht und so eine höhere Beihilfe erhalten. Hier konnte ein objektiver Vertrauenstatbestand gar nicht erst entstehen.

²⁶⁵ EuGH, Slg. 1997, I-1999, Rn.39; Slg. 1978, 585, Rn.38; Slg. 1987, 1005, Rn.12ff.

²⁶⁶ *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. LXXVII.

*tungsschreiben*²⁶⁷ der Kommission, die, obwohl sie grundsätzlich informellen Charakter haben, zu einer Selbstbindung²⁶⁸ führen können. In den *Beratungsschreiben* nimmt die Kommission Stellung zu neu aufgeworfenen Fragen zur Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV und gibt ihre rechtliche Beurteilung hierzu ab. Anhand dieser Beurteilung können die Unternehmen die Kartellrechtskonformität ihrer wettbewerbsrelevanten Maßnahmen besser einschätzen um weiterhin einen freien Wettbewerb in der Gemeinschaft zu gewährleisten.

Aufgrund der Rechtsnatur des Beratungsschreibens als Stellungnahme gem. Art. 288 Abs. 5 AEUV ist diese weder für Behörden noch für Marktteilnehmer verbindlich. Dennoch unterwirft sich die Kommission einer gewissen Selbstbindung dergestalt, dass sie eine abweichende Entscheidung nur unter einer sorgfältigen Begründung erlassen darf. Ein Beratungsschreiben kann daher zunächst ein begründetes Vertrauen auf Seiten der Unternehmen auslösen und somit die Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes ermöglichen. Ein begründetes Vertrauen wird jedoch in den folgenden Fällen wieder zu verneinen sein, nämlich wenn sich der Beurteilung der Kommission zugrunde liegende Sachverhalt ändert, im Rahmen einer Beschwerde neue Gesichtspunkte vorgebracht werden, die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte sich ändert oder allgemeine Änderungen in der Wettbewerbspolitik der Kommission auftreten.²⁶⁹ Die Kommission hat daher dem Anwendungsbereich des Vertrauensgrundsatzes im Rahmen ihrer Beratungsschreiben deutliche Grenzen gesetzt, um deren präjudizielle Wirkung einzuschränken. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Gemeinschaftsgerichte den Umfang der Selbstbindung der Beratungsschreiben auslegen.

Gleiches gilt für die informelle Absprache, denn sie kann bei den betroffenen Unternehmen die begründete Erwartung hervorrufen, dass die Kommission sich an die Absprache hält und ein bereits eröffnetes Kartellverfahren einstellt.

²⁶⁷ Bekanntmachung der Kommission über die informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Art. 81 und 82 EG-Vertrag, die in Einzelfällen auftreten, Abl. 2004 Nr. C 101, 78, ausführlich dazu *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 2 Rn. 38ff.

²⁶⁸ Ebenso wie die nach alter Rechtslage gem. der VO 17/62 verfassten Verwaltungsschreiben (comfort letter) der Kommission, in denen den Unternehmen die Unbedenklichkeit einer Maßnahme mit den Art. 81 und 81 EGV bescheinigt wurde. Dazu: *de Bronett*, in: Schröter/Jakob/Mederer, Vorbemerkung, Rn. 20.

²⁶⁹ Bekanntmachung der Kommission über die informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Art. 81 und 82 EG-Vertrag, die in Einzelfällen auftreten, Abl. 2004 Nr. C 101, 78, Rn. 24.

III. Grundsatz von Treu und Glauben

Der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben wird häufig gleichgesetzt mit dem Willkürverbot oder dem Redlichkeitsgedanken. Darüber hinaus wird er im Gemeinschaftsrecht häufig in Verbindung mit dem Vertrauensgrundsatz²⁷⁰ und dem Rechtsstaatsprinzip behandelt.²⁷¹ Im deutschen Recht sind die Verwirkung, die Durchgriffshaftung und der Wegfall der Geschäftsgrundlage Ausdrucksformen dieses Grundsatzes.²⁷² Der Grundsatz von Treu und Glauben ist den anderen Rechtsgrundsätzen jedoch nicht untergeordnet und hat einen entsprechenden originären Anwendungsbereich, weshalb eine isolierte Betrachtung zweckmäßig ist. Der EuGH legt den sachlichen Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben wie folgt fest:

„Alle Maßnahmen öffentlicher Behörden, ob sie sich auf rein administrativem Gebiet bewegen oder im Rahmen der Ausführung eines Vertrages getroffen werden, stehen unter dem Grundsatz von Treu und Glauben.“²⁷³

In dem vorliegenden Fall hatte der EuGH über die Kündigung eines mündlich abgeschlossenen Arbeitsvertrages zu entscheiden, der zwar schriftlich, aber ohne jede Begründung, gekündigt wurde. Der Grundsatz von Treu und Glauben erfordere daher, dass der Arbeitgeber (hier die Kommission) die ausgesprochene Kündigung mit *dienstlichen Interessen* rechtfertige, damit *jede Willkür* ausgeschlossen werden kann.²⁷⁴ Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben wurde daher vom EuGH die Begründungspflicht von Verwaltungsakten der Gemeinschaftsorgane abgeleitet, um willkürliche Entscheidungen zu vermeiden.

Darüber hinaus muss dieser Grundsatz jedoch weiter konkretisiert werden, damit er überhaupt justiziabel ist. Zum einen ist hier der Grundsatz des „*venire contra factum proprium*“ zu nennen, wonach ein widersprüchliches Verhalten, sowohl von Gemeinschaftsorganen, als auch von Marktteilnehmern, unzulässig ist. Dies hat der EuGH in seinen Urteilen immer wieder betont, wie z.B. im Fall *Hoogovens* wo das Unterneh-

²⁷⁰ So schon *Lecheler*, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, S. 104.

²⁷¹ *Pernice/Mayer* in: Grabitz/Hilf, nach Art. 6 EUV, Rn. 299.

²⁷² Für das Zivilrecht siehe *Palandt*, BGB-Kommentar, § 242, Rn.1ff.

²⁷³ EuGH, Slg. 1960 , 965, 989, *Eva von Lachmüller u.a./Kommission*.

²⁷⁴ EuGH, Slg. 1960 , 965, 989, *Eva von Lachmüller u.a./Kommission*.

men die Vorteile einer begünstigenden Entscheidung jahrelang hingenommen hatte, sich anschließend aber darauf beruft, die Hohe Behörde habe bei Erlass dieser Entscheidung rechtswidrig schuldhaft gehandelt.²⁷⁵ Das Vertrauen auf eine rechtswidrige Entscheidung der Kommission wird daher nicht geschützt, wenn das betroffene Unternehmen Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Entscheidung und gleichwohl dies hingenommen hatte. Dieses Beispiel zeigt, dass die Grundsätze auf Treu und Glauben sowie auf Vertrauensschutz nicht immer klar zu trennen sind, sondern oftmals auch ineinandergreifen, denn der EuGH hätte auch den Standpunkt vertreten können, dass aufgrund der Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Entscheidung bei dem Unternehmen kein *begründetes Vertrauen*²⁷⁶ entstehen konnte.

In einer weiteren Entscheidung stellte der EuGH klar, dass eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben neben dem Vertrauensgrundsatz gegeben sei in Bezug auf das in der Gemeinschaft eingeführte Milchquotensystem.²⁷⁷ Hier wurden einigen Milcherzeugern Milchquoten verweigert, da sie sich für einen gewissen Zeitraum freiwillig verpflichtet hatten ihre Produktion gegen Entschädigung einzustellen, um die Milchproduktion in der Gemeinschaft zu drosseln.²⁷⁸ Da sie nun im Referenzzeitraum keine Milch erzeugten, wurden ihnen auch für die Zukunft Milchquoten verweigert, was zur Folge hatte, dass sie dauerhaft von der Milchproduktion ausgeschlossen waren. Die Milcherzeuger hatten darauf vertrauen dürfen, dass sie nach Ablauf ihrer Selbstverpflichtung wieder Milchquoten zugeteilt bekommen würden, weshalb der EuGH einen Anspruch auf Gleichstellung und damit die Zuteilung einer Milchquote bejahte. Der Ausschluss dieser Milcherzeuger durch die Versagung einer Milchquote verstieß daher gegen den Grundsatz des *venire contra factum proprium* als Ausfluss des Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben.²⁷⁹

Zum anderen beinhaltet der Grundsatz des Treu und Glauben auch den Grundsatz der Verwirkung, wonach ein Recht trotz Kenntnis der Rechtswidrigkeit nach Zeitablauf nicht mehr ausgeübt werden darf.²⁸⁰ In dem Fall *Lemmerz-Werke* entschied der EuGH, dass ein betroffenes Unternehmen nicht auf den Fortbestand einer Freistel-

²⁷⁵ EuGH, Slg. 1962, 515, 551, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V.*

²⁷⁶ Zu den Voraussetzungen des Vertrauensgrundsatzes siehe oben, S. 61, D. II.

²⁷⁷ EuGH, Slg. 1988, 2321, 2352, *Mulder I.*

²⁷⁸ Verordnung (EG) Nr. 1078/77 vom 17. Mai 1977 zur Einführung einer Prämienregelung für die Nichtvermarktung von Milch und Milcherzeugnissen und die Umstellung der Milchkuhbestände. Hiernach konnten Milcherzeuger bei der Kommission eine Entschädigungsprämie beantragen, wenn sie ihre Milchproduktion für einen gewissen Zeitraum einstellten, oder ihre Milchkuhe zur Fleischerzeugung nutzten. Der Zweck dieser Verordnung war, die in der Gemeinschaft produzierten Überschüsse abzubauen, um die vorhandene Überproduktion dem Bedarf in der Gemeinschaft wieder anzugleichen.

²⁷⁹ EuGH, Slg. 1988, 2321, 2352, *Mulder.*

²⁸⁰ EuGH, Slg. 1965, 893, 913, *Lemmerz-Werke.*

lungentscheidung vertrauen dürfe, wenn es deren Rechtswidrigkeit kenne. Demnach verstoße es gegen den Grundsatz der Verwirkung sich auf die Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Hohen Behörde zu berufen. Die Verwirkung war in dem konkreten Fall aber vom EuGH abgelehnt worden, da die Hohe Behörde trotz des langen Zeitraumes zwischen Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Freistellungsentscheidung und Rücknahme derselben, darauf vertrauen konnte, dass ihre Weisungen ordnungsgemäß und unverzüglich übermittelt würden.²⁸¹ Der Grundsatz der Verwirkung kann daher vom Standpunkt beider sich gegenüberstehenden Parteien angewandt werden. Auf der einen Seite kann ein betroffenes Unternehmen das Recht verwirkt haben sich auf die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung zu berufen. Andererseits kann eine Behörde aufgrund der Verwirkung eine von ihr erlassene Entscheidung dann nicht mehr widerrufen, wenn sie trotz Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Entscheidung jahrelang untätig geblieben ist.

Bedeutsam wird dieser Grundsatz auch im Rahmen der Beurteilung der Zulässigkeit informeller Absprachen im EU-Kartellrecht. Insoweit sich die Kommission im Rahmen einer informellen Absprache bereit erklärt ein Kartellverfahren gegen ein Unternehmen einzustellen, oder gar nicht erst einzuleiten, so würde sie sich dem Vorwurf eines widersprüchlichen Verhaltens aussetzen, wenn sie dennoch ein Kartellverfahren weiterverfolgt. Parallel dazu könnte eine solche informelle Absprache auf Seiten des betroffenen Unternehmens ein begründetes Vertrauen hervorrufen, wonach es auf die Einstellung eines Kartellverfahrens vertrauen darf. Der Grundsatz von Treu und Glauben hat demnach aktuelle Bezüge zum geltenden Kartellrecht, auch wenn er in der Judikatur des EuGH bisher nur selten angewandt wurde.²⁸² Seine Geltung im Gemeinschaftsrecht steht jedoch außer Zweifel.

IV. Grundsatz auf Durchführung eines fairen Verfahrens

Der EuGH hat als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt, dass jedermann *Anspruch auf ein faires Verfahren* hat.²⁸³ Er hat ferner entschieden, dass dieser Grundsatz auf den Grundrechten fußt, die integraler Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts sind, deren Beachtung der

²⁸¹ EuGH, Slg. 1965, 893, 913, *Lemmerz-Werke*.

²⁸² Die Entscheidungen des EuGH bezogen sich zur Zeit der Gründung der Gemeinschaft in erster Linie auf das Arbeitsrecht. Neuerdings entfaltet der Grundsatz auf Treu und Glauben auch das Wirtschaftsrecht einschließlich des Wettbewerbsrechts.

²⁸³ EuGH, Slg. 2007, 000, Rn. 40, *Salzgitter Mannesmann*.

Gerichtshof sichert, wobei er sich an die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und an die Hinweise anlehnt, die insbesondere die EMRK liefert.²⁸⁴ Der Grundsatz des fairen Verfahrens ist in Art. 6 EMRK sogar ausdrücklich geregelt:

„Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat.“

Dadurch wird deutlich, dass dieser Grundsatz sich insbesondere auf den Schutz des Angeklagten innerhalb eines Strafverfahrens bezieht, der aufgrund der Möglichkeit eines persönlichen Freiheitsentzugs schutzwürdiger erscheint als ein Verfahrensbeeteiligter innerhalb eines zivil- oder öffentlich-rechtlichen Verfahrens. Aus diesem Grund wurde die Anwendung des Grundsatzes auf ein faires Verfahren vom EuGH in der Sache *Salzgitter Mannesmann*²⁸⁵ auch abgelehnt, da dieser sich primär auf den Zeugenbeweis im Strafverfahren beziehe und eben nicht auf das insbesondere durch den Urkundenbeweis geprägte Kartellverfahren. Der EuGH wörtlich:

*„In Wettbewerbssachen der Gemeinschaft spielt der Zeugenbeweis aber nur eine untergeordnete Rolle, während Urkunden eine zentrale Rolle zukommt. ... Unter diesen speziellen Bedingungen der Untersuchung wettbewerbswidriger Praktiken durch die Kommission kann der Grundsatz, dass jedermann Anspruch auf ein faires Verfahren hat, nicht dahin ausgelegt werden, dass Schriftstücke, die belastende Beweise enthalten, automatisch als Beweismittel auszuschließen sind, wenn bestimmte Informationen vertraulich bleiben müssen.“*²⁸⁶

²⁸⁴ EuGH, Slg. 2006, I-3813, Rn.65, *Eurofood*, Eine unmittelbare Anwendung der EMRK scheidet aus, da diese nicht Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung ist. Dennoch sind die „leitenden Grundsätze“ der EMRK im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, EuGH, Slg. 1986, 4722, Rn. 30, *Johnston*.

²⁸⁵ EuGH, Slg. 2007, 000, Rn. 42, *Salzgitter Mannesmann*.

²⁸⁶ EuGH, Slg. 2007, 000, Rn.42, *Salzgitter Mannesmann*.

Der Kläger wurde daher mit seinem Argument, das Beweismittel könne von geringer Glaubhaftigkeit sein und dürfe daher nicht als Grundlage des Urteils herangezogen werden, nicht gehört. Dennoch ist der Grundsatz auf ein faires Verfahren auch im Kartellverfahren anwendbar und zwar unabhängig vom Rechtsweg und Art des Beweismittels. Dafür spricht insbesondere die Tatsache, dass die vor einem Gericht zugelassenen Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind.²⁸⁷ Eine vorgeschaltete Differenzierung nach der Beweiskraft einzelner Beweismittel ist unzulässig. Erst in der Würdigung durch das Gericht kann einem einzelnen Beweismittel eine höhere Beweiskraft zugebilligt werden als einem anderen. Auch wenn der EuGH sich bei der Entwicklung des Grundsatzes auf die EMRK und damit mittelbar auf Art. 6 EMRK bezieht, scheidet eine Beschränkung des Grundsatzes auf das Strafverfahren aus.²⁸⁸ Der EuGH hält nämlich fest:

„Was das Verfahrensrecht anbelangt, ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof ausdrücklich den allgemeinen gemeinschaftlichen Rechtsgrundsatz anerkannt hat, dass jedermann ein Anspruch auf ein faires Verfahren hat.“²⁸⁹

Eine Beschränkung auf einzelne Verfahrensarten ist nicht erwähnt, weshalb der Grundsatz für alle Verfahren innerhalb der Gemeinschaft anwendbar ist, also auch auf das Kartellverfahren, welches seiner Natur nach ein Verwaltungsverfahren ist.²⁹⁰ Zudem können sich nicht nur natürliche Personen, sondern auch Unternehmen und Unternehmensvereinigungen auf diesen Rechtsgrundsatz berufen.²⁹¹ Auch wenn man Art. 6 EMRK zur Inhaltsbestimmung heranzieht stellt sich die Frage, was kon-

²⁸⁷ Nach Art. 45 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Abl. Nr. L 176 vom 04.07.1991, S.7, sind fünf Beweismittel zulässig, nämlich Parteivernahme, Auskunfts- und Urkundenbeweis, Zeugen, Sachverständige und Augenschein. Von einem Anwendungsvorrang oder einer systematischen Gliederung nach Beweiskraftmerkmalen ist keine Rede. Die Beweismittel sind daher gleichwertig.

²⁸⁸ *Benjamin*, ECLR 2006, S. 693 (696), der Art. 6 EMRK auf das Kartellverfahren für anwendbar hält, mit der Begründung, Kartellverträge und wettbewerbswidrige Absprachen seien dem Zivilrecht zuzuordnen. Dies ist zwar richtig, jedoch handelt es sich bei dem Kartellverfahren um ein Verwaltungsverfahren, unabhängig von der Rechtsnatur der Absprachen zwischen den Unternehmen, *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 19, Rn.3, *Dieckmann*, in: Wiedemann, Kartellrecht, § 41, Rn.5.

²⁸⁹ EuGH, Slg. 1998, I-8417, Rn.20f., *Baustahlgewebe*; Slg. 1997, I-2629, Rn. 14, *Kremzow*; Slg. 2000, I-1, Rn. 17, *Niederlande/Van der Wal*.

²⁹⁰ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 19, Rn. 3.

²⁹¹ EuGH, Slg. 1998, I-8417, Rn. 21, *Baustahlgewebe*.

kret unter einem fairen Verfahren zu verstehen ist.²⁹² Inhaltlich ist der allgemeine Rechtsgrundsatz auf ein faires Verfahren zwar wenig konkret gefasst worden, jedoch lässt er sich in drei Bestandteile aufteilen. Dazu gehören der Grundsatz auf rechtliches Gehör, die Unschuldsvermutung und der Anspruch auf Durchführung eines Verfahrens in einer angemessenen Frist, die im folgenden vorgestellt werden.

Zuvor stellt sich jedoch die Frage welche Bedeutung der Grundsatz auf Durchführung eines fairen Verfahrens bei der informellen Absprache hat. Hier ist der Grundsatz nämlich aus zwei verschiedenen Perspektiven zu betrachten.

Zum einen hat das betroffene Unternehmen, welches unmittelbar mit der Kommission die informelle Absprache trifft einen Anspruch darauf, dass es beim Zustandekommen der Absprache ebenfalls fair zugeht. Auch wenn kein förmliches Verfahren existiert, welches zu einer informellen Absprache führt, so muss zumindest gewährleistet sein, dass insbesondere die Kommission die Grundsätze eines fairen Verfahrens im Hinblick auf eine informelle Absprache respektiert.

Zum anderen steht der mögliche Anspruch eines an der informellen Absprache unbeteiligten Unternehmens auf Durchführung eines Verfahrens im Raum. Ein konkurrierendes Unternehmen könnte ein Interesse daran haben, dass es nicht zu einer informellen Absprache kommt, sondern vielmehr ein förmliches Kartellverfahren gegen das betroffene Konkurrenzunternehmen durchgeführt wird. Durch ein förmliches Kartellverfahren entstehen einem betroffenen Unternehmen nämlich erhebliche rechtliche und tatsächliche Nachteile, unabhängig von einer zu erwartenden empfindlichen Geldbuße. In erster Linie ist der finanzielle Aufwand durch anwaltliche Beratung in einem Kartellverfahren enorm. Daneben können auch die Ermittlungsbefugnisse der Kommission, vor allem die Durchsuchung der Geschäftsräume, für erheblichen Unfrieden innerhalb des Unternehmens führen. Zuletzt leidet der öffentliche Ruf eines Unternehmens erheblich an der negativen Berichterstattung.²⁹³ Diese Nebenwirkungen versuchen daher betroffene Unternehmen durch eine informelle Absprache zu vermeiden, zumindest aber einzuschränken.

Hier stellt sich die Frage, ob der Grundsatz auf Durchführung eines fairen Verfahrens, neben der fairen Durchführung des Verfahrens auch die Durchführung als solches beinhaltet. Aus dem genannten Grundsatz müsste daher ein Anspruch eines

²⁹² Hierzu *Judge Roy Bean*: „You’ll get a fair trial followed by a first class hanging.“

²⁹³ Vgl. Geldbuße gegen Siemens i.H.v. 397 Mio. EUR, Pressemitteilung der Kommission vom 24.01.2007, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/80&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> vom 28.03.2007; Spiegel Online Artikel, „Razzia bei Siemens“ vom 13.02.2007, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,466240,00.html> vom 28.03.2007.

Dritten auf Durchführung eines Kartellverfahrens gegen ein Unternehmen, welches im Verdacht steht wettbewerbswidrig gehandelt zu haben, abzuleiten sein. Dem steht jedoch der weite Ermessensspielraum der Kommission entgegen, die sich insbesondere nach den Merkmalen der Priorität und des Gemeinschaftsinteresses gegen die Eröffnung eines Kartellverfahrens entscheiden kann.²⁹⁴ Die Kommission kann daher nicht verpflichtet werden gegen ein Unternehmen ein Kartellverfahren einzuleiten. Wenn jedoch ein Unternehmen gem. Art. 5 VO 01/03 eine Beschwerde bei der Kommission einreicht, mit dem Ziel gegen ein Konkurrenzunternehmen ein Verfahren einleiten zu lassen, so muss die Kommission sich mit den tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten der Beschwerde auseinandersetzen und eine eventuelle Ablehnung der Beschwerde hinreichend begründen, damit diese gerichtlich überprüft werden kann.²⁹⁵

1. Grundsatz des rechtlichen Gehörs

Der Grundsatz auf rechtliches Gehör ist aufgrund seiner fundamentalen Bedeutung für alle Gerichts- und Verwaltungsverfahren zwar isoliert zu betrachten, jedoch systematisch als Bestandteil des Grundsatzes auf Durchführung eines fairen Verfahrens anzusehen.²⁹⁶ Im folgenden wird daher der Grundsatz auf rechtliches Gehör dargestellt als besondere Ausprägung des Grundsatzes auf ein faires Verfahren. So auch der EuGH:

„Was im Besonderen das Recht auf Übermittlung der Verfahrensunterlagen und, allgemeiner, den Anspruch auf rechtliches Gehör betrifft, ... so ist zu betonen, dass diese in Organisation und Ablauf eines fairen Verfahrens einen herausragenden Platz einnehmen.“²⁹⁷

Die Gewährung rechtlichen Gehörs ist in allen Verwaltungsverfahren, die für den Betroffenen zu einer belastenden Maßnahme führen können, ein fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts.²⁹⁸ Dieser Grundsatz geht zurück auf die Empfehlung

²⁹⁴ EuGH, Slg. 1992, II-2223, Rn. 76ff., *Automec*.

²⁹⁵ EuGH, Slg. 1992, II-2223, Rn. 98, *Automec*.

²⁹⁶ Es entspreche der Fairness, den betroffenen Unternehmen im Kartellverfahren die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben, bevor die Kommission eine sie belastende Entscheidung trifft, *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, VO 17, Art. 19, Rn.1.

²⁹⁷ EuGH, Slg. 2006, I-3812, Rn. 66, *Eurofoods*.

²⁹⁸ EuGH, Slg. 1963, 107, 123, *Alvis*; Slg. 1979, 461, 511, Rn. 9, *HoffmanLaRoche*; Slg. 1983, 3461,

des *GA Warner*²⁹⁹ aus dem Jahre 1974 und wurde vom EuGH so übernommen und weiterentwickelt³⁰⁰. Seither ist der Grundsatz des „*audi alteram partem*“ fester Bestandteil des Gemeinschaftsrechts und hat zahlreiche Verfahrensgesetze beeinflusst. Einschränkend ist festzustellen, dass es ausreicht, wenn dem Betroffenen die *Gelegenheit* gegeben wurde gegen die ihn erhobenen Vorwürfe Stellung zu nehmen.³⁰¹ Eine tatsächliche Ausübung des rechtlichen Gehörs ist dagegen nicht erforderlich.

a. **Regelung im Kartellverfahrensrecht (Art. 27 VO 01/03)**

Im Kartellverfahrensrecht ist dieser Grundsatz in Art. 27 VO 01/03 kodifiziert. Demnach hat die Kommission vor dem Erlass einer Entscheidung den betroffenen Unternehmen Gelegenheit zu geben sich zu den Beschwerdepunkten zu äußern. Die Kommission darf ihre anschließende Entscheidung dann auch nur auf die Beschwerdepunkte stützen, zu denen sich die Parteien äußern konnten.³⁰² Wenn die Kommission dennoch eine Entscheidung erlässt, ohne dass sich die betroffenen Parteien zu den in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten äußern konnten, so kann dies die Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift gem. Art. 263 Abs. 2 AEUV darstellen.³⁰³ Jedoch liegt dadurch kein absoluter Verfahrensfehler vor, der unmittelbar zur Nichtigkeit der Entscheidung insgesamt führen würde. Vielmehr ist es möglich, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs innerhalb eines sich anschließenden Gerichtsverfahrens geheilt wird.³⁰⁴ Den betroffenen Unternehmen wird dann im Gerichtsverfahren die Möglichkeit gegeben zu den maßgeblichen Schriftstücken noch Stellung zu nehmen. Selbst wenn dort eine Heilung in Bezug auf bestimmte Schriftstücke ausscheidet, so ist die Entscheidung der Kommission erst dann nichtig, wenn sie sich ausschließlich auf diese Schriftstücke stützt.³⁰⁵ Aufgrund der Vielzahl der Dokumente und Schriftstücke, auf die sich die Kommission bei ihrer Entscheidung stützt, ist eine Aufhebung derselben allein wegen fehlender Gewährung des rechtlichen Gehörs äußerst selten.

3498, Rn. 7, *Michelin*; Slg. 1989, 2589, Rn. 4, *Hoechst*; *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, VO 17, Art. 19, Rn. 1 und 13, *Dieckmann* in: Wiedemann, Kartellrecht, § 4, Rn.1; *de Bronett* in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 19, Rn.1 m.w.N.

²⁹⁹ *GA Warner*, Slg. 1974, 1063, 1090f., *Transocean Marine Paint*.

³⁰⁰ EuGH, Slg. 1974, 1063, 1080f.; *Transocean Marine Paint*; Slg. 1979, 461, 511, *HoffmanLaRoche*; Slg. 1980, 2033, 2058 Rn. 11, *National Panasonic*; Slg. 1998, I-2873, Rn.47, *Windpark Groothusen*; Slg. 2003, I-9189, Rn. 109, *Volkswagen*.

³⁰¹ So ausdrücklich in Art. 27 Abs. 1 VO 01/03.

³⁰² vgl. *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 27 VO 01/03, Rn. 12.

³⁰³ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 19, Rn. 29.

³⁰⁴ *Klees*, Europäischen Kartellverfahrensrecht, § 5, Rn. 51; *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, VO 17, Art. 19, Rn. 31.

³⁰⁵ EuGH, Slg. 1983, 3151, Rn. 30, *AEG*.

b. Das Akteneinsichtsrecht als wesentlicher Bestandteil des rechtlichen Gehörs

Als konkreter Bestandteil der Gewährung rechtlichen Gehörs ist einerseits das Recht auf Mitteilung der Verfahrenseröffnung und die Stellungnahme des Betroffenen vor Erlass einer belastenden Maßnahme zu nennen.³⁰⁶ Andererseits kommt dem Akteneinsichtsrecht³⁰⁷, wodurch der Betroffene erst in die Lage versetzt wird zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfe Stellung zu nehmen, weitaus größere Bedeutung zu.³⁰⁸ Es handele sich dabei um eine *essentielle Verfahrensgarantie*, die die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte schützen soll.³⁰⁹ Grundsätzlich muss die Kommission nämlich den Parteien die vollständige Ermittlungsakte zugänglich machen³¹⁰, d.h. die betroffenen Unternehmen haben einen Anspruch darauf in alle der Kommission vorliegenden Dokumente Einsicht zu nehmen.³¹¹ Davon sind lediglich Dokumente ausgenommen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten sowie interne Vermerke der Kommission.³¹²

Speziell im Kartellverfahrensrecht sind dem Grundsatz auf rechtliches Gehör daher kaum Grenzen gesetzt. Auf der anderen Seite führen Verstöße gegen den Grundsatz auf rechtliches Gehör, einschließlich des Akteneinsichtsrechts, nur selten zur Nichtigkeit von Kommissionsentscheidungen, da die Entscheidung konkret auf diesem Verstoß beruhen muss, wenn der Verstoß nicht zuvor schon geheilt wurde.³¹³

³⁰⁶ Im Kartellverfahren wird die Ausübung des rechtlichen Gehörs konkretisiert anhand der VO 773/2004. Diese regelt die Grundsätze für die Einleitung des Verfahrens, die Durchführung von Ermittlungen durch die Kommission, die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission, die Wahrnehmung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie die Gewährung von Akteneinsicht und die Behandlung vertraulicher Informationen.

³⁰⁷ Gem. Art. 27 Abs. 2 VO 01/03 haben die Parteien das Recht in die Akten der Kommission Einsicht zu nehmen, soweit es sich nicht um internen Schriftverkehr handelt und die Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen nicht berührt werden. Ausführlich dazu *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 5, Rn. 52ff.

³⁰⁸ Entgegen EuG, Slg. 2000, II-491, Rn. 156, „*Die Akteneinsicht ist nämlich kein Selbstzweck, sondern dient dem Schutz der Verteidigungsrechte. Daher ist das Recht auf Akteneinsicht mit dem Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte untrennbar verbunden und wird durch ihn bedingt.*“ ist das Akteneinsichtsrecht Bestandteil des Grundsatzes auf die Gewährung rechtlichen Gehörs und nicht verbunden mit dem Grundsatz auf Wahrung der Verteidigungsrechte, wie vom EuGH behauptet. Denn bei dem Grundsatz auf Wahrung der Verteidigungsrechte handelt es sich streng genommen nicht um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, sondern lediglich um einen Sammelbegriff für einzelne Rechtsgrundsätze.

³⁰⁹ EuGH, Slg. 1979, 461, Rn.9, *HoffmanLaRoche*; Slg. 1983, 3841, Rn. 7, *Michelin*; EuG Slg. 2000, II-491ff., *CBR*.

³¹⁰ EuG, Slg. 2000, II-491, Rn. 144, *CBR*.

³¹¹ In der Praxis werden die wesentlichen Dokumente durch die Kommission auf einer CD-ROM gespeichert, da eine Ermittlungsakte gerne aus 20 bis 100 Aktenordnern bestehen kann.

³¹² *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 27 VO 01/03, Rn. 14.

³¹³ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 27 VO 01/03, Rn. 12 und 17.

c. Bedeutung des rechtlichen Gehörs für die *informelle Absprache*

Insoweit nun feststeht, dass der Grundsatz auf rechtliches Gehör in allen Verwaltungsverfahren innerhalb der Gemeinschaft zu beachten ist, stellt sich die Frage, ob dies auch für *informelle Absprachen* zur Beendigung eines Kartellverfahrens zwischen der Kommission und den betroffenen Unternehmen gilt, da es hierfür kein geregelteres Verfahren gibt. Eben weil die *informelle Absprache* grundsätzlich auf der Freiwilligkeit³¹⁴ der Parteien beruht, kann der Standpunkt vertreten werden, dass ein Unternehmen, welches sich bewusst außerhalb eines förmlichen Verfahrens stellt, die dort vorhandenen Verteidigungsrechte auch nicht für sich in Anspruch nehmen kann. Andererseits kann von einem konkludenten freiwilligen Verzicht auf die Verteidigungsrechte, welche den Rang allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts haben, durch die Abgabe einer informellen Absprache, nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Vielmehr bedarf ein Unternehmen, auch wenn es sich an wettbewerbswidrigen Absprachen mit anderen Unternehmen beteiligt hat, auch außerhalb eines förmlichen Verwaltungsverfahrens, den besonderen Schutz der vom EuGH entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze. Denn der Anwendungsbereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze macht generell vor *informellen Absprachen* nicht halt. Hat der Grundsatz auf rechtliches Gehör in Art. 27 VO 01/03 im Kartellverfahren Gestalt angenommen, so gilt er nach wie vor auch außerhalb dieses Verfahrens, denn ein allgemeiner Rechtsgrundsatz erlangt Geltung nicht erst durch Aufnahme in das Sekundärrecht, sondern gilt als primärrechtlicher Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung autonom von seiner Konkretisierung innerhalb einer Verordnung des Rates.

Unabhängig von der Rechtsnatur einer solchen informellen Absprache, kommt es zwischen der Kommission und dem Unternehmen zu einer Willensbetätigung die zur Einstellung oder Nichteröffnung eines förmlichen Kartellverfahrens³¹⁵ durch die

³¹⁴ Grundsätzlich ist eine informelle Absprache freiwillig, da die Kommission ein Unternehmen dazu nicht zwingen kann. Andererseits muss beachtet werden, dass die Kommission über das Druckmittel einer empfindlichen Geldbuße verfügt, welche bis zu 10 % des Jahresumsatzes ausmachen kann. Dies kann zu einer Geldbuße in Milliardenhöhe führen, wodurch eine finanzielle Schiefelage im Unternehmen entstehen kann. Ein Unternehmen verfügt gegenüber der Kommission über kein vergleichbar empfindliches Druckmittel, weshalb eine strukturelle Waffengleichheit nicht gegeben ist. Damit einhergehend wird auch die Entscheidungsfreiheit und dadurch auch die Freiwilligkeit auf Seiten der Unternehmen eingeschränkt. Dies führt dazu, dass die Kommission einzelne Unternehmen regelrecht unter Druck setzt, was schließlich ihre Satisfaktionsfähigkeit mindert.

³¹⁵ Zu unterscheiden sind das *Voruntersuchungsverfahren* und das *streitige Verfahren*. vgl. EuGH, Slg. 1989, 3283, Rn. 20, *Orkem*. Auch *Vorermittlungsphase* und *eigentliche Entscheidungsphase* genannt. vgl. *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 5, Rn.7. Auch wenn beide Verfahren meist aufeinander folgen, sind sie streng voneinander zu trennen. Das *streitige Verfahren* kann durch eine Entschei-

Kommission führt. Wenn aber die Kommission die Einstellung eines Kartellverfahrens von einer informellen Absprache eines Unternehmens abhängig macht, obwohl sie auch durch förmliche Entscheidung das Verfahren hätte einstellen können, so dürfen dadurch dem Unternehmen keine Nachteile entstehen, mithin seine Verteidigungsrechte nicht verkürzt werden. Hinzu kommt, dass aufgrund der Natur des Kartellverfahrens als Verwaltungsverfahren zwischen der Kommission und dem Unternehmen ein Subordinationsverhältnis vorliegt, weshalb von einer besonderen Schutzbedürftigkeit des Unternehmens auszugehen ist, denn auch bei der informellen Absprache stehen sich Kommission und Unternehmen nicht gleichrangig gegenüber.³¹⁶ Die Kommission bleibt auch außerhalb des Kartellverfahrens die zuständige Wettbewerbsbehörde, die über die Einstellung des Verfahrens zu entscheiden hat. Hinzu kommt die Möglichkeit, für den Fall eines nachweisbaren wettbewerbswidrigen Verhaltens, dem Unternehmen eine empfindliche Geldbuße aufzuerlegen, wodurch die Kommission über ein erhebliches Druckmittel verfügt und ihre überragende Vormachtstellung als *Hüterin der Verträge*³¹⁷ unterstreicht.

Daher ist auch im Rahmen einer informellen Absprache der Grundsatz auf rechtliches Gehör einem betroffenen Unternehmen zu gewähren, wenn auch Einschränkungen aufgrund der informellen Natur der Absprache hinzunehmen sind. Zumindest muss jedoch gewährleistet sein, dass dem betroffenen Unternehmen die Beschwerdepunkte mitgeteilt werden, auf denen die Kommission beabsichtigt eine förmliche Entscheidung zu erlassen. Zudem muss das betroffene Unternehmen Einsicht nehmen können in die, soweit bereits vorhanden, bei der Kommission geführte Ermittlungsakte, um mittels der informellen Absprache die von der Kommission aufgeführten Beschwerdepunkte entkräften zu können. Nur so kann ein betroffenes Unternehmen angemessen auf die von der Kommission erhobenen Vorwürfe reagieren, ohne Gefahr zu laufen, im Rahmen einer verbleibenden Rechtsunsicherheit, eine informelle Absprache in einem Umfang abzugeben, die dem tatsächlich begangenen Kartellverstoß übertrifft.³¹⁸ Ziel der informellen Absprache kann es nämlich nicht sein

derung der Kommission beendet werden und zwar durch eine Abstellungsentscheidung gem. Art. 7 VO 01/03, eine einstweilige Maßnahme gem. Art. 8 VO 01/03, die Annahme einer Verpflichtungszusage gem. Art. 9 VO 01/03 und die Festsetzung bzw. Verhängung einer Geldbuße gem. Art. 23 Abs. 1 VO 01/03 bzw. gem. Art. 23 Abs. 2 VO 01/03. Die Kommission kann aber auch das streitige Verfahren einfach einstellen bzw. die Akte schließen, worüber die betroffenen Parteien dann informiert werden.

³¹⁶ Zur Waffengleichheit im Kartellverfahren zwischen Kommission und Unternehmen, siehe oben S. 79 Fn. 298.

³¹⁷ Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 5, Rn. 4.

³¹⁸ Diese Bedenken teilen für die vergleichbare Verpflichtungszusage gem. Art. 9 VO 01/03 auch Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 6, Rn. 111 m.w.N.

das Unternehmen in die Knie zu zwingen, sondern es auf den Pfad eines unverfälschten Wettbewerbs zurückzuführen, denn die informelle Absprache hat gegenüber dem Unternehmen keinen Strafcharakter³¹⁹, sondern verfolgt lediglich das Ziel ein wettbewerbswidriges Verhalten zu beenden.

2. Der Grundsatz des „in dubio pro reo“

Der Grundsatz des „in dubio pro reo“, auch Unschuldsvermutung genannt, wird vom EuGH als Grundrecht des Gemeinschaftsrechts anerkannt.³²⁰ Da jedoch Grundrechte im Gemeinschaftsrecht immer auch allgemeine Rechtsgrundsätze sind³²¹, kann im folgendem, wie auch der EuGH, vom *Grundsatz der Unschuldsvermutung* gesprochen werden. In seiner *Hüls*- Entscheidung äußerte sich der EuGH dazu wie folgt:

„In diesem Zusammenhang ist anzuerkennen, dass die Unschuldsvermutung, wie sie sich insbesondere aus Artikel 6 Absatz 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention ergibt, zu den Grundrechten gehört, die nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes, die im übrigen durch die Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte und durch Artikel F Absatz 2 des Vertrages über die Europäische Union erneut bekräftigt wurde, in der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützt werden.“³²²

„Ferner ist anzuerkennen, dass der Grundsatz der Unschuldsvermutung angesichts der Art der fraglichen Zuwiderhandlungen sowie der Art und der Schwere der für sie verhängten Sanktionen in Verfahren wegen der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln anwendbar ist, die zur Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern führen können.“³²³

Der EuGH bleibt also seiner Tradition, der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze anhand der EMRK, treu. Darüber hinaus stellt er klar, dass dieser Grundsatz auch

³¹⁹ Wenn schon eine Geldbuße gem. Art. 23 Abs. 5 VO 01/03 keinen strafrechtlichen Charakter hat, dann erst recht nicht eine informelle Absprache, die grundsätzlich auf Freiwilligkeit beruht.

³²⁰ EuGH, Slg. 1999, I-4287, Rn. 149, *Hüls*.

³²¹ EuGH, Slg. 1969, 419, 425, *Stauder*; Slg. 1970, 1125, 1135, *Internationale Handelsgesellschaft*; *Pernice/Mayer*, in: Grabitz/Hilf, nach Art. 6 EUV, Rn. 1; *Eisner*, Diss., S. 46.

³²² EuGH, Slg. 1999, I-4287, Rn. 149, *Hüls*.

³²³ EuGH, Slg. 1999, I-4287, Rn. 150, *Hüls*.

im Kartellverfahren uneingeschränkt Anwendung findet.³²⁴ Dies kommt vor allem in Erwägungsgrund Nr. 37 der VO 01/03 zum Ausdruck, nachdem die Kartellverfahrensverordnung die Grundrechte wahrt, die insbesondere in der Grundrechtecharta verankert sind. Die Unschuldsvermutung ist ausdrücklich in Art. 48 EGRC und in Art. II-108 EVV geregelt, wobei hier der Schwerpunkt auf einer strafrechtlichen Verfolgung liegt. Der Anwendung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung im Kartellverfahren steht dies jedoch nicht im Wege, auch wenn Art. 23 Abs. 5 VO 01/03 ausdrücklich betont, dass Geldbußen keinen strafrechtlichen Charakter³²⁵ haben, denn, wie oben bereits aufgezeigt, hat sich der EuGH für einen umfassenden Anwendungsrahmen des Grundsatzes der Unschuldsvermutung entschieden. Von einer Einschränkung der Anwendung auf Verfahren mit Strafcharakter ist keine Rede.

Insoweit der EuGH den Grundsatz der Unschuldsvermutung auf das Kartellverfahren für anwendbar erklärt, welches ein Verwaltungsverfahren darstellt, kommt es auf die Einschränkung „Angeklagter“ gem. Art. 48 EGRC bzw. Art. II-108 EVV nicht an. Deshalb ist es auch unerheblich, dass dieser Grundsatz in Erwägungsgrund Nr. 5 VO 01/03 nicht ausdrücklich erwähnt wurde, obwohl dies ursprünglich angedacht war.³²⁶

Schließlich ist der Grundsatz der Unschuldsvermutung, als prozessuale Kehrseite des Schuldgrundsatzes auch Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, weshalb er losgelöst von einer individuellen Schuld eines Straftäters eben auch für Unternehmen eingreift.³²⁷

In Bezug auf die informelle Absprache hat der Grundsatz der Unschuldsvermutung folgende Bedeutung. Gem. Art. 2 Satz 1 VO 01/03 obliegt in gemeinschaftlichen Kartellverfahren der Kommission die Beweislast für die Voraussetzungen der Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV. Die Beweislast für die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV, wonach ein wettbewerbswidriges Verhalten gerechtfertigt sein kann, tragen gem. Art. 2 Satz 2 VO 01/03 hingegen die Unternehmen.³²⁸ Das bedeutet, dass bei

³²⁴ Zwar führen nicht alle von der Kommission eingeleiteten Kartellverfahren zu einer Geldbuße gem. Art. 23 VO 01/03, insbesondere nicht solche in denen über die Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EGV gestritten wird, jedoch besteht grundsätzlich die Möglichkeit ein Kartellverfahren mit einer Geldbuße abzuschließen. vgl. dazu *Bechtold*, DB 2004, S. 235 (237). Unabhängig von Inhalt und Beendigung eines Kartellverfahrens gilt somit der Grundsatz der Unschuldsvermutung dort uneingeschränkt.

³²⁵ Vereinzelt wird gefordert das Kartellsanktionenrecht zu kriminalisieren und den nicht strafrechtlichen Charakter des Kartellverfahrensrechts aufzuheben. Stattdessen sollen die Gemeinschaftsorgane die Kompetenz erhalten gegenüber betroffenen Unternehmen und deren verantwortliche Personen strafrechtliche Sanktionen auszusprechen, um hard core Kartelle effektiver bekämpfen zu können. *Biermann*, ZWeR, 2007, S. 1 (47).

³²⁶ Zwischenbericht der EU-Präsidentschaft vom 25.04.2002, Dokument 8383/1/02 vom 27.05.2002, S. 11, Fn. 7 und S. 20, Fn. 24.

³²⁷ *Stree*, In dubio pro reo, S. 14ff.

³²⁸ Ausführlich dazu *de Bronett*, Art. 2, Rn. 2. Die Kommission hat dennoch sowohl die Voraussetzungen

einem durch die Kommission bewiesenem Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, aber einer non-liquet Situation in Bezug auf Art. 101 Abs. 3 AEUV, die Verhängung einer Geldbuße mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung nicht vereinbar und damit rechtswidrig wäre.³²⁹ Bei den Verhandlungen zwischen Kommission und Unternehmen, die zu einer informellen Absprache führen sollen, kommt deshalb dem Grundsatz der Unschuldsvermutung entscheidende Bedeutung zu. Ein betroffenes Unternehmen wird daher gegenüber der Kommission eine stärkere Verhandlungsposition einnehmen können, da die Kommission bei einer bevorstehenden non-liquet Situation eben kein Bußgeld verhängen könnte.³³⁰ Folgerichtig kann das Unternehmen sich geneigt sehen von einer informellen Absprache abzusehen und es auf eine Abstellungsentscheidung³³¹ der Kommission gem. Art. 7 VO 01/03 ankommen lassen, die sodann einer gerichtlichen Überprüfung nicht Stand halten würde.

Der Grundsatz der Unschuldsvermutung gilt also für alle betroffenen Unternehmen auch innerhalb des Kartellverfahrens nach der VO 01/03. Ein Unternehmen gilt demnach, in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht, solange als unschuldig, bis die Kommission anhand einer Entscheidung das Gegenteil bewiesen hat und diese Entscheidung rechtskräftig geworden ist. Im Rahmen einer informellen Absprache hat der Grundsatz der Unschuldsvermutung vor allem die Wirkung, dass das Unternehmen in eine stärkere Verhandlungsposition gehoben wird.

des Art. 81 Abs. 1, als auch die des Art. 81 Abs. 3 EGV zu prüfen. Eine Entscheidung zur Abstellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens wäre ohne hinreichende Abwägung und ohne Prüfung der Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV rechtswidrig. Nur wenn sich aus der Akte keine Rechtfertigung der Zuwiderhandlung ergibt, obliegt es den betroffenen Unternehmen den Nachweis dafür zu erbringen, so dass die Kommission dann auf andere Beweismittel zurückgreifen muss. vgl. auch Ziff. 10 der Bekanntmachungen der Kommission über die Leitlinien zu Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV, ABl. Nr. C 101 S. 97 vom 27.04.2004.

³²⁹ *Montag/Rosenfeld*, *ZweR* 2003, S. 107 (121); *Hossenfelder/Lutz*, *WuW* 2003, S. 118 (119); *Dannecker*, in: Immenga/Mestmäcker, VO 17, Vorbemerkungen, Art. 15, Rn. 45; *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, § 19, Rn. 3; *Klees*, *Europäisches Kartellverfahrensrecht*, § 5, Rn. 24, a.A. *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, Art. 2 Rn. 72, die jedoch verkennen, dass der Grundsatz der Unschuldsvermutung sowohl Art. 2 VO 01/03, als auch nationalem Verfassungsrecht vorgeht.

³³⁰ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Vor Art. 1 VO 01/2003, Rn. 4, ist der Auffassung, dass Art. 2 Satz 2 VO 01/03 nicht bzw. nur eingeschränkt für Bussgeldverfahren anwendbar ist.

³³¹ Auch Untersagungsverfügung oder Abstellungsverpflichtung genannt. Die Kommission kann nach Art. 7 VO 01/03 durch Entscheidung gegenüber einem Unternehmen die Feststellung treffen, dass eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EGV vorliegt. Darüber hinaus kann diese Feststellungsentscheidung mit einer Entscheidung zur Verpflichtung der Abstellung der Zuwiderhandlung verbunden werden. Die Abstellung kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Maßgeblich ist, dass das betroffenen Unternehmen wieder wettbewerbskonforme Zustände herstellt.

3. Anspruch auf Durchführung eines Verfahrens in einer angemessenen Frist

Als weiterer Bestandteil des Grundsatzes auf ein faires Verfahren ist der Anspruch auf Durchführung eines Verfahrens in angemessener Frist zu nennen.³³² Der EuGH hat hierzu häufig Stellung nehmen müssen, aufgrund der teilweise mehrere Jahre dauernden Kartell- und Gerichtsverfahren. Hierbei bezieht sich der EuGH erneut auf die EMRK:

„Gemäß Artikel 6 Absatz 1 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat.“

„Der aus den Grundrechten der EMRK entwickelte allgemeine gemeinschaftliche Rechtsgrundsatz (vgl. insbesondere Gutachten 2/94 vom 28. März 1996, Slg. 1996, I-1759, Randnr. 33, und Urteil vom 29. Mai 1997 in der Rechtssache C-299/95, Kremzow, Slg. 1997, I-2629, Randnr. 14), dass jedermann Anspruch auf einen fairen Prozess, insbesondere auf einen Prozess innerhalb einer angemessenen Frist hat, gilt auch für die Klage eines Unternehmens gegen eine Entscheidung der Kommission, mit der diese wegen Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht Geldbußen gegen das Unternehmen verhängt.“³³³

Dazu weiter:

„Der Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer ist im Bereich des Wettbewerbs im Rahmen der gemäß der Verordnung Nr. 17³³⁴ eingeleiteten Verwaltungsverfahren zu beachten, die die dort vorgesehenen Sanktionen auslösen können. Wird Klage erhoben, so ist er auch im Ver-

³³² EuGH, Slg. 1998, I-8417, Rn. 21, *Baustahlgewebe*.

³³³ EuGH, Slg. 1998, I-8417, Rn. 21, *Baustahlgewebe*.

³³⁴ Gem. Art. 43 VO 01/03 wird die VO 17/62 durch die VO 01/03 ersetzt, weshalb die Rechtsprechung des EuGH auch auf die VO 01/03 anzuwenden ist.

*fahren vor dem Gemeinschaftsrichter zu beachten (Urteil Baustahlgewebe/Kommission, Randnr. 21).*³³⁵

Der durch die EMRK zunächst nur auf den Zivil- und Strafrechtsweg bezogene Grundsatz wird hier vom EuGH sukzessive auf das Wettbewerbsverfahren, welches als Verwaltungsverfahren zu qualifizieren ist, erweitert. Gleichzeitig unterwirft sich der EuGH selbst und auch das Gericht erster Instanz diesem Grundsatz, womit der Grundsatz auf Durchführung eines Verfahrens in angemessener Frist sich auf sämtliche Verwaltungs- und Gerichtsverfahren bezieht, die in der Europäischen Gemeinschaft durchgeführt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit entwickelt der EuGH zahlreiche Maßstäbe, anhand derer beurteilt werden kann, ob ein Verfahren nun zu lange dauert oder nicht.³³⁶ Hierbei steht das Verhalten der Parteien, die Komplexität des Einzelfalles und die wirtschaftlichen Interessen des Betroffenen im Vordergrund.

Auch wird die Rechtsfolge klargelegt, da eine nachträgliche Verkürzung der Verfahrensdauer faktisch ausgeschlossen ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist daher die Entscheidung der Institution, die die unangemessene Verfahrensdauer zu verantworten hat, unmittelbar abzumildern. Der EuGH hat in dem Verfahren *Baustahlgewebe* daher die von der Kommission festgesetzte Geldbuße um ein Drittel von 4,5 Mio. EUR auf 3 Mio. EUR herabgesetzt.³³⁷

Für die informelle Absprache bedeutet dies nun zweierlei. Einerseits muss die Kommission innerhalb eines angemessenen Zeitraums dem betroffenen Unternehmen umfassende Akteneinsicht gewähren und darf die Verhandlungen, die zu einer informellen Absprache führen, nicht übermäßig verzögern, wobei die Merkmale zur Beurteilung der Angemessenheit durch den EuGH entsprechend heranzuziehen sind. Andererseits müssen beide Parteien einer informellen Absprache eine unverzügliche Umsetzung der in der Absprache geregelten Verhaltensweisen vornehmen, um sich nicht dem Vorwurf des unfairen Verhaltens auszusetzen. Der Grundsatz auf Durchführung eines fairen Verfahrens verpflichtet daher sowohl die Kommission, als auch das betroffene Unternehmen. Chronologisch betrachtet ist der Grundsatz in allen

³³⁵ EuGH, Slg. 2002, I-8375, Rn. 179, *Limburgse Vinyl Maatschappij u.a.*

³³⁶ EuGH, Slg. 1998, I-8417, Rn. 29, *Baustahlgewebe*, „Die Angemessenheit einer Verfahrensdauer ist jedoch nach den Umständen jeder einzelnen Rechtssache, insbesondere nach den Interessen, die in dem Rechtsstreit für den Betroffenen auf dem Spiel stehen, nach der Komplexität der Rechtssache sowie nach dem Verhalten des Klägers und dem der zuständigen Behörden, zu beurteilen.“

³³⁷ EuGH, Slg. 1998, I-8417, Rn. 48, *Baustahlgewebe*.

Phasen der informellen Absprache, nämlich den Verhandlungen davor, während der Absprache und in der nachfolgenden Umsetzung der Absprache, anzuwenden.

V. Grundsatz des „ne bis in idem“

Die Geltung des Grundsatzes „ne bis in idem“ als Verbot einer doppelten Sanktionierung durch Gemeinschaftsorgane hat der EuGH schon früh für das Disziplinarverfahren als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt.³³⁸ Diese Rechtsprechung wurde zunächst auf das Bußgeldrecht der Montanunion übertragen und schließlich auch für das EU-Wettbewerbsrecht ausdrücklich anerkannt.³³⁹ Anhand des Grundsatzes ne bis in idem ist es untersagt,

*„dass jemand zum Schutz der gleichen Rechtsgüter und wegen desselben rechtswidrigen Verhaltens mehr als einmal strafrechtlich verfolgt und gegebenenfalls bestraft wird, weil diese mehrfache Strafverfolgung und Bestrafung eine unzulässige doppelte Geltung des Strafanspruchs wäre“.*³⁴⁰

Insoweit verbietet dieser Grundsatz nicht nur eine erneute – oder im Fall eines Freispruchs – erstmalige Bestrafung, sondern wirkt umfassend als ein von Amts wegen zu berücksichtigendes Verfahrenshindernis. Voraussetzung ist jedoch, dass das erste Sanktionsverfahren auch formell durch eine Sachentscheidung beendet wurde, denn ein reines Prozessurteil oder ein Vergleich reichen dafür nicht aus, weil dann keine neue, sondern eine erstmalige sachliche Würdigung des Sachverhalts erfolgt.³⁴¹

Dies bedeutet vor allem im Hinblick auf die informelle Absprache, dass diese die Verhängung einer Geldbuße in einem späteren Verfahren allein deshalb nicht verhindern kann, da sie, unabhängig von ihrer Rechtsnatur, eben keine Entscheidung materieller Rechtsfragen enthält. Die informelle Absprache enthält nämlich keine rechtskräftige, verbindliche Bewertung der vermeintlich wettbewerbswidrigen Verhal-

³³⁸ EuGH Slg. 1966, 153, 178, *Gutmann*.

³³⁹ *Böse*, EWS 2007, S. 202 (203).

³⁴⁰ *GA Ruiz-Jarabo Colomer*, Slg. 2003, I-1345, 1358, Rn. 48, *Gözütok*, in Fn. 13 wird darüber hinaus anhand des Romans *Leben und Taten des scharfsinnigen Edlen Don Quijote von La Mancha* von *Cervantes* auf die historischen Wurzeln dieses Grundsatzes verwiesen, die bis ins 17. Jh. reichen.; Der EuGH nahm diesen Grundsatz erstmalig 1966 auf in: EuGH, Slg. 1966, 153, 178, *Gutmann*.

³⁴¹ *Baudisch*, ELR 2007, S. 216 (219).

tensweisen des betroffenen Unternehmens, sondern nur eine unverbindliche Einschätzung der Rechtslage durch die Kommission. Ähnlich einem Prozessvergleich im deutschen Recht, beendet die informelle Absprache zwar das Kartellverfahren, entfaltet jedoch keine materielle Rechtskraftwirkung.

In Bezug auf die Reichweite des allgemeinen Rechtsgrundsatzes „ne bis in idem“ ist festzuhalten, dass Mehrfachverfahren nur innerhalb derselben Rechtsordnung untersagt sind und den Entscheidungen anderer Völkerrechtssubjekte keine negative Rechtskraftwirkung zuerkannt wird.³⁴² Daher sei aufgrund des Territorialprinzips zu beachten, dass zwischen den amerikanischen Behörden und der Kommission keine Zuständigkeitskonflikte bestünden, die eine Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem begründen könnten. Es sei zwar der gleiche Komplex kartellrechtswidriger Verhaltensweisen betroffen, jedoch bestünden Unterschiede sowohl nach Ihrem Zweck, als auch nach ihrem geographischen Schwerpunkt.³⁴³ Diese Einschätzung wurde auch vom EuGH bestätigt.

In jüngster Zeit hat der EuGH die Voraussetzungen für den Grundsatz des „ne bis in idem“ erweitert, in dem er eine sogenannte „dreifache Identität“ fordert:

„In Bezug auf die Beachtung des Grundsatzes ne bis in idem ist darauf hinzuweisen, dass die Anwendung dieses Grundsatzes von der dreifachen Voraussetzung der Identität des Sachverhalts, des Zuwiderhandelnden und des geschützten Rechtsguts abhängt. Dieser Grundsatz verbietet es somit, dieselbe Person mehr als einmal wegen desselben rechtswidrigen Verhaltens zum Schutz desselben Rechtsguts mit einer Sanktion zu belegen.“³⁴⁴

Der Grundsatz des „ne bis in idem“ ist daher sowohl von der Rechtsprechung, als auch von der Literatur als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt.³⁴⁵ Zugleich ist er in Art. 50 EGRC und Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK festgeschrieben. Seine unmittelbare Geltung im Kartellverfahrensrecht ergibt

³⁴² Siehe Art. 4 Abs. 1 des 7. EMRK Zusatzprotokolls. So auch die h.M. in Deutschland: BVerfGE 12, 62; 75, 1, 15; Nolte in: FS Rauschnig, S. 173 (177).

³⁴³ EuG vom 15.06.2005, Rs. T-71/03, Tokai Carbon u.a./Kommission, Rn. 112ff.

³⁴⁴ EuGH, Slg. 2004, I-123, Rn. 338, *Aalborg*.

³⁴⁵ *van Bael/Bellis*, Rn. 1119 (4); *Koch* in: Grabitz/Hilf, nach Art. 87, Art. 15 VO Nr. 17 Rn. 85; *Kuck*, WuW 2002, S. 689 (690); *Grabitz* NJW 1989, S. 1779 (1779); *Pernice* S. 40 f.; *Schermers* in: FS Pescatore, S. 601 ff.

sich aus der Rechtsnatur der Geldbuße als Strafe im weiteren Sinne.³⁴⁶ Bezüglich des Merkmals der Identität des Sachverhalts, ist zu beachten, dass der EuGH den *normativen Tatbegriff* anwendet, bei dem auf den jeweiligen Unrechtsgehalt der einschlägigen Normen und die Auswirkungen des illegalen Handelns abgestellt wird.³⁴⁷ Danach ist es möglich ein bereits abgeurteiltes Verhalten unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten erneut zu sanktionieren.³⁴⁸ Grundsätzlich schützt eine rechtskräftige Entscheidung einer Behörde eines Mitgliedstaates oder der Kommission das betroffene Unternehmen davor, dass das fragliche Verhalten von einer anderen Behörde eines Mitgliedstaates oder der Kommission erneut verfolgt wird, weil damit der zugrunde liegende Lebenssachverhalt bereits ausreichend sanktioniert wurde.³⁴⁹ Wenn jedoch gegen ein Unternehmen eine Geldbuße wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verhängt worden ist, sich im nachhinein aber herausstellt, dass tatsächlich ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV vorgelegen hat, so steht der erneuten Sanktionierung dieses Sachverhalts der Grundsatz des „ne bis in idem“ nicht entgegen, weil es sich nicht um dieselbe Tat handelt.³⁵⁰

Erheblich eingeschränkt ist der Anwendungsbereich des Grundsatzes „ne bis in idem“ sofern es um die Berücksichtigung von Sanktionen geht die von Drittstaaten wegen eines Verstoßes gegen das jeweilige Landes-Wettbewerbsrecht begangen wurden. Der EuGH hat erst in jüngerer Zeit seine Rechtsprechung der dreifachen Identität bestätigt und insbesondere im Bereich des gleichen Sachverhalts verschärft.

³⁴⁶ Dannecker, in Immenga/Mestmäcker, Vorbem. Art. 15, Rn. 199, Nach Art. 15 Abs. 4 (jetzt Art. 23 Abs. 5 VO 01/03, der Verf.) sind die Bussgeldentscheidungen „nicht strafrechtlicher Art“. Nach allgemeiner Ansicht beruht diese legislatorische Klarstellung auf der Einschätzung, dass die Mitgliedstaaten im EWG-Vertrag keine strafrechtlichen Befugnisse auf die Gemeinschaft übertragen haben, und damit auf der kompetenzrechtlichen Erwägung, dass sich die Mitgliedsländer ihrer Souveränität auf dem besonders grundrechtssensiblen Rechtsgebiet des Kriminalstrafrechts nicht entäußern wollten. Außerdem sollte verfassungsrechtlichen Bedenken einiger Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden und zudem hervorgehoben werden, dass die Geldbuße weder entehrender noch stigmatisierender krimineller Natur ist. Deshalb geht die heute ganz h. M. davon aus, dass die Geldbußen nicht kriminalstrafrechtlicher Natur sind. Jedoch kann aus Art. 15 Abs. 4 keine abschließende und definitive Aussage darüber hergeleitet werden, ob die Rechtsnatur der Geldbuße als rein verwaltungsrechtlich oder verwaltungsstrafrechtlich, d. h. als dem Strafrecht im weiteren Sinn zugehörig, zu qualifizieren ist. *Die Zurechnung der Geldbußen zum Strafrecht im weiteren Sinne geschieht nicht, um deren Strafcharakter hervorzuheben, sondern um sicherzustellen, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Strafrechts, insbesondere solche des Allgemeinen Teils, sowie die besonderen rechtsstaatlichen Garantien des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechts auch im europäischen Kartellbussgeldrecht gelten.*

³⁴⁷ Dannecker, in Immenga/Mestmäcker, Vorbem. Art. 15, Rn. 112;
Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, Art. 2 VO 01/2003, Rn. 11.

³⁴⁸ Tiedemann, S. 34ff.

³⁴⁹ Eilmansberger, EWS 2004, S. 49 (52).

³⁵⁰ Dannecker, in Immenga/Mestmäcker, Vorbem. Art. 15, Rn. 112.

In der Entscheidung *SGL Carbon ./. Kommission*³⁵¹ lehnt er daher die Anrechnung der in einem Drittland (USA) verhängten Sanktionen auf eine von der Kommission im Kartellverfahren nach der VO 01/03 erlassenen Bußgeldentscheidung ab. Zur Begründung stellt der EuGH darauf ab, dass die Wettbewerbsregeln von Drittstaaten nicht nur spezielle Zwecke und Zielsetzungen verfolgen, sondern auch aufgrund besonderer materieller Vorschriften zu ganz unterschiedlichen Rechtsfolgen im Bereich des Verwaltungs-, Straf- oder Zivilrechts führen. Welche konkreten Unterschiede zwischen dem Wettbewerbsrecht der USA und der Gemeinschaft dabei bestehen lässt der EuGH erstaunlicherweise offen, verfügt er doch über eine höchst spezialisierte Rechtsabteilung, die sich ausschließlich der Rechtsvergleichung widmet.

In dem Fall wurde gegen das Unternehmen in den USA aufgrund eines „plea agreements“ mit den US-Behörden eine Geldbuße i.H.v 135 Mio. Dollar verhängt. Die Kommission verhängte eine Geldbuße von ursprünglich 28 Mio. EUR, welche vom EuG auf 18 Mio. EUR reduziert wurde. Die Sanktionen der jeweiligen Kartellbehörden sind daher unproblematisch vergleichbar, da es sich um eine Geldbuße aufgrund der Preisabsprache bei sogenannten isostatisch und stranggepressten Spezialgraphit handelte, also auf dem gleichen relevanten Markt stattfand.

Warum die in den USA verhängte Geldbuße anderen Zielsetzungen und Zwecken dienen soll als die Geldbuße der Kommission wird anhand der EuGH Entscheidung nicht deutlich. Als Argument könnte hervorgebracht werden, dass das „plea agreement“ keine Sachentscheidung sondern einen Vergleich darstellt, der eben nicht in Rechtskraft erwächst und daher der Grundsatz „ne bis in idem“ insoweit unanwendbar bleibt. Jedoch wird dieses Argument vom EuGH nicht aufgegriffen.

Für die informelle Absprache hat das weit reichende Konsequenzen, denn die Kommission legt dieser eine – nicht verbindliche – rechtliche Beurteilung zugrunde, die sie dem betroffenen Unternehmen vorab mitteilt. Sollte die Kommission zu dem Ergebnis gelangen, dass das betroffene Unternehmen möglicherweise einen Kartellverstoß gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV begangen hat, ohne dass die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen, und sich nach der Einigung auf die informelle Absprache herausstellen, dass tatsächlich ein Verstoß gegen Art. 82 EGV vorlag, so könnte sie gleichwohl gegen das Unternehmen ein Kartellverfahren anstrengen, obwohl sie sich in der informellen Absprache zur Einstellung des Verfahrens verpflichtet hat. Abgesehen von einem solchem „Tatbestandsirrtum“ der Kommission, hindert die

³⁵¹ EuGH, Urteil vom 10.5.2007, Rs. C 328/05 P, *SGL Carbon AG/Kommission*, EuZW 2007, 408ff.

informelle Absprache generell nicht eine spätere Wiederaufnahme des Kartellverfahrens, da Grundlage der informellen Absprache eben nicht ein tatsächlicher Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV ist, denn diese Beurteilung bleibt allein dem EuGH vorbehalten. Das Vorliegen eines Kartellverstoßes gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV wird ebenso wenig wie ein Schuldeingeständnis eines betroffenen Unternehmens durch die informelle Absprache festgestellt.

VI. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt als „der wichtigste allgemeine Rechtsgrundsatz im Bereich des Wirtschaftsrechts des Gemeinsamen Marktes“³⁵² und wird als „überragend wichtiger Gesichtspunkt in der Entscheidungspraxis des Gerichtshofs“³⁵³ sowie als „übergreifende Leitregel allen Gemeinschaftshandelns“³⁵⁴ bezeichnet. Der EuGH hat ihn darüber hinaus als *verbindliche Rechtsnorm* qualifiziert, auf die sich jeder Gemeinschaftsbürger vor Gericht berufen kann und welchen die Gerichte zu beachten und anzuwenden haben.³⁵⁵ Bevor der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mittelbar in Art. 6 EUV und unmittelbar in Art. II-112 Abs. 1 Satz 2 EVV kodifiziert wurde, hat ihn der EuGH schon frühzeitig als allgemeinen Rechtsgrundsatz anerkannt.³⁵⁶ Hierbei konnte der EuGH sich als Rechtserkenntnisquelle einerseits auf die EMRK und Gemeinschaftsverträge, andererseits auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten berufen, die diesen Grundsatz als grundlegendes Verfassungsprinzip ausdrücklich festgeschrieben hatten. Auch im Gemeinschaftsrecht genießt er *Verfassungsrang* und steht als allgemeiner Rechtsgrundsatz mit den Verträgen auf einer Stufe, weshalb er Vorrang vor allen sekundärrechtlichen Normen genießt.³⁵⁷ Im Rahmen des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darüber hinaus als Grundrechtsschranke in Form einer Generalklausel in der Grundrechtecharta der Europäischen Union verankert.³⁵⁸

³⁵² Gündisch in: Schwarze/Gündisch, S. 108.

³⁵³ Pache, NVwZ 1999, S. 1033 (1034).

³⁵⁴ Pernice, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 234.

³⁵⁵ Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz, S. 411.

³⁵⁶ EuGH, Slg. 1955/56, 297, 311, *Fédération Charbonnière de Belgique*, vgl. oben S. 18, Teil 1, C. I.; EuGH, Slg. 1970, 1125, *Internationale Handelsgesellschaft*.

³⁵⁷ Pache, NVwZ 1999, S. 1033 (1035).

³⁵⁸ Eingehend dazu, Eisner, Diss., S. 130ff.

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit folgt der Gerichtshof dem in Deutschland geltenden Schema.³⁵⁹ Demnach wird die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit einer Maßnahme eines Gemeinschaftsorgans geprüft. Die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs durch ein Gemeinschaftsorgan hängt also davon ab, ob die Maßnahme,

*„zur Erreichung der mit der fraglichen Regelung zulässigerweise verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen; ferner müssen die verursachten Nachteile in angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.“*³⁶⁰

Gleichzeitig schränkt der EuGH die Nachprüfbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dort ein, wo der Gesetzgeber oder die Verwaltung über einen breiten Ermessensspielraum verfügen:

*„In einem solchen Fall kann der Gerichtshof die Beurteilung des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht durch seine eigene ersetzen. Er könnte dessen gesetzgeberische Entscheidung allenfalls dann beanstanden, wenn sich diese als offensichtlich fehlerhaft erwiese und wenn die Nachteile, die sich aus ihr für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer ergeben, zu den Übrigen mit ihr verbundenen Vorteilen völlig außer Verhältnis stünden.“*³⁶¹

Es fällt dabei auf, dass der EuGH bezüglich der Bewertungsmaßstäbe der „Offensichtlichkeit“ zwischen den Ermessensspielräumen des Gesetzgebers und der Verwaltung weiter differenziert. So lag in einem Fall im Bereich des Kartellverfahrensrechts kein Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit vor, als die Kommission durch verpflichtende Entscheidung eine Nachprüfung gem. Art. 14 VO 17/62 durch Entscheidung anordnete, anstatt einen schlichten Prüfungsauftrag durchzuführen.³⁶² Die Wahl des

³⁵⁹ Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, nach Art. 6, Rn. 305.

³⁶⁰ EuGH, Slg. 1989, 2237, 2269, Schröder, Slg. 1990, I-4023, 4063, FEDESA.

³⁶¹ EuGH, Slg. 1997, I-2405, Rn. 54ff., Einlagensicherungssysteme.

³⁶² Nach Art. 11 VO 17/62 konnte die Kommission von Unternehmen Auskünfte verlangen über deren

Mittels zur Durchführung und Durchsetzung des Wettbewerbsrechts obliege der Kommission entsprechend den

„Erfordernissen einer den Besonderheiten des Einzelfalls angemessenen Untersuchung“³⁶³

zur Beurteilung eines möglichen Wettbewerbsverstoßes. Die Kommission war daher nicht verpflichtet auf die Beantwortung ihres Auskunftsverlangens warten zu müssen, sondern konnte sogleich bei dem betroffenen Unternehmen eigene Nachprüfungen vornehmen.³⁶⁴ Eine solche Maßnahme erscheint auch weitaus effektiver, da betroffene Unternehmen außerhalb der Kronzeugenregelung³⁶⁵ nur selten wettbewerbswidrige Verhaltensweisen eingestehen.

Dementsprechend können informelle Absprachen im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Vielzahl von Problemen auslösen. Zum einen könnte die informelle Absprache gegenüber einer formellen Entscheidung gem. Art. 7 VO 01/03 als ein milderes Mittel und damit angemessener erscheinen. Eine informelle Absprache kann jedoch mit einer formellen Entscheidung nicht verglichen werden, da sie mittels des Verwaltungszwangs nicht durchgesetzt werden kann. Demnach kann die Kommission mittels einer informellen Absprache, rein theoretisch, nicht die gleichen Ziele zweckmäßig verfolgen, wie sie es mittels der in der VO 01/03 vorgesehenen Sanktionen durchsetzen kann.

Darüber hinaus wird durch eine formelle Entscheidung ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verbindlich festgestellt, was aufgrund der Tatbestandswirkung³⁶⁶ für sich daran anschließende Zivilverfahren von erheblicher Bedeutung ist.³⁶⁷ Eine informelle Absprache hingegen hat keine Tatbestandswirkung, da diese eine Stellungnahme zu materiellen Rechtsfragen eben nicht beinhaltet. Vielmehr basiert die informelle Absprache auf der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsunsicherheit

wettbewerbsrelevantes Verhalten auf dem Gemeinschaftsmarkt. Daneben konnte die Kommission gem. Art. 14 VO 17/62 selbst Nachprüfungen bei Unternehmen vornehmen, zu dessen Durchführung sie insbesondere alle Räumlichkeiten und Grundstücke betreten und alle Geschäftsunterlagen einsehen durfte.

³⁶³ EuGH, Slg. 1980, 2033, 2060, *National Panasonic*.

³⁶⁴ EuGH, Slg. 1980, 2033, Rn. 12, *National Panasonic*.

³⁶⁵ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen. Abl. 2002 C 45/3; dazu ausführlich: *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Vor Art. 11 VO 01/2003, Rn. 8, Art. 23 VO 01/2003, Rn. 76ff; *Schneider*, Diss., S. 136ff.

³⁶⁶ EuGH, Slg. 2000, I-11369, Rn. 49, *Masterfoods*; *Durner*, EuR 2004, S. 547 (558), *Ehlermann*, CMLR 37 (2000), S. 537 (566); *Steindorff*, ZHR 162 (1998), S. 290 (315); *Meyer* GRUR 2006, S. 27, (29f.).

³⁶⁷ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81, Rn. 137.

über die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 AEUV, weshalb ein Ausgleich der verschiedenen Rechtsansichten nicht vorgenommen wird. Der Kommission geht es lediglich darum, dass mittels der informellen Absprache ihre „Bedenken“ gegen die Zulässigkeit eines wettbewerbsrelevanten Verhaltens ausgeräumt werden.³⁶⁸

Schließlich kann ein informelles Verwaltungshandeln nicht ein milderer Mittel für ein förmliches Verwaltungshandeln darstellen, denn damit würde zwangsläufig jedes Verwaltungshandeln unverhältnismäßig und somit rechtswidrig. Informelles Verwaltungshandeln ist allein schon deshalb gegenüber formellen Maßnahmen der Behörden nicht als milderer Mittel anzusehen, weil diese nicht durch Verwaltungszwang durchgesetzt werden können. Dies gilt insbesondere für formelles Verwaltungshandeln, welches die Grundlage für Maßnahmen des Verwaltungszwangs darstellt, denn in solchen Fällen würde ein informelles Handeln regelmäßig ein milderer Mittel gegenüber dem Adressaten darstellen mit der Folge, dass die Behörde gezwungen wäre gänzlich auf informelle Maßnahmen auszuweichen. Damit würden jedoch Maßnahmen des Verwaltungszwangs und solche auf denen sie beruhen, trotz gesetzlicher Grundlage, nicht mehr rechtmäßig angewendet werden können. Jede in der Gemeinschaft tätige Behörde wäre damit außerstande nach außen rechtmäßig zu handeln.

Andererseits kann eine informelle Absprache von ihrem Inhalt her unverhältnismäßig sein. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn die Kommission aufgrund eines verhältnismäßig geringen Kartellverstoßes von zudem geringer Dauer dem betroffenen Unternehmen erhebliche Zugeständnisse abverlangt, die sich im Rahmen einer Entscheidung nach der VO 01/03 als unverhältnismäßig herausstellen würden.

VII. Gleichheitssatz / Diskriminierungsverbot

Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz ist eines der ältesten und elementarsten Prinzipien des Rechts überhaupt und als materieller Rechtssatz fest im Staats- und Verwaltungsrecht jedes demokratischen Verfassungssystems verankert.³⁶⁹ Bis zur Proklamation der Grundrechtecharta und deren Aufnahme in die Europäische Verfassung, war der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht nicht aus-

³⁶⁸ Sollte ein betroffenes Unternehmen diese „Bedenken“ der Kommission nicht teilen, so steht es ihm frei auf eine informelle Absprache einzugehen, oder eben den Rechtsweg zu beschreiten.

³⁶⁹ *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 529.

drücklich geregelt.³⁷⁰ Nunmehr bestimmt Art. II-80 EVV, dass „Alle Personen vor dem Gesetz gleich“ sind. Art. II-81 EVV konkretisiert diese Generalklausel und verbietet demnach Diskriminierungen z.B. wegen des Geschlechts, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion oder der Staatsangehörigkeit. Der Gerichtshof definierte das Diskriminierungsverbot erstmalig 1962 wie folgt:

„Eine Diskriminierung kann der Hohen Behörde nur vorgeworfen werden, wenn sie vergleichbare Sachverhalte in unterschiedlicher Weise behandelt und dadurch bestimmte Betroffene gegenüber Anderen benachteiligt hat, ohne dass dieser Unterschied in der Behandlung durch das Vorliegen objektiver Unterschiede von einigem Gewicht gerechtfertigt wäre.“³⁷¹

Damit stellt der EuGH klar, dass die Gleichbehandlung von Ungleichen und die Ungleichbehandlung von Gleichem nur dann verboten ist, wenn keine Rechtfertigung dafür vorliegt. Diese Rechtfertigung muss anhand objektiver Merkmale bestimmt werden können und von einigem Gewicht sein. Jedoch hat der Gerichtshof diese Rechtsprechung später ausgebaut und konkretisiert, in der die zuvor erwähnte Erheblichkeitsschwelle der Rechtfertigung zu Recht aufgegeben wurde:

„Das in der angeführten Vorschrift ausgesprochene Diskriminierungsverbot ist jedoch nur der spezifische Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes, der zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts gehört. Nach diesem Grundsatz dürfen vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre.“³⁷²

Neben der Rechtfertigung einer Diskriminierung wird auch die Vergleichbarkeit verschiedener Sachverhalte ausschließlich nach objektiven Kriterien beurteilt. Im Be-

³⁷⁰ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 544, Einzelne Regelungen im Rahmen des Diskriminierungsverbots als Bestandteil des Gleichheitsgrundsatzes waren in Art. 4 b; 60 Abs. 1 EGKSV geregelt. Derzeit wird das Diskriminierungsverbot noch in Art. 30 Satz 2; 31 Abs. 1; 43 Abs. 2; 81 Abs. 1 c); 82 c) angesprochen.

³⁷¹ EuGH, Slg. 1962, 657, 692, Klöckner.

³⁷² EuGH, Slg. 1977, 1753, Ruckdeschel.

reich des Verwaltungsvollzugs dürfe dies jedoch nicht dazu führen, dass der Exekutive jeglicher Ermessensspielraum³⁷³ genommen werde:

„Dieser allgemeine Grundsatz (Gleichheitssatz) besagt nicht, dass sich die Verwaltung beim Vollzug der genannten Vorschrift auf eine mechanische Anwendung vorher festgelegter Vorschriften und Merkmale beschränken müsste. Eine solche Auffassung würde der Notwendigkeit widersprechen, die für den Einzelfall kennzeichnenden, mitunter komplexen Sachverhalte zu würdigen.“³⁷⁴

Neben den objektiven Beurteilungsmaßstab³⁷⁵ tritt daher auch der Ermessensspielraum der Verwaltung, der nicht per se durch seine Ausübung zu einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz führt. Vielmehr ist die Verwaltung angehalten ihren Ermessensspielraum auszuüben, um anhand des Einzelfalles unter Berücksichtigung der individuellen Umstände zu einer gerechten Lösung zu gelangen.³⁷⁶ Demnach wird der Gleichheitsgrundsatz dort eingeschränkt, wo die Verwaltung über einen weiten Ermessensspielraum verfügt. Jedoch darf durch die Ausübung des Ermessensspielraums der Gleichheitssatz nicht willkürlich ausgehöhlt werden, wodurch sein Anwendungszweck aufgehoben werden würde. Auch im Rahmen des Verwaltungsvollzugs muss, unter Berücksichtigung des Ermessensspielraums der Kommission zur Verwirklichung einer angemessenen Einzelfallgerechtigkeit, der Gleichheitssatz beachtet werden, damit die Maßnahme der Kommission rechtmäßig bleibt.

1. Gleichbehandlung im Kartellverfahren nach der VO 01/2003

Im Kartellrecht und insbesondere im Bereich des Bußgeldverfahrens gem. Art. 23 VO 01/03 kommt dem Gleichheitssatz besondere Bedeutung zu. Für Mitglieder eines Kartells, welches wettbewerbswidrige Absprachen praktiziert, kann es von Bedeutung sein von der Kommission gleich behandelt zu werden. Dies bezieht sich zum einen darauf, dass gegen alle Mitglieder des Kartells ein förmliches Verfahren

³⁷³ Eine präzise Trennung zwischen Ermessensausübung und Beurteilungsspielraum wie im deutschen Recht, findet auf Gemeinschaftsebene nicht statt, *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 2 VO 01/2003, Rn. 22, *Schwarze/Weitbrecht*, S. 34.

³⁷⁴ EuGH, Slg. 1972, 373, Rn. 11/14, *Georg Brandau*.

³⁷⁵ Eingehend dazu *Pache*, Tatbestandliche Abwägung, S. 57ff.

³⁷⁶ Insbesondere im Wettbewerbsrecht unterlässt der EuGH häufig die Nachprüfung der Würdigung der komplexen wirtschaftlichen Sachverhalte, da er der Kommission insoweit einen Kenntnisvorsprung einräumt. *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 283.

eingeleitet wird und nicht einzelne Mitglieder ausgeschlossen werden. Die Kommission, obwohl dazu nicht verpflichtet, wird regelmäßig gegen alle Mitglieder eines Kartells auch ein Verfahren einleiten, um in der Lage zu sein gegen jedes einzelne Mitglied auch die in der VO 01/03 festgelegten Sanktionen verhängen zu können. Sofern alle Mitglieder eines Kartells in einem Verfahren zusammengefasst werden, stellt sich die Frage des Gleichheitsgrundsatzes, denn regelmäßig wird der Lebenssachverhalt, aufgrund dessen ermittelt wird, im wesentlichen gleich sein.³⁷⁷

Wenn aufgrund der Schwere und Dauer des festgestellten Vergehens der Kartellmitglieder ein Bußgeld in Betracht gezogen wird, so fällt auf, dass die verhängten Bußgelder zum Teil wesentlich voneinander abweichen. Dies ist jedoch aufgrund der Umstände des Einzelfalls dann gerechtfertigt, wenn einzelne Kartellmitglieder eine geringere oder höhere Schuld an dem Entstehen oder der Durchführung des Kartells haben. Die Kommission hat in zahlreichen Fällen gegen sogenannte „Rädelsführer“³⁷⁸ ein teilweise doppelt so hohes Bußgeld verhängt, als gegen sogenannte „Mitläufer“ die sich lediglich an dem Kartell beteiligt haben, ohne dabei treibende Kraft zu sein. Auch Wiederholungstäter werden von der Kommission mit einer bis zu 100% höheren Geldbuße belohnt gegenüber Ersttätern.³⁷⁹

Unabhängig von der Schwere des Vergehens kann aber auch einem Mitglied des Kartells die Geldbuße zum Teil oder insgesamt erlassen werden, wenn es im Rahmen der Kronzeugenregelung mit der Kommission kooperiert hat und somit wesentlich zur Aufdeckung und Verfolgung des Kartells beigetragen hat.³⁸⁰ Systematisch betrachtet handelt es sich dabei um objektive Umstände, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.

2. „Keine Gleichheit im Unrecht“ auch im Kartellverfahren

Des weiteren kann ein betroffenes Unternehmen, gegen das ein Kartellverfahren eingeleitet wurde, nicht deshalb von einer Geldbuße freigestellt werden, weil die Kommission gegen ein anderes Mitglied des Kartells noch kein Verfahren eingeleitet

³⁷⁷ Dies gilt nur für horizontale Absprachen zwischen Unternehmen auf der gleichen Marktstufe, bei denen mindestens zwei Unternehmen beteiligt sein müssen.

³⁷⁸ Zur Behandlung von Rädelsführern, *Schroeder*, in: FS Bechtold, S. 441.

³⁷⁹ Ziff. 28 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gem. Art. 23 Abs. 2 Buchst. a) VO 01/03, Abl. 2006/C 210/02. vgl. auch *Engelsing/Schneider* in: MünchKomm, VO 01/03, Art. 23, Rn. 108ff.

³⁸⁰ Zur Kronzeugenregelung *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 23 VO 01/2003, Rn. 75ff.

hat.³⁸¹ Dieser Bestandteil des Gleichheitssatzes ist im deutschen Verfassungsrecht durch die von *Günter Dürig*³⁸² geprägte Formel „*Keine Gleichheit im Unrecht*“ bekannt.³⁸³ Der EuGH hat dieses Prinzip für das EU-Wettbewerbsrecht wie folgt formuliert:

„*Wenn ein Unternehmen durch sein Verhalten gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag verstoßen hat, kann es nicht deshalb jeder Sanktion entgehen, weil gegen einen anderen Wirtschaftsteilnehmer, mit dessen Situation der Gerichtshof nicht befasst ist, keine Geldbuße verhängt worden ist.*“³⁸⁴

Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Kommission, für den Fall, dass sie gegen den *anderen Wirtschaftsteilnehmer* ein Verfahren eingeleitet hat, dieses auch mit einer Sanktion abschließen muss. Tut sie dies nicht, so verstößt sie gegen den Gleichheitsgrundsatz im Verhältnis zu dem bereits sanktionierten Unternehmen. Dennoch verbleibt bei der Kommission ein Entschließungsermessen dergestalt, dass sie die Entscheidung, ob sie ein Verfahren gegen ein anderes Unternehmen einleitet, nach freiem Ermessen treffen kann.³⁸⁵ Das bereits sanktionierte Unternehmen kann die Kommission also nicht verpflichten gegen den Anderen ebenfalls ein Verfahren einzuleiten.³⁸⁶ Zuletzt bleibt es dem bereits sanktionierten Unternehmen vorbehalten gegenüber der Kommission eine Beschwerde einzureichen, mit dem Ziel ein Verfahren gegen das andere Unternehmen einleiten zu lassen.³⁸⁷

³⁸¹ EuGH, 1993, I-1307, Rn. 197, *Ahlström*.

³⁸² * 25. Januar 1920 in Breslau; † 22. November 1996 in Tübingen, war ein deutscher Staatsrechtsprofessor an der Universität Tübingen, der mit seiner führenden Kommentierung des Grundgesetzes - zusammen mit Roman Herzog und Theodor Maunz - prägenden Einfluss auf das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland gewann. vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/D%C3%Bcrig> vom 01.01.2008.

³⁸³ BVerfGE 9, 213, 223; BVerwGE 5, 1, 8; 34, 278, 282ff.; aus jüngerer Zeit AG Würzburg, NJW-RR 1993, 1332, 1333; ausführlich *Dürig* in: Maunz/Dürig, Art. 3, Rn. 164ff.

³⁸⁴ EuGH, Slg. 1993, I-1307, Rn. 197, *Ahlström*; Slg. 1981, 665, Rn. 23, *Xavier Authie*.

³⁸⁵ Das *Opportunitätsprinzip* bestimmt maßgeblich das EG-Kartellverfahren, vgl. *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 5, Rn. 2.

³⁸⁶ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 7 VO 01/2003, Rn. 25ff., Die Kommission kann nach ständiger Rechtsprechung nicht verpflichtet werden ein Verfahren einzuleiten, jedoch muss sie die vom Beschwerdeführer vorgetragene rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte prüfen, um festzustellen, ob ein wettbewerbswidriges Verhalten vorliegt. Sofern die Kommission eine Einstellungsverfügung gegenüber dem Beschwerdeführer erlässt, weil sie zu dem Ergebnis gekommen ist, dass kein wettbewerbswidriges Verhalten vorliegt, so kann diese Entscheidung durch eine Nichtigkeitsklage angefochten werden.

³⁸⁷ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 7 VO 01/2003, Rn. 4ff. Gleichwohl besteht kein Anspruch auf Durchführung eines Kartellverfahrens gegen ein anderes Unternehmen. Der Beschwerdeführer hat jedoch Anspruch auf eine Entscheidung über die Beschwerde und die Entscheidung,

3. Zusammenfassung

Der Gleichheitsgrundsatz, der das speziellere Diskriminierungsverbot mit umfasst, verbietet daher die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bzw. die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem, wenn dafür keine ausreichende Rechtfertigung vorliegt. Die Rechtfertigung muss anhand objektiver Maßstäbe bestimmbar sein. Für das Kartellverfahren bedeutet dies, dass betroffene Unternehmen im Einzelfall einen Anspruch auf Gleichbehandlung haben, wobei konkret der Einzelfall zu betrachten ist. Eine pauschale Gleichbehandlung im Kartellverfahren verbietet sich daher. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung scheidet im Bereich rechtswidriger Sachverhalte aus. Eine informelle Absprache mit nur einem einzelnen Mitglied eines Kartells ist mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht vereinbar.

VIII. Untersuchungsgrundsatz

Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet die Kommission die für den Nachweis einer Zuwiderhandlung notwendigen Maßnahmen zu ergreifen und durchzuführen.³⁸⁸ Die Kommission ist dabei zugleich Ermittlungs-, und Entscheidungsbehörde, was häufig kritisiert wurde, letztlich aber akzeptiert wird.³⁸⁹ Zur Wahrnehmung des Untersuchungsgrundsatzes stehen der Kommission weit reichende Ermittlungsbefugnisse zu, die in der VO 01/03 geregelt sind. Gem. Art. 18 VO 01/03 kann die Kommission von den betroffenen Unternehmen Auskünfte verlangen, die zur Aufklärung eines möglicherweise wettbewerbswidrigen Sachverhalts notwendig erscheinen. Zusätzlich kann die Kommission gem. Art. 19 VO 01/03 „alle natürlichen und juristischen Personen befragen“, wobei dies von der Zustimmung der jeweiligen Personen abhängig ist.³⁹⁰ Zuletzt ist die Kommission befugt selbst bzw. durch ihre Bediensteten Nachprüfungen bei den jeweiligen Unternehmen durchzuführen auf Grundlage des Art. 20 und 21 VO 01/03. Die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission stellen daher den effektivsten und intensivsten Eingriff in die „Privatsphäre“ eines Unternehmens dar,

mit der die Beschwerde endgültig abgewiesen wird, ist im Klageweg anfechtbar. EuGH, Slg. 1985, 1105, Rn. 18, *CICCE*; Slg. 1987, 4487, Rn. 12, *British American Tobacco*; EuG Slg. 1994, II-285, Rn. 30, *BEUC*.

³⁸⁸ Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 5, Rn. 2; Sedemund, Allgemeine Prinzipien des Verwaltungsverfahrensrechts, S. 45, 55f.

³⁸⁹ EuG, Slg. 2000, II-491, Rn. 718, *CBR*; de Bronett, in: Schröter/Jakob/Mederer, VO 17, Vorbemerkungen, Rn. 23; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 19, Rn. 6.

³⁹⁰ Art. 19 VO 01/03 umfasst nur die mündliche Befragung. Da juristische Personen mündlich nicht befragt werden können, müssen ihre Organe bzw. satzungsmäßigen Vertreter herangezogen werden.

denn zu den Befugnissen gehören insbesondere das Recht alle Räumlichkeiten und Grundstücke zu betreten, alle Geschäftsunterlagen einzusehen und Kopien davon anzufertigen, Räume zu versiegeln und schließlich alle Mitglieder der Belegschaft zu befragen und ihre Antworten zu protokollieren. In Bezug auf die anhand dieser Ermittlungsbefugnisse erlangten Beweismittel hat der EuGH jedoch folgendes klargestellt:

„So sehr also gegenüber den von UBC gelieferten Angaben (...) Vorbehalte angebracht sind, so bleibt es doch Aufgabe der Kommission, den Nachweis zu erbringen, dass UBC unangemessene Preise anwendete.“³⁹¹

Damit wird die Kommission dazu verpflichtet dem Untersuchungsgrundsatz dadurch nachzukommen, dass auch bei unvollständigen Gegenbeweisen des Unternehmens, sie den Nachweis eines praktizierten wettbewerbswidrigen Verhaltens durch ein Unternehmen zu erbringen hat. Insoweit Zweifel an den von der Kommission vorgebrachten Anhaltspunkten bestehen, dürfen diese nicht zu Lasten der Unternehmen gehen. Andererseits wird der Umfang des Untersuchungsgrundsatzes vom EuGH insoweit eingeschränkt, dass die Unternehmen eine aktive Mitwirkungspflicht haben und den Auskunftsverlangen der Kommission Folge leisten müssen, auch wenn sie dabei Tatsachen eingestehen, die dazu führen, dass Ihnen ein wettbewerbswidriges Verhalten nachgewiesen werden kann:

„Das fragliche Unternehmen muss der Kommission daher auf deren Verlangen die genannten, den Gegenstand der Untersuchung betreffenden Dokumente vorlegen, auch wenn diese Schriftstücke von der Kommission als Beweis für das Vorliegen einer Zuwiderhandlung verwendet werden könnten.“³⁹²

„Diese Pflicht zur Zusammenarbeit erlaubt es dem Unternehmen nicht, sich Verlangen nach Vorlage von Dokumenten mit der Begründung zu

³⁹¹ EuGH, Slg. 1978, 207, 306, *UBC (United Brand Company)*.

³⁹² EuGH, Slg. 2006, I-5915, Rn. 44, *SGL Carbon*

*entziehen, dass es sich selbst belasten müsste, wenn es ihnen nachkommen würde.*³⁹³

Allerdings müssen Fragen, die auf ein konkretes Geständnis abzielen nicht beantwortet werden.³⁹⁴

Der Untersuchungsgrundsatz der Kommission wird demnach nicht durch den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* eingeschränkt, denn dieser findet im Kartellverfahrensrecht keine Anwendung. Der Umfang der Auskunftspflicht und insbesondere der Umfang von Auskunftsverweigerungsrechten bleiben damit der Überprüfung durch den Gerichtshof überlassen.

IX. Zusammenfassung

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts nehmen, obwohl sie nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt sind, einen hohen Stellenwert in der Rechtsordnung der Gemeinschaft ein. Dies kommt insbesondere in der Tatsache zum Ausdruck, dass sie als Bestandteil des Primärrechts mit den Gründungsverträgen auf einer Stufe stehen und somit sämtlichen sekundärrechtlichen Normen und dem Recht der Mitgliedstaaten vorgehen. Die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze geht maßgeblich auf die Rechtsprechung des EuGH zurück, der dazu in den Verträgen auch ausdrücklich ermächtigt wurde. Ihre Bedeutung wird insbesondere in der Lückenschließung des, trotz der Regeldichte europäischer Rechtsnormen³⁹⁵, teilweise noch unvollständigen Gemeinschaftsrechts deutlich. Zudem bilden sie den Geltungsgrund für die in der Gemeinschaft nunmehr kodifizierten Grundrechte. Als Rechtsquellen für die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind vor allem die Verfassungen der Mitgliedstaaten und die völkerrechtlichen Verträge zu nennen. Die wertende Rechtsvergleichung dient bis heute dem EuGH der Entwicklung und Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Neben der Lückenfüllung vor allem im europäischen Verwaltungsrecht haben sie ein hohes Praxisbezug insbesondere im Kartellrecht, wo sie vor allem die Verteidigungsrechte der Unternehmen in hohem Masse beeinflussen und stärken. Ihre Entwicklung, die durch den EuGH angestoßen und fortgeführt wur-

³⁹³ EuGH, Slg. 2006, I-5915, Rn. 48, *SGL Carbon*.

³⁹⁴ EuGH, Slg. 1989, 3283, Rn. 35, *Orkem*; EuG, 2001, II-729, Rn. 67, *Mannesmann-Röhrenwerke*.

³⁹⁵ Zu deren Ursache: *Nationale Egoismen*, <http://www.dradio.de/dlf/sendungen/europaheute/591062/> vom 07.02.2007.



de, findet unabhängig von der nunmehr bestehenden Grundrechtecharta, kein Ende. Als fester Bestandteil der Rechtsordnung werden sie als ungeschriebene Grundsätze weiterhin die Rechtsprechung aber auch die konkrete Rechtsanwendung durch die Exekutive im Kartellverfahren beeinflussen.

Teil 3 EU-Wettbewerbs- und Kartellrecht

Nachdem nun die Existenz, Entwicklung und Reichweite allgemeiner Rechtsgrundsätze im Europarecht nachgewiesen wurde, steht nun die Untersuchung der informellen Absprache zwischen der Kommission und Unternehmen im EU-Wettbewerbs- und Kartellrecht im Vordergrund. Zuvor wird anhand einer Einführung in das EU-Kartellrecht die informelle Absprache materiell- und verfahrensrechtlich eingeordnet. Die rechtlichen Grundlagen des EU-Wettbewerbsrechts reichen zurück auf die Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaft, die im Folgenden vorgestellt werden. Schließlich werden Zulässigkeit und Rechtsnatur der informellen Absprachen untersucht, wobei die allgemeinen Rechtsgrundsätze hierbei als eine Art Prüfungsmaßstab eine bedeutende Rolle spielen.

Abschnitt 1 Die rechtlichen Grundlagen in den Verträgen

A. Die Gründungsphase

Der bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon gültige EG-Vertrag ging zurück auf den am 25.03.1957 unterzeichneten und am 01.01.1958 in Kraft getretenen Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag).³⁹⁶ Daneben war der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS-Vertrag) vom 18.04.1951 bereits am 23.07.1952 in Kraft getreten.³⁹⁷ Zusammen mit dem EWG-Vertrag ist der Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom)³⁹⁸ unterzeichnet worden, der ebenfalls am 01.01.1958 in Kraft getreten ist. Vertragspartner dieser Gründungsverträge waren Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und die Niederlande.

³⁹⁶ BGBl. II Nr. 23 vom 19.08.1957, S. 766; Berichtigung BGBl. II Nr. 35 vom 05.11.1957, S. 1678 und Nr. 3 vom 05.02.1958, S. 64; zuletzt geändert durch Beitrittsakte 2003 vom 16.04.2003, Abl. (EG) Nr. L 236, S. 33.

³⁹⁷ Abl. (EG) Nr. C 191 vom 29.07.1992, S. 1; zuletzt geändert durch Beitrittsakte 2003 vom 16.04.2003, Abl. (EG) Nr. L 236, S. 33.

³⁹⁸ EURATOM, Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, vom 25.03.1957; Abl. (EG) Nr. C 321 E vom 29.12.2006 (Konsolidierte Fassung).

Daneben wurden für die drei Europäischen Gemeinschaften mit dem gemeinsamen Rat und der Kommission gemeinsame Organe geschaffen, die die in den Verträgen festgelegten Ziele und Kompetenzen ausfüllten.

Nachdem der EGKS-Vertrag am 23.07.2002 außer Kraft getreten ist, gilt der EG-Vertrag nun auch für die Wirtschaftsbereiche Kohle und Stahl.

B. Die Gründung der Europäischen Union

Am 07.02.1992 ist der Vertrag über die Europäische Union von den damaligen Mitgliedstaaten unterzeichnet worden, der am 01.01.1993 in Kraft getreten ist.³⁹⁹ Die in den Gründungsverträgen geregelte Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten wird dadurch ergänzt durch die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik sowie einer Kooperation in der Innen- und Justizpolitik.

Zum 01.05.1999 ist die durch den Amsterdamer Vertrag⁴⁰⁰ geänderte Fassung des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag) in Kraft getreten, die den bisherigen EWG-Vertrag ablöst.

C. Mitgliedstaaten und Geltungsbereich des EG-Vertrages

Die zunächst sechs Mitgliedstaaten haben sich nunmehr auf 27 Mitgliedstaaten erweitert. Am 01.01.1973 sind Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich beigetreten, zum 01.01.1981 Griechenland, zum 01.01.1986 Portugal und Spanien, zum 01.01.1995 Finnland, Österreich und Schweden. Die größte Erweiterung fand zum 01.05.2004 statt durch den Beitritt von Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowenien, die Slowakei, Tschechien, Ungarn und Zypern. Am 01.01.2007 sind Bulgarien und Rumänien der Gemeinschaft beigetreten.

Gem. Art. 52 EUV gelten die Verträge uneingeschränkt für sämtliche Mitgliedstaaten. Darüber hinaus gilt er auch für die französischen überseeischen Departements, die Azoren, Madeira und die Kanarischen Inseln. Für die überseeischen Länder und Hoheitsgebiete (z.B. Grönland, Französisch-Polynesien, die Niederländischen Antillen (Bonaire, Curacao), die Britischen Jungferninseln und Bermuda) gilt ein besonderes

³⁹⁹ Abl. (EG) Nr. 191 C vom 29.07.1992, S. 1; zuletzt geändert durch Beitrittsakte 2003 vom 16.04.2003, Abl. (EG) Nr. L 236, S. 33.

⁴⁰⁰ Abl. (EG) Nr. C 340 vom 10.11.1997.



Assoziierungssystem gem. Art. 355 AEUV. Die Wettbewerbsregeln gelten im Verhältnis zu diesen Gebieten jedoch nicht.

Am 01.01.1994 trat das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) in Kraft, welches für die EU-Mitgliedstaaten sowie die Mitglieder der EFTA (Norwegen, Island und Liechtenstein) in Art. 53 und 54 Wettbewerbsregeln einführt, die dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft gem. Art. 101ff. AEUV entsprechen. Die Schaffung des EWR führt in der Praxis zu einer räumlichen Ausdehnung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, wobei jedoch einzelne Wirtschaftsbereiche wie z.B. die Landwirtschaft davon ausgenommen sind.

Abschnitt 2

Wettbewerbsrecht des EU-Vertrages

Das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft ist in den Art. 28ff. AEUV geregelt, also dem dritten der sieben Teile des AEUV. In Teil 3, Titel VII des AEUV befinden sich die „gemeinsamen Regeln betreffend Wettbewerb, Steuerfragen und Angleichung der Rechtsvorschriften“. Dieser besteht aus drei Kapiteln, deren erstes die „Wettbewerbsregeln“ in den Art. 101 bis 109 AEUV umfassen. Dieses Kapitel 1 unterteilt sich weiter in zwei Abschnitte, nämlich Abschnitt 1, der die „Vorschriften für Unternehmen“ enthält und Abschnitt 2 der sich mit „staatlichen Beihilfen“ beschäftigt. Maßgeblich für diese Untersuchung ist ausschließlich das „Kartellverbot“ gem. Art. 101 AEUV und das dazugehörige Sekundärrecht, insbesondere die VO 01/03.

A. *Wirtschaftspolitik der Union und Wirtschaftsverfassung*

Gem. Art. 119 Abs. 1 AEUV verpflichten sich die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen eines Binnenmarktes dem „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“. Anders als im deutschen Grundgesetz⁴⁰¹ ist daher im Gemeinschaftsrecht eine bestimmte Wirtschaftspolitik als Grundsatz vorgegeben,

⁴⁰¹ Nach st. Rspr. des BVerfG legt sich das deutsche Grundgesetz nicht auf eine bestimmte Wirtschaftsverfassung fest oder gewährleistet eine solche. Das Grundgesetz ist daher wirtschaftspolitisch neutral. Der Gesetzgeber sei nicht verpflichtet die Wettbewerbsfreiheit überall und unter allen Bedingungen zu fördern, bzw. gegenüber anderen Schutzgütern abzusichern. Dennoch geht das BVerfG von einer marktwirtschaftlich geordneten Wirtschaft aus und spricht von einem freien Wettbewerb. BVerfGE 7, 377, 400; 12, 263, 275; 50, 290, 336. siehe auch *Durchlaub*, DB 1976, S. 1946 (1946), für die Zugabeverordnung.

nämlich die „offene Marktwirtschaft“. Der Grundsatz der „offenen Marktwirtschaft“ wird einhellig als „ordnungspolitischer Programmsatz“⁴⁰² aufgefasst, dem sich die Gemeinschaft und alle Mitgliedstaaten verpflichtet haben. Eine rechtliche Einordnung des Grundsatzes der Marktwirtschaft ist durch den EuGH noch nicht klar erfolgt. So hat er z.B. ausgeführt,

*„dass bestimmte Maßnahmen die Auswirkungen des normalen Kräfte-
spiels in einer Marktwirtschaft verhindern.“*⁴⁰³

und

*„dass bestimmte Interventionen nach dem EGKS-Vertrag Abweichungen
vom Prinzip der Marktwirtschaft darstellen.“*⁴⁰⁴

Eine Definition des Begriffes Marktwirtschaft enthielten diese Urteile freilich nicht. Vielmehr scheint man innerhalb der Gemeinschaft davon auszugehen, dass sich jeder innerhalb und sogar außerhalb von Europa von diesem Begriff eine Vorstellung machen kann. So hat der Europäische Rat von Kopenhagen eine *funktionierende Marktwirtschaft* als Aufnahmekriterium für die nunmehr beigetretenen osteuropäischen Ländern gefordert, ohne dies näher zu definieren.⁴⁰⁵ Allgemein versteht man unter diesem Begriff folgendes:

*„Die Marktwirtschaft bezeichnet eine arbeitsteilig organisierte Wirtschaftsordnung, in der die Koordination von Produktion und Konsumtion über das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage auf Märkten erfolgt.“*⁴⁰⁶

Demnach ist jeder Marktteilnehmer, Unternehmer oder Verbraucher, für sich selbst verantwortlich und richtet demnach auch seine Planung aus⁴⁰⁷, die er versucht ge-

⁴⁰² *Bandilla* in: Grabitz/Hilf, Art. 4 EGV, Rn. 7.

⁴⁰³ EuGH, Slg. 1994, I-4103, 4153, *Spanien*.

⁴⁰⁴ EuGH, Slg. 1982, 517, 544, *Ferreira Padana*.

⁴⁰⁵ BulLEG Nr. 6/1993, S. 7ff., I.13, 21./22.06.1993.

⁴⁰⁶ <http://de.wikipedia.org/wiki/Marktwirtschaft> vom 13.04.2007.

⁴⁰⁷ Die Marktwirtschaft grenzt sich damit von der Subsistenzwirtschaft ab, bei der die Produktion nur direkt für den eigenen Bedarf und nicht zum Zweck des Austausches stattfindet. Im Gegensatz zur Zentralverwaltungswirtschaft plant in der Marktwirtschaft jedes Wirtschaftssubjekt prinzipiell für sich

genüber anderen Marktteilnehmern auch durchzusetzen.⁴⁰⁸ Die in der Gemeinschaft praktizierte Marktwirtschaft kann daher auch als *freie Marktwirtschaft* bezeichnet werden.⁴⁰⁹ Der Preis einer Ware oder Dienstleistung bildet sich demnach aus dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage auf einem bestimmten Markt. Eine Preisfestsetzung durch die Exekutive oder die Marktteilnehmer untereinander verbietet sich daher.

Darüber hinaus umfasst der in Art. 119 Abs. 1 AEUV festgelegte Grundsatz der offenen Marktwirtschaft den Zusatz des „freien Wettbewerbs“. Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten verpflichten sich daher einen freien Wettbewerb zu errichten bzw. einen unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten. Da es sich bei dem *freien Wettbewerb* um einen Idealzustand handelt, der aufgrund der faktisch vorhandenen Vielzahl von Wettbewerbsverstößen⁴¹⁰, nicht zu erreichen ist, müssen innerhalb der Gemeinschaft Institutionen geschaffen werden, die den Wettbewerb überwachen und Verfälschungen, soweit wie möglich, abstellen. Von einem tatsächlichen freien Wettbewerb kann also keine Rede sein. Zweck der Wettbewerbsregeln ist es daher in erster Linie, den vom Vertrag angestrebten, wettbewerblich organisierten Binnenmarkt gegen private Beschränkungen zu schützen.⁴¹¹

Dahinter steht die Erfahrung, dass private Wettbewerbsbeschränkungen weithin dieselben Wirkungen wie die vom Vertrag gerade abgeschafften staatlichen Handelshemmnisse haben können. Will der Vertrag durch die Beseitigung der staatlichen Handelshemmnisse einen echten Binnenmarkt schaffen, so muss er zugleich dafür Sorge tragen, dass die staatlichen Handelshemmnisse nicht durch private ersetzt werden.⁴¹²

selbst. Elementar für eine entwickelte Marktwirtschaft ist ein funktionierendes Tauschmittel, also Geld, welches den indirekten Austausch von Waren und Dienstleistungen nach dem Muster „Ware gegen Geld, Geld gegen andere Ware“ gegenüber einem einfachen Tauschhandel nach dem Muster „Ware gegen andere Ware“ erst ermöglicht. <http://de.wikipedia.org/wiki/Marktwirtschaft> vom 13.04.2007.

⁴⁰⁸ Woll, Volkswirtschaftslehre, S. 68.

⁴⁰⁹ Woll, Volkswirtschaftslehre, S. 70, Beschränkt sich die Staatstätigkeit in einer Marktwirtschaft auf das Anbieten kollektiver Güter (wie Rechtsordnung, Landesverteidigung, Gesundheitsvorsorge u.ä.) und ist die wirtschaftliche Aktivität des einzelnen sonst völlig frei, so spricht man von einer „laissez faire-Marktwirtschaft“. Hinter diesem Begriff steht die Ansicht, dass eine vom Staat weitgehend unbeeinflusst und unbeschränkt gelassene private Initiative die sicherste Gewähr für ein reibungsloses Funktionieren der Wirtschaft und deren rasche Entwicklung sei.

⁴¹⁰ Vgl. dazu beispielhaft die sogenannten „hard-core“ Kartelle, die innerhalb eines bestimmten Marktes den freien Wettbewerb vollständig ausgeschaltet haben, http://www.tagesschau.de/aktuell/meldungen/0,1185,OID6438248_REF1_NAV_BAB,00.html vom 13.04.2007.

⁴¹¹ EuGH Slg. 1973, 215, (244ff.); 1974, 223, (252ff.); 1977, 2115, (2145ff.); 1979, 461, (552ff.); 1980, 3393, (3421); 1982, 329, (348f.); 1989, 2119, (2126).

⁴¹² Emmerich, Kartellrecht, S. 370.

Die Kommission als europäische Wettbewerbsbehörde und die Behörden der Mitgliedstaaten sind zu diesem Zweck mit weit reichenden Kompetenzen im Rahmen der repressiven Eingriffsverwaltung ausgestattet worden.⁴¹³ Die Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft muss daher gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV Wettbewerbsregeln festlegen, die für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich sind.

Der Wettbewerb muss also von der Gemeinschaft nicht erst errichtet werden, da dieser aus den einzelnen Marktteilnehmern innerhalb der Gemeinschaft bereits besteht. Vielmehr konzentriert sich die Aufgabe der Gemeinschaft darauf, Verfälschungen des Wettbewerbs aufzudecken und abzustellen. Der Wettbewerb wird begrifflich wie folgt umschrieben:

„Wettbewerb bezeichnet in der Wirtschaftswissenschaft das Streben von mindestens zwei Akteuren nach einem Ziel, wobei der höhere Zielerreichungsgrad eines Akteurs einen niedrigeren Zielerreichungsgrad des anderen bedingt. Zugrunde liegt die allgemeinere Bedeutung des Wortes Konkurrenz.“⁴¹⁴

Dieser Wettlauf zwischen den Akteuren darf von außen, weder von Gemeinschaftsorganen noch von anderen Marktteilnehmern beeinflusst werden. Darüber hinaus dürfen die in Konkurrenz stehenden Unternehmen ihren Wettlauf untereinander nicht beeinflussen, indem sie ein Kartell bilden oder andere wettbewerbswidrige Verhaltensweisen praktizieren, denn in einer offenen Marktwirtschaft sind die Marktteilnehmer für den Erfolg oder Misserfolg ihres Handelns selbst verantwortlich.

Die Wirtschaftspolitik der Gemeinschaft als „offene Marktwirtschaft bei einem freien Wettbewerb“ verfolgt daher das Ziel innerhalb des Binnenmarktes das Wettbewerbsprinzip für alle Marktteilnehmer zu verwirklichen. Dies gilt auch gegenüber Drittstaaten, weshalb eine protektionistische Wirtschaftspolitik nicht Bestandteil einer offenen Marktwirtschaft ist.⁴¹⁵

⁴¹³ Vgl. VO 01/2003, Abl. (EG) Nr. L 1 vom 16.12.2002.

⁴¹⁴ http://de.wikipedia.org/wiki/Wettbewerb_%28Wirtschaft%29 vom 13.04.2007.

⁴¹⁵ Die jüngste Entwicklung im Energiesektor hat jedoch gezeigt, dass einzelne Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft versuchen ihre nationalen Konzerne gegenüber anderen Marktteilnehmern in anderen Mitgliedstaaten bevorzugt zu behandeln. Die Kommission ist bislang solchen Verhaltensweisen der Exekutive der Mitgliedstaaten energisch entgegengetreten, jedoch nicht immer mit Erfolg, vgl. dazu der Übernahmeversuch der spanischen ENDESA durch die deutsche E.ON AG. <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,475477,00.html> vom 03.04.2007.

Schließlich ist der Zusammenhang von Grundfreiheiten und Wettbewerbssystem nach der Rechtsprechung des EuGH unstrittig.⁴¹⁶ Die Grundfreiheiten, die in ihrem Anwendungsbereich subjektive Rechte auf Teilnahme am Binnenmarkt begründen, prägen gemeinsam mit den Wettbewerbsregeln die marktwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung der EU.⁴¹⁷ Die Öffnung der Märkte, wie sie die Grundfreiheiten erzwingen, gehört ökonomisch zur Wettbewerbspolitik.⁴¹⁸ Um den Wettbewerb in der Gemeinschaft vor Verfälschungen zu schützen sind insbesondere Art. 101 und 102 AEUV geschaffen worden.

B. Kartellverbot nach Art. 101 AEUV

Nach Art. 101 AEUV sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, abgestimmte Verhaltensweisen und Beschlüsse zwischen Unternehmen verboten. Anders als im deutschen Kartellrecht⁴¹⁹ werden hiervon sowohl horizontale, als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen umfasst.⁴²⁰ Demnach sind alle horizontal und vertikal vereinbarten, beschlossenen oder abgestimmten Wettbewerbsbeschränkungen untersagt und gem. Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig. Dieses gesetzliche Verbot gilt unmittelbar, absolut⁴²¹ und gegen alle⁴²², weshalb eine diesbezügliche Behördenentscheidung nur deklaratorischen Charakter hat, die den Kartellverstoß lediglich bestätigt.⁴²³ Im Bereich der vertikalen Absprachen werden davon vor allem Preisabsprachen und sonstige Inhaltsbindungen, Abschlussbindungen, Ausschliesslichkeitsverträge und alle Arten von Exportverboten umfasst.⁴²⁴ Der Kern einer Wettbewerbsbeschränkung liegt in der Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der an

⁴¹⁶ EuGH, Slg. 1991-I, 1223, 1269, Rn. 41, *Französische Republik/Kommission*; EuGH, Slg. 1991-I, 6609, Gutachten 1.

⁴¹⁷ *Basedow*, Wirtschaftsverfassung, S. 82; *ders.* FS Everling, S. 49ff; *Behrens*, S. 73ff.; *Mussler*, Diss., S. 22; *Müller-Graff*, EuR, Beiheft 1, 2002, S. 12; *Möschel*, S. 30.

⁴¹⁸ Ausführlich dazu: *Immenga/Mestmäcker* in: *Immenga/Mestmäcker*, Einleitung, Rn. 13.

⁴¹⁹ Vgl. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB, in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114), zuletzt geändert durch Artikel 1a des Gesetzes vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966).

⁴²⁰ Horizontale Absprachen sind solche, die zwischen Unternehmen derselben Produktions- oder Vertriebsstufe abgeschlossen werden, also z.B. Preisabsprachen, Marktaufteilungen, Produktions- und Absatzkontrollen sowie Strukturkrisenkartelle. Vertikale Absprachen werden hingegen von Unternehmen abgeschlossen, die auf verschiedenen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig sind. Beispiele dafür sind der Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen, wobei zumeist der Produzent dem Vertriebspartner z.B. Preise oder Rabattgrenzen diktiert, Exportverbote auferlegt und Bezugsbindungen regelt, die so genannte Marktzutrittsschranken enthalten können.

⁴²¹ *Schmidt* in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 81 Abs. 2, Rn. 13ff.

⁴²² EuGH, Slg. 1971, 949, 962, *Beguelin*.

⁴²³ Siehe Art. 1 Abs. 2 VO 01/03.

⁴²⁴ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Einleitung, Rn. 6.

einer Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung beteiligten oder durch einen Beschluss betroffenen Unternehmen.⁴²⁵ Diese Unternehmen schließen somit untereinander den freien Wettbewerb durch Ihre Verhaltenskoordinierung aus. Im Folgenden werden die Tatbestandsvoraussetzungen des Kartellverbots gem. Art. 101 AEUV behandelt.

I. Tatbestandsvoraussetzungen eines Kartellverbots gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV

1. Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen

Normadressaten des europäischen Kartellverbots sind *Unternehmen* und *Unternehmensvereinigungen*. Der geltende *funktionale Unternehmensbegriff*⁴²⁶ setzt voraus, dass nicht nur eine Unternehmenseigenschaft als solches, sondern vor allem eine wirtschaftliche Betätigung durch das betroffene Unternehmen vorliegt. Ein solches unternehmerisches Handeln äußert sich durch eine Beteiligung am geschäftlichen Leistungsaustausch, also das Angebot von Waren oder Dienstleistungen bzw. die Nachfrage danach. Die gewählte Rechtsform des Unternehmens ist in diesem Zusammenhang ohne Belang.⁴²⁷ Weiterhin unterliegen auch Unternehmensvereinigungen dem Kartellverbot, wobei der Zweck oder die Rechtsform der Vereinigung unerheblich ist, wodurch ein weiterer Anwendungsspielraum des Art. 101 AEUV gewährleistet wird.⁴²⁸

2. Vereinbarungen, Beschlüsse, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Eine Vereinbarung zwischen mindestens zwei Unternehmen liegt dann vor, wenn die Parteien ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.⁴²⁹ Auch hier ist die Form, in

⁴²⁵ h.M. *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, Band 1, 1997, Art. 85 Rn.140 m.w.N.

⁴²⁶ Zwei Merkmale beinhaltet der funktionale Unternehmensbegriff, nämlich das Vorliegen eines Rechtssubjekts und die Ausübung einer kommerziellen oder wirtschaftlichen Tätigkeit, wobei der Schwerpunkt auf dem zweiten Merkmal liegt. Dadurch werden vor allem der private Verbrauch und das staatliche Handeln auszuklammern versucht. *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, 3. Auflage, Art. 85 Rn. 14f.

⁴²⁷ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81, Rn. 9.

⁴²⁸ *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, Band 1, 1997, Art. 85, Rn. 35.

⁴²⁹ EuGH, Slg. 1970, 661, Rn. 112, *ACF Chemiefirma*; Slg. 1980, 3125, Rn. 86, *Van Landewyck*; Slg. 1990-I, 45, *Sandoz*; EuG 1992-II, 1275, Rn. 301 *Chemie Linz*; Slg. 1995-II, 791, Rn. 95, *Tréfileurope*.

der die Vereinbarung abgeschlossen wurde, gleichgültig.⁴³⁰ Gleiches gilt für Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen. Als Auffangtatbestand kommt schließlich die *aufeinander abgestimmte Verhaltensweise* in Betracht. Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine solche in jeder Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinn gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.⁴³¹ Davon abzugrenzen ist das *autonome Parallelverhalten*, bei dem die Unternehmen ihr Verhalten in völliger Selbständigkeit bestimmen und eben nicht zuvor koordiniert haben.⁴³² Auch stellen *einseitige Maßnahmen* eines Unternehmens keine Verhaltensabstimmung aufgrund der fehlenden Koordinierung dar. Anders ist dies jedoch zu beurteilen, wenn der einseitigen Maßnahme zuvor eine sogenannte „Fühlungnahme“ mit einem anderen Unternehmen vorausgegangen ist.⁴³³

Die Tatbestandsvoraussetzung der *abgestimmten Verhaltensweise* bildet den Kern jeder informellen Absprache zwischen Unternehmen und der Kommission, da nur unter diesem Gesichtspunkt durch die Unternehmen wieder rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Die Unternehmen haben es, wie schon bei dem Zustandekommen der wettbewerbswidrigen Vereinbarung, selbst in der Hand diese abzustellen bzw. zu beenden. Die Einstellung der Praktizierung der wettbewerbswidrigen Vereinbarung ist daher der Hauptbestandteil einer informellen Absprache, denn diese ist meist Voraussetzung dafür, dass die Kommission ihrerseits ein Verbotsverfahren gegen das entsprechende Unternehmen einstellt. Daher wird die Einstellung eines Verfahrens durch die Kommission meist von der Beendigung der wettbewerbswidrigen Vereinbarung seitens der Unternehmen abhängen.

Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen können von den Unternehmen nur mittelbar beeinflusst werden, und sind daher im Rahmen einer informellen Absprache nicht geeignet wettbewerbskonforme Zustände wiederherzustellen. Dies gilt z.B. für die Zwischenstaatlichkeitsklausel, die Wettbewerbsbeschränkung oder deren Spürbarkeit, da diese nur von der Vereinbarung bzw. abgestimmten Verhaltensweise der Unternehmen abhängen, nicht jedoch durch diese unmittelbar disponibel sind. Stellen

⁴³⁰ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81, Rn. 34.

⁴³¹ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81, Rn. 46.

⁴³² Zur Abgrenzung: *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 1, Rn. 109; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81, Rn. 47.

⁴³³ Eine Fühlungnahme beschreibt eine Kontaktaufnahme zwischen zwei Unternehmen zum Zwecke der Koordinierung ihres Marktverhaltens, wobei es unerheblich ist, von wem die Initiative ausgegangen ist, *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 1, Rn. 104.

die betroffenen Unternehmen ihre Vereinbarung ein, oder praktizieren diese nicht weiter, so entfallen damit diese genannten Tatbestandsvoraussetzungen. Im übrigen genügt es bereits, wenn eine der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 AEUV entfällt, da diese kumulativ vorliegen müssen, um einen Wettbewerbsverstoß zu rechtfertigen. Die Tatbestandsvoraussetzung der Vereinbarung bzw. abgestimmten Verhaltensweise im Rahmen des Art. 101 AEUV ist daher unverzichtbarer Bestandteil einer möglichen informellen Absprache zwischen den betroffenen Unternehmen und der Kommission zur Einstellung eines Verbotsverfahrens nach der VO 01/03. Die informelle Absprache hat daher einen starken Bezug zum materiellen Kartellrecht und beschränkt sich keinesfalls auf lediglich verfahrensrechtliche Gesichtspunkte.

3. Wettbewerbsbeschränkung

Die durch die Unternehmen praktizierte Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sodann zu einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung geführt haben. Art. 101 Abs. 1 AEUV verlangt in diesem Zusammenhang als Zweck oder Wirkung der Vereinbarung die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs. Eine Einschränkung ist nach dem EuGH bereits dann gegeben, wenn die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten aller oder einzelner der an einer unternehmerischen Maßnahme Beteiligten beschränkt wird.⁴³⁴ Darüber hinaus reicht auch eine Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten gegenüber Dritten, wodurch der Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV erheblich erweitert wird.

4. Bezweckte oder Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

Die Vereinbarung muss schließlich eine Wettbewerbsbeschränkung entweder bezweckt oder zumindest bewirkt haben.⁴³⁵ Ein solcher Zweck kann dann angenommen werden, wenn die Vereinbarung objektiv geeignet ist eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, wobei primär auf den Inhalt der Absprache abzustellen ist. Wenn ein wettbewerbsbeschränkender Zweck einer Vereinbarung ausscheidet, so muss untersucht werden, ob nicht zumindest eine Bewirkung einer solchen vorliegt. Hierzu muss ein Vergleich zwischen den tatsächlichen Wettbewerbsverhältnissen und den hypothetischen Wettbewerbsverhältnissen ohne die Vereinbarung vorgenommen werden. Dabei muss der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzusam-

⁴³⁴ EuGH, Slg. 1984, 883 Rn. 46, *Hasselblad*; Slg. 1995, I-3439, Rn. 19, *BMW/ALD*; Slg. 1998, I-1983, Rn. 13, *Javico/YSL*; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81, Rn. 68.

⁴³⁵ Zur Diskussion zwischen EuGH und Kommission, dazu, *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 81 Abs. 1, Rn. 135, 147.

menhang der Vereinbarung geprüft werden, um feststellen zu können, ob durch die Vereinbarung eine Veränderung gegenüber dem unverfälschtem Wettbewerb eingetreten ist.⁴³⁶

Als Anhaltspunkte können dafür die in Art. 81 Abs. 1 Ziffer a) bis e) aufgeführten Regelbeispiele dienen, bei denen typischerweise eine Wettbewerbsbeschränkung angenommen werden kann.⁴³⁷

5. Zwischenstaatlichkeitsklausel

Maßgebliches Kriterium zur Abgrenzung der Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts gegenüber dem Kartellrecht der Mitgliedstaaten ist die Zwischenstaatlichkeitsklausel⁴³⁸, wonach eine Wettbewerbsbeschränkung den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sein muss. Der EuGH hat dafür folgende Formel entwickelt:

„Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten liegt dann vor, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme unter Berücksichtigung der Gesamtheit objektiv rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflusst, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein könnte.“⁴³⁹

Ob demnach eine Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handelns vorliegt bemisst sich nicht an dem tatsächlichen status quo, sondern anhand einer Prognoseentscheidung über die Spürbarkeit der Beeinträchtigung. Der EuGH hat bereits früh im Interesse der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes eine sehr weite Auslegung⁴⁴⁰ vertreten, wodurch auch rein nationale Wettbewerbsbeschränkungen

⁴³⁶ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81, Rn. 73.

⁴³⁷ Ausführlich dazu: *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 301ff.

⁴³⁸ *Bruhin*, Diss. S. 92; *Koenigs*, in: *FS Pfeiffer*, S. 569; *Lorenzo Alonso*, Diss., S. 87; *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, § 4, *Reich*, in: *FS Steindorff*, S. 1065 (1065); *Burnley*, *ECLR* 2002, S. 217 (217); *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 262ff.

⁴³⁹ EuGH, Slg. 1966, 281, 322, *Maschinenbau Ulm*; Slg. 1980, 3775, *L'Oréal*; Slg. 1985, 3831, *Stichting Sigarettenindustrie*; Slg. 1993, I-1307, *Ahlström*; Slg. 1997, I-1411, *Ferriere Nord*; EuG Slg. 1994, II-549, *Parker Pen*; Slg. 1995, II-1533, *Langnese*; Slg. 1997, II-759, *Bleomkwekerijprodukten*.

⁴⁴⁰ Ausführlich zu den Auslegungsgrundsätzen: *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 81 Abs. 1

unter bestimmten Voraussetzungen dem EU-Kartellrecht unterworfen sind.⁴⁴¹ Der Anwendungsbereich wird daher in der Praxis sehr weit gefasst, wodurch das nationale Kartellrecht immer weiter verdrängt wird.⁴⁴²

Neben der Abgrenzungsfunktion zum nationalen Kartellrecht der Mitgliedstaaten ist die Zwischenstaatlichkeitsklausel auch materielles Tatbestandsmerkmal des Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁴⁴³ Systematisch ist sie daher nach der Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen.⁴⁴⁴

Bei Vorliegen dieser positiv formulierten Tatbestandsvoraussetzungen kann ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten dennoch erlaubt sein, wenn es unter die Ausnahmevorschrift des Art. 101 Abs. 3 AEUV subsumiert werden kann.

II. Die Legalausnahme vom Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV

Art. 101 Abs. 3 AEUV enthält eine Ausnahme vom Kartellverbot, wonach Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen dann erlaubt sind, wenn sie zur Verbesserung der Warenerzeugung⁴⁴⁵ oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, der Verbraucher in angemessenem Rahmen am Gewinn beteiligt wird, den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind und sie keine Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschließen.⁴⁴⁶ Nach der früher geltenden VO 17/62 war eine solche Freistellung nur anhand einer Gruppenfreistellung⁴⁴⁷ oder durch eine Einzelfreistellung anhand einer Einzelfreistel-

EGV, Rn. 265.

⁴⁴¹ EuGH, Slg. 1966, 281, 303, *Maschinenbau Ulm*.

⁴⁴² Aufgrund der unmittelbaren Geltung des Art. 81 EGV in der Gemeinschaft, der dezentralen Anwendung durch die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten und der weitgehenden Harmonisierung der nationalen Kartellgesetze führt dies jedoch nicht zu einer Einschränkung der Qualität des Kartellrechts in der Union insgesamt.

⁴⁴³ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 4.

⁴⁴⁴ *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 1 EGV, Rn. 262.

⁴⁴⁵ Nach den Leitlinien der Kommission erstreckt sich Art. 81 Abs. 3 EGV analog auch auf Dienstleistungen, vgl. Abl. (EG) Nr. 101 vom 27.04.2004 S. 97, Rn. 48.

⁴⁴⁶ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81, Rn. 139; Die Freistellungsentscheidung unterlag nicht dem Ermessen der Kommission, sondern war eine gebundene Entscheidung, d.h. eine Freistellung war bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV zwingend zu erteilen.; EuGH, Slg. 1966, 321, 399, *Grundig*; widersprüchlich dazu: *Sauter* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band 1, 1997, Art. 85 Abs. 3, Rn. 5.

⁴⁴⁷ Dazu waren umfangreiche Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen worden, VO Nr. 1983/83; VO

lungentscheidung durch die Kommission möglich. Erst mit Erteilung dieser Entscheidung durch die Kommission wurde der durch ein Unternehmen praktizierte Sachverhalt kartellrechtlich legitimiert.⁴⁴⁸ Von der Anmeldung einer Kartellabsprache bis zum Erlass einer Einzelfreistellungsentscheidung konnten jedoch mehrere Jahre vergehen, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit und vor allem auf Seiten der Unternehmen zu einer nicht unerheblichen Planungsunsicherheit führte.

Die Kommission war daher dazu übergegangen an Stelle einer Einzelfreistellungsentscheidung *einfache Verwaltungsschreiben*, so genannte *comfort letter*⁴⁴⁹, zu erteilen, die keinen formalen Charakter aufwiesen, jedoch den betroffenen Unternehmen mitteilten, dass ihre angemeldete Kartellabsprache nach der derzeitigen Einschätzung der Kommission unbedenklich sei. Eine absolute Rechtssicherheit stellten diese *comfort letter* jedoch auch nicht dar, da, unabhängig von ihrer Rechtsnatur⁴⁵⁰, die Kommission jederzeit ein Kartellverfahren hätte einleiten oder wiederaufnehmen können.⁴⁵¹

Nach dem durch die Einführung der VO 01/03 zum 01.05.2004 geltenden System der Legalausnahme ist die Erteilung von Einzelfreistellungsentscheidungen und *comfort letters* obsolet geworden, da nunmehr jede Kartellabsprache, die dem gesetzlichen Ausnahmetatbestand des Art. 101 Abs. 3 AEUV entspricht, gesetzlich erlaubt ist, ohne dass es dazu einer Behördenentscheidung bedarf.⁴⁵² Sollte eine Vereinbarung jedoch außerhalb des von Art. 101 Abs. 3 AEUV erlaubten Anwendungsbereichs liegen, so tritt automatisch das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV in Kraft.

Dies ist in der Praxis insbesondere deshalb problematisch, weil die Unternehmen dazu angehalten sind ihre Vereinbarung selbst anhand Art. 101 Abs. 3 AEUV einzuschätzen. Die Unternehmen sollen nämlich durch eine rechtliche *Selbstveranlagung* nun vorab prüfen, ob ihre Kartellabsprache Art. 101 Abs. 3 AEUV entspricht.⁴⁵³ Diese rechtliche Beurteilung bereitet jedoch in der Praxis, insbesondere mittelständischen Unternehmen die über keine eigene Rechtsabteilung verfügen, erhebliche Probleme.

Nr. 1984/83; VO Nr. 123/85; VO Nr. 1475/95; VO Nr. 4087/88; VO Nr. 417/85; VO Nr. 3932/92, vgl. dazu im Überblick: *Veelken* in: Immenga/Mestmäcker, Band 1, 1997, GFVO, Rn. 6ff.

⁴⁴⁸ Das Verbot gem. Art. 81 Abs. 1 EGV hatte bereits vor Einführung der VO 01/03 unmittelbare Geltung, weshalb von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gesprochen wurde. Der Erlaubnisvorbehalt war in Art. 81 Abs. 3 EGV geregelt, wonach die Kommission auf angemeldete Kartellabsprachen Art. 81 Abs. 1 EGV für nicht anwendbar erklären konnte (Freistellung durch Negativattest).

⁴⁴⁹ *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, Band 2, 1997, VO 17, Art. 4, Rn. 48ff.

⁴⁵⁰ *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Band 2, 1997, Vor Art. 23ff. VO 01/03 Rn. 140.

⁴⁵¹ Zur Selbstbindung der Kommission: *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, Band 2, 1997, VO 17, Art. 4, Rn. 52.

⁴⁵² *Aicher/Schumacher* in: Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 259.

⁴⁵³ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81, Rn. 138.

Die Kommission hat daher umfangreiche unverbindliche Stellungnahmen veröffentlicht, die eine Vereinfachung dieser rechtlichen Selbsteinschätzung gewährleisten soll.⁴⁵⁴ Dennoch verbleibt eine erhebliche Rechtsunsicherheit⁴⁵⁵ in den Fällen, in denen eine Vereinbarung an der Grenze des noch zulässigen Maßstabes liegt. Sollte die Vereinbarung diese Grenze überschreiten so wird dadurch in der Konsequenz die gesamte Vereinbarung unwirksam. Andererseits werden die betroffenen Unternehmen eine Vereinbarung in der Formulierung her deutlich unterhalb dieser von Art. 101 Abs. 3 AEUV gezogenen Grenze platzieren, um eben diese Rechtsfolge der vollständigen Unwirksamkeit zu umgehen. Eine geltungserhaltende Reduktion wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen findet nämlich im EU-Kartellrecht nicht statt.⁴⁵⁶

1. Bedeutung der Legalausnahme für die informelle Absprache

Grundsätzlich hat die Einführung des Systems der Legalausnahme durch die Kartellrechtsreform zum 01.05.2004 nur geringe Auswirkungen auf die informelle Absprache zwischen der Kommission und Unternehmen, da diese im Rahmen des früheren Einzelfreistellungsverfahrens nur selten praktiziert wurde. Wie bereits erwähnt ergeben sich durch die Reform keine Änderungen des materiellen Kartellrechts im Rahmen des Anwendungsbereiches des Art. 101 Abs. 3 AEUV, sondern nur die Auslegung dieses Ausnahmetatbestandes wird geändert. Deshalb können hier keine rechtlichen Auswirkungen der Legalausnahme auf die informelle Absprache erkannt werden, sondern nur solche praktischer Natur.

Die Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV kann z.B. in den Inhalt einer informellen Absprache hineinwirken, dergestalt, dass sich die betroffenen Unternehmen verpflichten ihre Vereinbarungen bzw. abgestimmten Verhaltensweisen so zu modifizieren, dass sie unter die Legalausnahme fallen. Damit wäre dann ebenfalls sichergestellt, dass durch die Unternehmen wieder rechtmäßige Zustände wiederhergestellt wären. Ein Unternehmen kann nämlich einen wettbewerbsmäßigen Zustand auf zwei verschiedenen Wegen wiederherstellen.

Zum einen kann das Unternehmen insgesamt auf eine Vereinbarung mit einem anderen Unternehmen verzichten, wodurch bereits das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV entfallen würde. Zum anderen besteht die

⁴⁵⁴ Abl. (EG) Nr. 101 vom 27.04.2004 S. 97, Rn. 48-115, zur Rechtsnatur siehe: *Ellger*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 81 Abs. 3, Rn. 85.

⁴⁵⁵ *Mäger*, *Europäisches Kartellrecht*, 11. Kapitel, Rn. 58.

⁴⁵⁶ *Ellger*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 81 Abs. 3 EGV, Rn. 78.

Möglichkeit die wettbewerbswidrige Vereinbarung so zu gestalten, dass sie unter die Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV subsumiert werden kann und damit ebenfalls wettbewerbskonform wäre. Die letztere Alternative hat für die betroffenen Unternehmen insbesondere den wirtschaftlichen Vorteil, dass sie auf eine Zusammenarbeit mit einem anderen Unternehmen nicht gänzlich zu verzichten brauchen, sondern, unter gewissen Modifizierungen, weiter kooperieren können, was unter Umständen einen – legalen – Wettbewerbsvorteil gegenüber konkurrierenden Unternehmen herbeiführen kann.

Zuletzt sind auch praktische Auswirkungen der Legalausnahme auf die informelle Absprache zu erkennen.

Insoweit die Unternehmen berufen sind ihre Kartellabsprache im Rahmen der Selbstveranlagung anhand Art. 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen, tragen sie diesbezüglich auch das Risiko einer Fehleinschätzung.⁴⁵⁷ Dies wird deutlich unter Berücksichtigung der Beweislastregel des Art. 2 VO 01/03, wonach die Unternehmen, die sich auf die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV berufen dafür auch den Beweis erbringen müssen. Die Kommission dagegen ist beweispflichtig für die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV.

Wenn nun im Rahmen der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV eine „*non-liquet*“ Situation vorliegen würde, so ginge dies zu Lasten des betroffenen Unternehmens, mit der Rechtsfolge, dass der Kartellverstoß verboten bliebe. Die Verhandlungsposition des Unternehmens gegenüber der Kommission zur Herbeiführung einer informellen Absprache wäre daher erheblich geschwächt mit der Konsequenz, dass gegenüber der Kommission weitreichende Zugeständnisse in Bezug auf Maßnahmen zur Abstellung der kartellrechtswidrigen Umstände gemacht werden müssten.

Andererseits führt das System der Legalausnahme auch auf Seiten der Kommission zu praktischen Auswirkungen im Rahmen der informellen Absprache. Musste nach früherem Recht der VO 17/62 eine Kartellabsprache, die von einem Unternehmen angemeldet wurde, von der Kommission ausdrücklich freigestellt werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorlagen, so gilt Art. 101 Abs. 3 AEUV – *de lege lata* – unmittelbar. Auch wenn nun gem. Art. 2 VO 01/03 die Beweislast dafür bei den Unternehmen liegt, wird dadurch der Grundsatz der Amtsermittlung nicht

⁴⁵⁷ Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 1 VO 01/03, Rn. 17, 31.

vollständig aufgehoben.⁴⁵⁸ Die Kommission wird nämlich bevor sie ein Verbotverfahren eröffnet auch die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV prüfen müssen, um die Erfolgsaussichten des Verfahrens einschätzen zu können. Wenn nun objektiv die Kartellabsprache unter die Ausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV fällt, so muss die Kommission das Verfahren von Amts wegen einstellen, weil dann kein Kartellverstoß mehr vorliegt, der ein Verbotverfahren rechtfertigen würde. Die Verhandlungsposition der Kommission im Rahmen einer informellen Absprache ist daher insoweit geschwächt, als dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV das Verfahren eingestellt werden muss, ohne dass das Unternehmen zu Maßnahmen zur Abstellung des Kartellverstoßes angehalten werden kann.

Im Ergebnis heben sich die Vor- und Nachteile für die Kommission und die Unternehmen als Parteien einer informellen Absprache nach Einführung des Systems der Legalausnahme gegenseitig auf.

2. Zwischenergebnis

Damit wurden die wesentlichen Vorschriften des materiellen europäischen Kartellrechts und ihre Auswirkungen auf die informelle Ansprache erläutert. Um die informelle Absprache jedoch hinreichend untersuchen zu können, muss insbesondere das formelle europäische Kartellrecht, sprich das Kartellverfahrensrecht, erläutert werden. Erst danach kann aufgezeigt werden in welchem Verfahrensstadium die informelle Absprache angewendet werden kann und welcher rechtliche Umfang ihr zukommt.

C. Kartellverfahrensrecht

Das europäische Kartellverfahren wurde erstmalig im Jahre 1962 durch die VO 17/62 legislativ geregelt und war mehr als 40 Jahre lang ohne größere Reformen ausgekommen.⁴⁵⁹ Den Kern der VO 17/62 bildeten, neben einer Vielzahl von Verfahrenen und Entscheidungsmöglichkeiten, das Verfahren zur Abstellung von Zuwiderhandlungen gem. Art. 3 VO 17/62 und die Freistellung vom Kartellverbot gem. Art. 4 VO 17/62.

⁴⁵⁸ *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, Art. 2, Rn. 71.

⁴⁵⁹ Die „Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages“ des Rates vom 06.02.1962 (VO 17/62) ist am 13.03.1962 in Kraft getreten, Abl (EG) 1962, S. 204 vom 21.02.1962.

Die Kommission war zur Erteilung einer Einzelfreistellung vom Kartellverbot gem. Art. 9 VO 17/62 ausschließlich zuständig. Danach konnte ein Unternehmen auf Antrag⁴⁶⁰ feststellen lassen, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV auf seine mitunter wettbewerbsbeschränkenden Kartellabsprachen nicht anzuwenden war. Die Kartellabsprache wurde von der Kommission unter den Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV „freigestellt“ und unterlag somit nicht mehr dem Kartellverbot.⁴⁶¹

Am 01.05.2004 trat nunmehr die VO 01/03 in Kraft und ersetzte die bis dato geltende VO 17/62. Durch die Reform des europäischen Kartellverfahrens wurde zum einen seine Anwendbarkeit weitgehend dezentralisiert, wodurch die Kartellbehörden und -gerichte der Mitgliedstaaten zur unmittelbaren Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV nunmehr berechtigt und verpflichtet sind.

Das Verfahren nach Art. 3 VO 17/62 zur Abstellung von Zuwiderhandlungen ist nun in Art. 7 VO 01/03 geregelt und wurde durch die Reform kaum verändert.

Darüber hinaus führte die VO 01/03 zu einem *gravierenden Paradigmenwechsel*⁴⁶², da das bestehende Anmeldesystem durch das System der Legalausnahme ersetzt wurde, mit der Folge, dass Art. 101 und 102 AEUV nun vollständig unmittelbar und direkt anwendbar sind.⁴⁶³ Jede Kartellabsprache, die die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt ist somit erlaubt und wirksam, ohne dass es einer vorherigen Behördenentscheidung bedarf. Das Verfahren zur Freistellung vom Kartellverbot wurde daher abgeschafft als Konsequenz aus dem Systemwechsel auf das System der Legalausnahme.

Damit ist auf der Ebene des materiellen Kartellrechts keine Änderung eingetreten, wohl aber auf der Ebene des formellen Rechts. Das europäische Kartellrecht wird somit insgesamt *self executing*⁴⁶⁴, was einen erheblichen Aufwand für die betroffenen Unternehmen bedeutet.⁴⁶⁵ Zuletzt wurde mit der Verpflichtungszusage gem. Art.

⁴⁶⁰ Die Anmeldung hatte nach dem Formblatt A/B zu erfolgen, vgl. dazu *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, Band 2, 1997, VO 17, Art. 4, Rn. 27ff.

⁴⁶¹ Die Einzelfreistellungsentscheidung war demnach eine konstitutive Entscheidung, die Art. 81 Abs. 1 EGV für nicht anwendbar erklärte. Ein Negativtest gem. Art. 2 VO 17/62 hatte dagegen rein deklaratorischen Charakter. Hier stellte die Kommission lediglich fest, dass für sie kein Anlass bestehe, gegen eine Kartellvereinbarung vorzugehen. vgl. *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 10 VO 01/03, Rn.1.

⁴⁶² *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Vor Art. 1 VO 01/03, Rn.1.

⁴⁶³ Art. 81 Abs. 3 EGV war vor der Reform nicht unmittelbar anwendbar, sondern nur anhand einer Einzelfreistellung durch die Kommission im Rahmen einer Entscheidung anzuwenden.

⁴⁶⁴ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Vor Art. 1 VO 01/03, Rn.3.

⁴⁶⁵ Das Ziel, die Unternehmen in Bezug auf ihren Verwaltungsaufwand bei Anträgen auf Einzelfreistellung zu entlasten wird durch die notwendige Selbstveranlagung der Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV vollständig aufgehoben. Das Risiko der rechtlichen Bewertung wird von der Kommission auf die Unternehmen verlagert.

9 VO 01/03 ein Instrument eingeführt, welches zahlreiche Berührungspunkte mit der zu untersuchenden informellen Absprache aufweist. Welche Konsequenzen sich aus dieser Reform des europäischen Kartellverfahrensrechts für die vorliegende Untersuchung ergeben sei im Folgenden erläutert.

I. Das Verbotsverfahren als Hauptanwendungsfall der informellen Absprache

Das Verbotsverfahren – auch Untersagungs- oder Abstellungsverfahren genannt – ist in Art. 7 VO 01/03 geregelt. Danach kann die Kommission von den betreffenden Unternehmen verlangen ihre kartellrechtswidrigen Vereinbarungen abzustellen bzw. diese in der Zukunft zu unterlassen. Zur Abstellung dieser Verstöße kann die Kommission den Unternehmen verhaltensorientierte oder, wenn diese nicht ausreichen, strukturelle Abhilfemaßnahmen im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips auferlegen.⁴⁶⁶ Schließlich können auch bereits abgestellte Zuwiderhandlungen festgestellt werden.⁴⁶⁷ Hierzu kann den Unternehmen jedoch kein positives Tun auferlegt werden⁴⁶⁸, weshalb es z.B. genügt einen Vertrag zu verbieten, um den Verstoß eines kartellrechtswidrigen Vertriebsvertrages zu beenden.⁴⁶⁹

In Bezug auf die Eröffnung und die Beendigung eines Verbotsverfahrens verfügt die Kommission über einen weiten Ermessensspielraum, was sich in den einzelnen Phasen des Verfahrens wie folgt widerspiegelt.

1. Verfahrenseröffnung

Das Verbotsverfahren kann entweder von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde eingeleitet werden. Bei der Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen untersteht die Kommission einem pflichtgemäßen Ermessen, dessen Fehlgebrauch durch den Gerichtshof nachgeprüft werden kann.⁴⁷⁰ Außerdem kann die Kommission die Prioritäten ihres Handelns nach den Kriterien des öffentlichen Interesses unter Zurückstellung des privaten Interesses festlegen.⁴⁷¹ Insbesondere das Recht der Prioritätensetzung führt häufig dazu, dass einige Fälle nicht weiter verfolgt werden,

⁴⁶⁶ Lamper/Niejahr/Kübler/Weidenbach, Art. 7, Rn. 149.

⁴⁶⁷ Ritter in: Immenga/Mestmäcker, Art. 7 VO 01/03, Rn. 2.

⁴⁶⁸ Ritter in: Immenga/Mestmäcker, Art. 7 VO 01/03, Rn. 44.

⁴⁶⁹ EuG, Slg. 2002, II-875, Rn. 410-420, *Atlantic Container Line*.

⁴⁷⁰ Ritter in: Immenga/Mestmäcker, Art. 7 VO 01/03, Rn. 6.

⁴⁷¹ EuG, Slg. 1992, II-2223, Rn. 85, *Automec II*.

sondern die Kommission sich lediglich auf die aus ihrer Sicht bedeutsamen Fälle konzentriert.

Diese sogenannten *hard-core*⁴⁷² Fälle, bei denen durch die Unternehmen systematisch europaweit über Jahre hinweg Märkte aufgeteilt und Preise abgesprochen werden, bilden für die Kommission einen Schwerpunkt ihrer Tätigkeit.⁴⁷³ Dabei werden nicht selten Geldbußen in dreistelliger Millionenhöhe verhängt, die auch generalpräventiven Charakter haben.⁴⁷⁴

Die Verfahrenseröffnung selbst wird durch Beschluss der Kommission gem. Art. 2 Abs. 2 VO 773/2004 ausgelöst, der selbst nicht anfechtbar ist. Dieser Beschluss stellt formell den Beginn eines Kartellverfahrens dar und muss vor Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte ergangen sein⁴⁷⁵, d.h. die betroffenen Unternehmen erfahren von dem Eröffnungsbeschluss erst durch die Mitteilung der Beschwerdepunkte durch die Kommission.

Das Beschwerdeverfahren unterscheidet sich vom Verfahren von Amts wegen durch den Initiator und die Quelle der für ein Einschreiten der Kommission notwendigen Informationen. Zwar bleibt die Kommission auch im Beschwerdeverfahren *Herrin des Kartellverfahrens*, jedoch wird dieses eben nicht von ihr initiiert, sondern durch den Beschwerdeführer, der in der Regel zusammen mit der Beschwerde zahlreiche Informationen übermittelt, die den Verdacht eines kartellrechtswidrigen Verhaltens auslösen sollen. Beschwerden sind nämlich wichtige Quellen für die Aufnahme von Ermittlungen durch die Kommission, weil Dritte über die notwendige Markt- und Sachkenntnis verfügen, die es der Kommission erlauben, gezielte Untersuchungen vorzunehmen, wenn eine Zuwiderhandlung zu vermuten ist.⁴⁷⁶ Das mit Einführung des Systems der Legalausnahme abgeschaffte Anmeldeverfahren hat zudem zur Folge, dass die Kommission unmittelbar von den Unternehmen keine Informationen mehr über das Marktgeschehen erhält. Jedoch hat sich in Bezug auf *hard-core* Kartelle dadurch keine Änderung ergeben, da *hard-core* Kartelle ohnehin niemals bei der

⁴⁷² Dies sind „geheime Absprachen zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zur Festsetzung von Preisen, Produktions- oder Absatzquoten, zur Aufteilung von Märkten, zur Einschränkung von Ein- oder Ausfuhr oder Submissionsabsprachen“, vgl. Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen (Kronzeugenregelung), Abl. 2002 C 45/3.

⁴⁷³ *Schöler*, Diss. 2004, S. 128.

⁴⁷⁴ „Das Fahrstuhlkartell“ wurde mit einer Gesamtgeldbusse von 962 Mio. EUR belegt, http://www.tagesschau.de/aktuell/meldungen/0,1185,OID6438248_REF1_NAV_BAB,00.html vom 24.07.2007.

⁴⁷⁵ Gleiches gilt im Falle einer vorläufigen Beurteilung gem. Art. 9 VO 01/03 bzw. einer Veröffentlichung einer Mitteilung gem. Art. 27 Abs. 4 VO 01/03.

⁴⁷⁶ *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, VO 01/03, Art. 7, Rn. 8.

Kommission angemeldet wurden.⁴⁷⁷ Mitglieder von hard-core Kartellen bewahren vielmehr über ihre Kontaktaufnahmen untereinander in höchsten Masse Stillschweigen, damit sie eben nicht bei der Kommission in Verdacht geraten.

Eine Beschwerde ist grundsätzlich formlos und unter Wahrung der Anonymität des Beschwerdeführers möglich. Beachtet werden muss jedoch, dass möglichst konkrete Informationen über Beteiligte, Inhalt der Absprachen, deren Dauer und Reichweite vorgelegt werden müssen, damit die Kommission in die Lage versetzt werden kann Ermittlungen aufzunehmen und gegebenenfalls ein formelles Verfahren einzuleiten.⁴⁷⁸ Die Beschwerde ist daher häufig nur der Auslöser für weitere Ermittlungen durch die Kommission, denn zum einen wird die Kommission durch eine Beschwerde nicht von ihrem Untersuchungsgrundsatz⁴⁷⁹ entbunden, und zum anderen reichen die in der Beschwerde übermittelten Informationen meist nicht aus, um ein Verbotverfahren zu eröffnen bzw. eine Verbotsentscheidung zu erlassen.

In einer ersten Phase prüft die Kommission, ob die eingereichte Beschwerde schlüssig ist, also den Verdacht einer zu verfolgenden Zuwiderhandlung begründet. Ist dies der Fall, kann die Kommission ein Verfahren eröffnen durch einen förmlichen Rechtsakt, der aber nicht angefochten werden kann.⁴⁸⁰ Erst danach wird den betroffenen Unternehmen gem. Art. 10 VO 773/2004 die Mitteilung der Beschwerdepunkte übersandt, wodurch sie erstmalig Kenntnis von dem gegen sie geführten Verbotverfahren erlangen. Zusammen mit der Mitteilung über die Beschwerdepunkte wird den betroffenen Unternehmen eine Frist zur Stellungnahme gesetzt, wobei nach Ablauf dieser Frist eingereichte Schreiben der Unternehmen von der Kommission unberücksichtigt bleiben können. Im Rahmen einer Stellungnahme, die keineswegs zwingend ist, können die Unternehmen auch alle erforderlichen Unterlagen und Dokumente in schriftlicher und elektronischer Form vorlegen.⁴⁸¹ Die Unternehmen können aber bereits jetzt der Kommission ihre Bereitschaft signalisieren eine informelle Absprache abzuschließen zu wollen. Es bietet sich für die Unternehmen an, wenn sie den Abschluss einer informellen Absprache anstreben, bereits in diesem frühen Verfahrensstadium die Kommission davon zu unterrichten, damit diese ihrerseits prüfen kann, ob das Verfahren nun weiter betrieben werden soll oder eben Verhandlungen über den Umfang der informellen Absprache aufgenommen werden.

⁴⁷⁷ *Wiedemann*, in: FS Bechtold, S. 627 (630).

⁴⁷⁸ Siehe die Bekanntmachung über die Behandlung von Beschwerden, Abl. 2001 C 101/65.

⁴⁷⁹ *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 5, Rn. 2.

⁴⁸⁰ *Mäger*, Europäisches Kartellrecht, S. 332.

⁴⁸¹ Art. 10 Abs. 2 VO 773/2004.

Ein Beispiel für ein solches Vorgehen ist die angekündigte Bereitschaft der Firma E.on AG mit der Kommission zusammenzuarbeiten, nachdem diese aufgrund einer im Jahre 2006 durchgeführten Sektorenuntersuchung⁴⁸² auf dem Gasmarkt zu dem Schluss kam, dass E.on und die Firma Gaz de France S.A. vereinbart hatten auf dem jeweiligen Heimatmarkt des Wettbewerbers kein Gas anzubieten, weshalb die Kommission nunmehr ein Kartellverfahren gegen beide Unternehmen eröffnete.⁴⁸³ Die Ankündigung zur Bereitschaft zur Zusammenarbeit kann daher durchaus auch als Aufforderung zur Aufnahme informeller Gespräche gegenüber der Kommission verstanden werden, denn die Zusammenarbeit bei der Aufklärung des Sachverhaltes ist nach den Ermittlungsbefugnissen der Kommission anhand der VO 01/03 verpflichtend, und nicht abhängig von der ausdrücklichen Erklärung durch die betroffenen Unternehmen über deren Bereitschaft diesbezüglich. Meist laufen formelles Verfahren und informelle Verhandlungen parallel um einerseits den Anforderungen eines ordnungsgemäß durchgeführten Kartellverfahrens zu genügen, andererseits um die Möglichkeit zu erhalten im Wege der informellen Absprache das Verfahren zu beenden. Die Kommission nutzt ihre durch die VO 01/03 verliehenen Ermittlungsbefugnisse auch um entsprechenden Druck auf die Unternehmen auszuüben, damit deren Kooperationsbereitschaft erhöht werde. Der Vorteil einer informellen Absprache für die Kommission, im Gegenteil zu einer Verbotsentscheidung nach Art. 7 VO 01/03, liegt nämlich darin, dass sie einen materiellen Kartellverstoß eben nicht beweisen muss, sondern allein der Verdacht auf einen solchen ausreicht.

2. Anhörung des betroffenen Unternehmens

Gem. Art. 11 VO 773/2004 i.V.m. Art. 27 VO 01/03 hat die Kommission einem Unternehmen dem eine Mitteilung über die Beschwerdepunkte übersandt wurde, Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Diese erste Gelegenheit zur Äußerung für die betroffenen Unternehmen ist Ausfluss des allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf rechtli-

⁴⁸² Die Sektorenuntersuchung gem. Art. 17 VO 01/03 erlaubt der Kommission ganze Wirtschaftszweige zu untersuchen und die entsprechenden Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zur Abgabe von Informationen zu verpflichten. Auch können Vereinbarungen sektorenübergreifend untersucht werden. Außerdem können die Ergebnisse der Untersuchung in einem Abschlussbericht veröffentlicht werden. Seit Einführung der VO 01/03 hat die Kommission bereits zwei Sektorenuntersuchungen durchgeführt, was eine erhebliche Steigerung gegenüber der aufgrund Art. 12 VO 17/62 möglichen Befugnis darstellt. Siehe dazu den Bericht über den Gasmarkt in der EG, <http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/energy/inquiry/index.html> vom 30.07.2007.

⁴⁸³ http://www.tagesschau.de/aktuell/meldungen/0,,OID7199538_REF1,00.html und <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,497244,00.html> vom 30.07.2007.

ches Gehör.⁴⁸⁴ Darüber hinaus darf die Kommission gem. Art. 11 Abs. 2 VO 773/2004 bei einer möglichen Verbotsentscheidung nur solche Beschwerdepunkte in Betracht ziehen, zu denen sich die betroffenen Unternehmen auch äußern konnten. Ein Verstoß gegen dieses in einem allgemeinen Rechtsgrundsatz verbürgten Verfahrensrechts auf rechtliches Gehör führt regelmäßig zur Nichtigkeit der Verbotsentscheidung und deren Aufhebung durch die europäischen Gerichte.⁴⁸⁵ Neben dieser Gelegenheit zur Äußerung, die in der Regel durch Übersendung eines Schriftsatzes auf Papier und in elektronischer Form erfolgt, besteht für die Unternehmen zusätzlich die Möglichkeit ihre Argumente zur Verteidigung auch in einer Anhörung vorzutragen, wenn dies zuvor schriftlich beantragt wurde.⁴⁸⁶

3. Beendigung des Verfahrens

Das Kartellverfahren kann ausschließlich von der Kommission beendet werden, wobei ihr mehrere Möglichkeiten dazu zur Verfügung stehen bzw. sich in der Praxis herausgebildet haben.

a. Entscheidung der Kommission

Zum einen kann ein Kartellverfahren durch einen förmlichen Beschluss gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV beendet werden. Dazu kann die Kommission durch die VO 01/03 insbesondere die Einzelentscheidungen gem. Art. 7 VO 01/03 (Verbotsentscheidung) und Art. 9 VO 01/03 (Verpflichtungszusagen) erlassen. Darüber hinaus kann die Kommission auch Einstweilige Maßnahmen gem. Art. 8 VO 01/03 verhängen oder gem. Art. 10 VO 01/03 die Nichtanwendbarkeit des Art. 81 EGV auf eine Kartellabsprache feststellen.

Diesen Entscheidungen ist gemein, dass sie allesamt vor den Europäischen Gerichten überprüft werden können, wozu der Rechtsweg gem. Art. 263 AEUV offen steht.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ EuGH, Slg. 1989, 2859, *Hoechst*.

⁴⁸⁵ EuGH, Slg. 1994, I-2885, *Fiskano*.

⁴⁸⁶ Art. 12 VO 773/2004, vgl. auch Art. 14 VO 773/2004 wonach die Anhörungen nicht öffentlich sind und durch den Anhörungsbeauftragten „in voller Unabhängigkeit“ durchgeführt werden. Dieser kann auch den geladenen Personen wie z.B. Bedienstete der Wettbewerbsbehörden, Vertreter und Rechtsanwälte der betroffenen Unternehmen, Fragen stellen, wobei deren Aussagen aufgezeichnet werden.

⁴⁸⁷ Die dafür erforderlichen „Verbindlichen Rechtswirkungen“, die den Kläger durch einen Eingriff in seine Rechtsstellung beeinträchtigen“ (so die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes, vgl. EuGH Slg. 1991, I-2217, Rn. 12, *Sunzest*) werden durch eine Verbotsentscheidung gem. Art. 7 VO 01/03 regelmäßig ausgelöst, indem sie über das Vorliegen einer Zuwiderhandlung des betroffenen Unternehmens in der Vergangenheit befinden und diese Feststellung für nationale Gerichte oder Wettbewerbsbehörden gem. Art. 16 VO 01/03 gilt. Gleiches gilt für Einstweilige Maßnahmen nach Art. 8 VO 01/03, wobei

Darüber hinaus haben sich jedoch auch in der Praxis der Kommission informelle Verfahrensbeendigungen herausgebildet, die erhebliche rechtliche Unsicherheiten aufwerfen.

b. Einstellung des Verfahrens

Wenn sich nach Auffassung der Kommission herausstellt, dass in einem von ihr eröffneten Verfahren mit dem Ziel eine Abstellungs- oder Feststellungsentscheidung zu treffen, keine Zuwiderhandlung nachweisen lässt, endet das Verfahren ohne förmliche Entscheidung durch Einstellung.⁴⁸⁸ Von der Einstellung des Verfahrens werden die Parteien jedoch unterrichtet.⁴⁸⁹ Die Einstellung des Verfahrens ergeht daher nicht durch eine förmliche Entscheidung und ist folglich vor den Europäischen Gerichten nicht überprüfbar und kann auch nicht in materielle Rechtskraft erwachsen. Dies wäre insbesondere für die Unternehmen von Interesse, da die Kommission dann gehindert wäre das Verfahren wieder aufzunehmen, wenn z.B. neue rechtliche oder tatsächliche Erkenntnisse vorliegen würden, die den Nachweis eines wettbewerbswidrigen Verhaltens erbringen könnten. Durch die formlose Einstellung des Verfahrens kann dieses durch die Kommission dagegen unproblematisch wieder eröffnet werden.

Darüber hinaus wird in einigen Fällen das von der Kommission eröffnete Verfahren schlicht nicht weiter verfolgt. Die Akte wird in diesen Fällen geschlossen, ohne dass es zu einer förmlichen Entscheidung oder sogar formlosen Einstellung kommt. Diese rein faktische Beendigung hat zwar für die betroffenen Unternehmen den Vorteil, dass sie nicht unmittelbar mit einer Verbotsentscheidung und evtl. mit einem Bußgeld zu rechnen haben, andererseits besteht die Gefahr, dass die Kommission jederzeit, ohne Angabe von Gründen die Akte wieder öffnet und das Verfahren weiter verfolgt.⁴⁹⁰ Diese Rechtsunsicherheit bedeutet für die beteiligten Unternehmen oft eine erhebliche wirtschaftliche Planungsunsicherheit, da in Erwartung hoher Geldbußen von den Konzernen erhebliche Rückstellungen in ihren Bilanzen eingestellt werden,

hier im Falle des Rechtsschutzes zusätzlich der Antrag auf Aussetzung des Vollzuges gem. Art. 242 Abs. 2 EGV zu stellen wäre. vgl. EuGH 2002, I-3401, Rn. 5, *NDC*.

⁴⁸⁸ *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 5, Rn. 16.

⁴⁸⁹ *Wiedemann*, Kartellrecht, § 45, Rn. 12.

⁴⁹⁰ Zur Parallelproblematik der Bindungswirkung der im Rahmen der VO 17/62 praktizierten „comfort letter“ siehe Gumbel, Comfort letter in der VO 17/62. Danach kommt dem comfort letter keine Außenwirkung und damit nicht die Rechtsnatur der Entscheidung gem. Art. 249 Abs. 4 EGV zu, jedoch besteht eine Innenbindung der Kommission insoweit, dass sie ein Verfahren nur anhand von rechtlichen oder tatsächlichen Umständen wieder eröffnen darf, die bei Erlass des comfort letters noch nicht bekannt waren. Diese Voraussetzung wird zu Recht aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet.

die wiederum den Gewinn der Konzerne belasten.⁴⁹¹ Die Frage eines Rechtsanspruchs auf formelle Verfahrensbeendigung soll hier aber nicht weiter verfolgt werden.

c. Informelle Absprachen mit dem Unternehmen

Schließlich kann ein Kartellverfahren auch durch eine informelle Absprache beendet werden, was auch den Kern der vorliegenden Untersuchung darstellt. Wie bereits beschrieben kommt es dabei zu einer Art Konsens zwischen der Kommission und den Unternehmen, wobei die Kommission sich verpflichtet das Kartellverfahren einzustellen, wenn das Unternehmen ihrerseits die (vermeintlich) kartellrechtswidrigen Zustände abstellt bzw. einstellt. Es gelingt der Kommission häufig, im Rahmen informeller Gespräche oder auch anlässlich der Anhörung die Unternehmen von ihrem kartellrechtswidrigen Verhalten abzubringen. Dies geschieht zuweilen auch unter Androhung einer förmlichen Entscheidung oder einstweiliger Maßnahmen.

d. Die Verpflichtung von IBM gegenüber der Kommission

In welcher Form die informelle Absprache ergeht ist weitgehend unbekannt, da die Kommission diesbezüglich grundsätzlich keine Veröffentlichungen vornimmt. Nur selten werden wenigstens die Ergebnisse einer getroffenen informellen Absprache veröffentlicht, wie geschehen bei der IBM-Absprache aus dem Jahr 1984.⁴⁹² Es ist jedoch davon auszugehen, insbesondere aufgrund der teilweise schwierigen detaillierten wirtschaftlichen Zusammenhänge, dass zumindest eine schriftliche Fixierung der informellen Absprache stattfindet.⁴⁹³ So geschehen durch die Firma IBM, die eine

⁴⁹¹ Rückstellungen sind Bilanzposten für ungewisse Verbindlichkeiten, also wirtschaftliche Verpflichtungen, die dem Grunde nach (ob?), des Auszahlungszeitpunktes (wann?) oder der Höhe nach (wie viel?) noch nicht bestimmt sind. Durch ihre Passivierung wird dem im deutschen Bilanzrecht vorherrschenden Gläubigerschutzgedanken (siehe Vorsichtsprinzip) Rechnung getragen, da sichergestellt wird, dass ein Unternehmen bei Eintritt der ungewissen Verbindlichkeit über hinreichend Kapital verfügt, um die Verpflichtung zu erfüllen. Ihre Bildung wird mit dem Realisationsprinzip oder dem Imparitätsprinzip begründet. Kurz gesagt sind Rückstellungen zukünftige Aufwendungen, die mit großer Wahrscheinlichkeit eintreten, deren Höhe und Zahlungszeitpunkt aber ungenau sind. Die Folge der Bildung einer Rückstellung ist, dass Aufwand vorgezogen wird, es wird ein Aufwand verbucht, ohne dass tatsächlich Mittel abfließen. Rückstellungen können damit als Instrument der Innenfinanzierung verwendet werden. Im Jahr der Rückstellungsbildung wird der Jahresüberschuss im Jahresabschluss reduziert (bzw. ein Jahresfehlbetrag erhöht sich). Damit steht weniger Gewinn zur Ausschüttung als Dividende zur Verfügung und es wird weniger Gewinn der Besteuerung unterworfen. Das Eigenkapital des Unternehmens reduziert sich entsprechend. Im Jahr der Rückstellungsaufhebung kommt es zu einem entsprechend höheren Gewinnausweis, als wenn keine Rückstellung gebildet worden wäre. <http://de.wikipedia.org/wiki/R%C3%BCckstellung> vom 14.08.2007.

⁴⁹² Siehe Bericht über die Wettbewerbspolitik, 14. WB, S. 87, Ziff. 94 und Bulletin EG Nr. 10, 1984, S. 105ff.

⁴⁹³ Adressat der Verpflichtungserklärung von IBM war zwar formal die Kommission, jedoch enthielt die

Verpflichtungserklärung gegenüber der Kommission abgegeben hat mit dem Inhalt gewisse Schnittstelleninformationen über ihr Produkt (System /370) an konkurrierende Unternehmen weiterzugeben. Die Verpflichtungserklärung umfasst insgesamt zwanzig Ziffern und enthält einen umfassenden Definitionskatalog zur Klarstellung.⁴⁹⁴ Kern der Verpflichtung war die Offenlegung von Schnittstellen und den dazu erforderlichen Informationen, damit konkurrierende Unternehmen ebenfalls Hard- und Software zu dem von IBM vertriebenen Computersystem /370 anbieten und vertreiben konnten. IBM hatte nämlich die Schnittstellen bzw. Anschlussmöglichkeiten an dem System /370 so gestaltet, dass ausschließlich IBM Produkte zu diesem System kompatibel waren.

Die Verpflichtungserklärung war formal mit einem Datum versehen und unterschrieben mit „International Business Machines Corporation“. Die Kommission hingegen hat diese „einseitige“ Erklärung „angenommen“ und das Kartellverfahren daraufhin „ausgesetzt“. Daher entsteht zunächst der Eindruck es handele sich hierbei um zwei einseitige Maßnahmen, die nicht miteinander zwingend korrespondieren. Dies könnte auch durchaus gewollt sein, damit in der EU nicht der Eindruck entsteht das Kartellverfahren stelle nur die Ausnahme dar und werde von der informellen Absprache zunehmend verdrängt. Das Vertrauen der Unternehmen und Verbraucher in eine funktionierende Wettbewerbsaufsicht durch die Kommission könnte damit erschüttert werden. Die Kommission verschwieg jedoch andererseits auch nicht, dass neben dem offiziellen Kartellverfahren auch informelle Beratungen mit IBM stattfanden.⁴⁹⁵ Auch wenn der Begriff informelle Absprache in den Veröffentlichungen der Kommission nicht gefallen ist, kann diese Verpflichtungserklärung von IBM als solche bezeichnet werden, da sie keinen formellen Charakter hat und als Folge von informellen „Erörterungen“⁴⁹⁶ zwischen der Kommission und IBM zustande gekommen ist.

Die Formulierung „einseitige Verpflichtungserklärung“ durch die Kommission nimmt der Absprache auch nicht ihren zweiseitigen Charakter, denn dass die Verpflichtung einseitig von IBM erklärt wurde ist unbestritten. Durch die „Annahme“ dieser Erklärung macht sich die Kommission deren Inhalt jedoch zu eigen wodurch aus der einseitigen Maßnahme ein Konsens entsteht der sogar vertraglichen Charakter haben

Erklärung Verpflichtungen gegenüber Konkurrenzunternehmen, weshalb allein aus diesem Grunde eine schriftliche Fixierung notwendig ist, ohne einen unmittelbaren Einfluss auf die Rechtsnatur der Erklärung auszuüben.

⁴⁹⁴ Bulletin EG Nr. 10, 1984, S. 105ff.

⁴⁹⁵ 14. WB, Ziff. 94, S. 88.

⁴⁹⁶ 14. WB, Ziff. 94, S. 88.

kann, was noch zu untersuchen sein wird. Andererseits stellt IBM unter Ziffer 19 der Verpflichtungserklärung klar, dass sie „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ erfolge und „in keiner Weise ein Eingeständnis“ darstelle. Zudem sei sie weder „vollstreckbar noch einklagbar“.⁴⁹⁷

Daraus lässt sich ableiten, dass in der Verpflichtungserklärung ein Verstoß gegen materielles Kartellrecht nicht festgestellt bzw. zugestanden wird, sondern lediglich Maßnahmen des Unternehmens angekündigt werden die die kartellrechtlichen Bedenken der Kommission ausräumen sollen. Insoweit besteht ein erheblicher Unterschied zur Verbotsentscheidung der Kommission, in der ein Verstoß gegen Art. 101ff. AEUV verbindlich festgestellt wird.

Auch der Hinweis auf die mangelnde Vollstreckbarkeit und Einklagbarkeit der Verpflichtungserklärung unterstreicht die rechtliche Unverbindlichkeit und damit auch Einseitigkeit der Maßnahme. Im Rahmen einer vertraglichen Regelung wäre der vollständige Ausschluss der Einklagbarkeit wohl nicht möglich gewesen, denn ein Anspruch der auf dem Rechtsweg nicht durchgesetzt werden kann ist ein schwaches Schwert.⁴⁹⁸

e. Die Verpflichtungszusage von Microsoft aus dem Jahre 1993

Aufgrund einer Beschwerde eines Konkurrenten (Novell) von Microsoft auf dem Markt für PC-Betriebssysteme gegenüber der Kommission stellte diese Nachprüfungen an und kam zu dem Ergebnis, dass Microsoft seine Lizenzverträge mit PC-Herstellern in Bezug auf Inhalt und Laufzeit derart gestaltete, dass der europäische Markt für PC-Betriebssysteme dadurch abgeschottet wurde.⁴⁹⁹ Als die Kommission sich anschickte die Beschwerdepunkte zu formulieren, deutete Microsoft ihre Bereitschaft zu einer einvernehmlichen Lösung an. Nach umfangreichen Verhandlungen gab Microsoft sodann eine Verpflichtungserklärung gegenüber der Kommission ab. Microsoft hatte sich jedoch verpflichtet die Laufzeit ihrer Lizenzverträge auf ein Jahr zu begrenzen und die von der Kommission beanstandeten „Mindestbezugsverpflichtungen“ und die „Prozessor“-Klausel nicht mehr in die Verträge aufzunehmen. Die Verpflichtungserklärung selbst hatte ein Laufzeit von sechseinhalb Jahren.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ Bull. EG 10-1984, S. 108, Ziffer 19.

⁴⁹⁸ Vgl. *Bleckmann*, NJW 1978, S. 464 (466); Grabitz/Hilf, Art. 238, Rn. 27, wobei in Bezug auf die Vollstreckung einer Entscheidung des EuG oder EuGH auf Art. 244, 256 EGV verwiesen wird. Ein Urteil kann aber nur bestätigen, was vertraglich geregelt war, weshalb die Vollstreckungsgrundlage der Vertrag darstellt und nicht allein das Urteil der Gerichte.

⁴⁹⁹ 24. WB, 1994, S. 397.

⁵⁰⁰ 24. WB, 1994, S. 397.

Die Verpflichtungserklärung von Microsoft ist auch in diesem Fall beinahe deckungsgleich mit den von der Kommission gefundenen Beschwerdepunkten. Wenn aber die Verpflichtungserklärung von ihrem materiellen Inhalt her nur das wiedergibt, was die Kommission dem Unternehmen ohnehin durch eine Verbotsentscheidung hätte aufgeben können, dann stellt sich die Frage welchen Vorteil die Abgabe einer Verpflichtungserklärung für das Unternehmen haben kann.

Einerseits ist das Verfahren nach Abgabe der Verpflichtungserklärung zügig beendet, was vor allem Planungssicherheit für das Unternehmen bedeutet und damit einen nicht unerheblichen wirtschaftlichen Vorteil mit sich führen kann.⁵⁰¹ Andererseits gehen die Unternehmen davon aus, dass eine Verpflichtungserklärung keinen vollstreckungsfähigen Inhalt aufweist und nehmen entsprechende Klauseln auf, die eine Vollstreckung ausschließen. Damit wäre im Vergleich zu einer Verbotsentscheidung zwar kein materieller wohl aber ein formeller Vorteil für die Unternehmen zu verzeichnen, da die Kommission einen nach Art. 288 AEUV verbindlichen und rechtskräftigen Beschluss vollstrecken und zuletzt eine Geldbuße verhängen könnte. Im Rahmen von Verfahrenseinstellungen durch Verpflichtungserklärungen wurden bislang jedoch Geldbußen nicht verhängt, jedenfalls wurde dies nicht veröffentlicht. Damit gehen die Unternehmen also einer meist empfindlichen Geldbuße durch die Abgabe einer Verpflichtungserklärung aus dem Weg, was ebenfalls einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt.

Demnach kann die Abgabe einer Verpflichtungserklärung für ein betroffenes Unternehmen durchaus Vorteile gewähren, vorausgesetzt ein materieller Kartellrechtsverstoß liegt aller Wahrscheinlichkeit nach vor. Wenn nach Auffassung des betroffenen Unternehmens kein kartellrechtswidriges Verhalten vorliegt kann es günstiger sein die Verbotsentscheidung der Kommission abzuwarten und diese dann vor den europäischen Gerichten überprüfen zu lassen.⁵⁰²

Trotz der noch ungeklärten Rechtsnatur einer informellen Absprache in Form einer Verpflichtungserklärung gehen die Unternehmen davon aus, dass diese rechtlich unverbindlich und durch die Kommission nicht vollstreckbar sind. Dies soll sich aber ändern durch die Einführung von Art. 9 VO 01/03 im Zuge der Kartellrechtsreform.

⁵⁰¹ *Koch/Schneider*, Flächenrecycling durch kontrollierten Rückbau, Ressourcenschonender Abbruch von Gebäuden und Industrieanlagen, 1997, S. 130.

⁵⁰² *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, EG-KartellVO, Rn. 160.

II. Die Verpflichtungszusage gem. Art. 9 VO 01/03

Daran anknüpfend wurde durch Einführung der VO 01/03 die Möglichkeit für die Kommission geschaffen gem. Art. 9 VO 01/03 Verpflichtungserklärungen von Unternehmen als bindend mittels Entscheidung anzunehmen. Dabei handele es sich laut *Klees*⁵⁰³ um ein neuartiges Instrument, nämlich so genannte „Zusageentscheidungen“ oder „commitment decisions“⁵⁰⁴. Auch *Ritter* spricht von *Verpflichtungszusagen in einem neuen Gewand* und verweist darauf, dass die Kommission bereits vor Inkrafttreten der VO 01/03 Verpflichtungszusagen für verbindlich erklärt hat.⁵⁰⁵ Der Begriff der Verpflichtungszusage ist dabei im EU-Wettbewerbsrecht nicht neu, sondern insbesondere in der Fusionskontrollverordnung⁵⁰⁶ (FKVO) in Art. 8 Abs. 2 FKVO seit dem Jahre 1989 spezialgesetzlich geregelt. Dementsprechend können die Unternehmen Verpflichtungszusagen der Kommission anbieten, um deren Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben auszuräumen.⁵⁰⁷

Daraus folgt, dass Verpflichtungszusagen in drei verschiedenen Verfahrensarten praktiziert werden. Gesetzlich geregelt sind dabei jedoch nur zwei Arten von Verpflichtungszusagen. Einerseits die nach Art. 9 VO 01/03 im Rahmen der Kartellverfahrensordnung geregelten Verpflichtungszusagen, wenn die Kommission beabsichtigt gem. Art. 7 VO 01/03 eine Abstellungsentscheidung zu erlassen. Andererseits die Verpflichtungszusagen im Rahmen der Fusionskontrollverordnung gem. Art. 8 Abs. 2 FKVO um die Bedenken der Kommission gegen ein Zusammenschlussvorhaben auszuräumen.

Die dritte Variante betraf die Fälle, in denen Unternehmen ein Negativattest beantragten (Art. 2 VO 17/62), wobei nach der Kartellrechtsreform auf europäischer Ebene diese abgeschafft wurde aufgrund der Einführung des Prinzips der Legalausnahme.⁵⁰⁸

⁵⁰³ *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 6, Rn. 108.

⁵⁰⁴ *Temple Lang*, ECLR 2003, S. 347 (347); *Furse*, ECLR 2004, S. 5 (5).

⁵⁰⁵ *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 9 VO 01/03, Rn. 1, wobei in dem von *Ritter* zitierten Fall (KOMM 7.4.2004, Abl. 2004 L 362/17, *Air France/Alitalia*) es sich nicht um eine Verpflichtungszusage im Rahmen eines Kartellverfahrens zur Abstellung einer Zuwiderhandlung, sondern um ein Antrag auf Erteilung eines Negativattestes handelt. Die Verpflichtungszusage führte in diesem Fall also nur zur Freistellung der Kooperationsverträge gem. Art. 81 Abs. 3 EGV vom Kartellverbot. Die in dieser Untersuchung maßgeblichen Verpflichtungszusagen betreffen jedoch nur solche, die die Abwendung einer Untersagungsentscheidung (Zuwiderhandlung) bezwecken.

⁵⁰⁶ Europäische Fusionskontroll-VO Nr. 139/2004 (FKVO), Verordnung des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl. (EG) 2004, L 24/1.

⁵⁰⁷ Näher dazu *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 8 FKVO, Rn. 99; v. *Koppenfels*, in: MünchKomm, Art. 8 FKVO, Rn. 27.

⁵⁰⁸ Gem. Art. 10 VO 01/03 ist die Kommission nunmehr berechtigt, aber nicht verpflichtet, im Einzelfall

Im Vergleich zu den Verpflichtungserklärungen von IBM und Microsoft besteht im Falle des Art. 9 VO 01/03 also unstreitig ein Rechtsakt. Diese Entscheidung kann daher durch die Kommission gem. Art. 299 AEUV nach den Vorschriften der Mitgliedstaaten vollstreckt werden, d. h. durch die Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern kann die Einhaltung der Verpflichtungszusage erzwungen werden.⁵⁰⁹ Inhaltlich muss gem. Art. 9 Abs. 1 VO 01/03 die Verpflichtungserklärung geeignet sein, die von der Kommission nach ihrer vorläufigen Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen. Die Entscheidung kann zudem befristet sein und muss beinhalten, dass für ein Tätig werden der Kommission kein Anlass mehr besteht, d.h. sie muss das Kartellverfahren einstellen.

Bei drei alternativ vorliegenden Voraussetzungen ist die Kommission nach Art. 9 Abs. 2 VO 01/03 jedoch berechtigt das Kartellverfahren von Amts wegen oder auf Antrag hin wieder aufzunehmen. Dies ist der Fall, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt geändert haben, wenn die beteiligten Unternehmen ihre Verpflichtungen nicht einhalten oder wenn die Entscheidung auf unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben der Parteien beruht.

1. Regelungsgehalt der Verpflichtungszusage

Der Regelungsgehalt einer Verpflichtungszusage unter Art. 9 VO 01/03 umfasst sowohl verhaltensorientierte, als auch strukturelle Maßnahmen wie sie gem. Art. 7 VO 01/03 in einer Verbotsentscheidung verhängt werden können. Gemeint sind damit also alle Maßnahmen die geeignet sind die Bedenken der Kommission auszuräumen. Häufig wird die Verpflichtungszusage, wie auch schon in den Beispielen von IBM und Microsoft, spiegelbildlich zu den von der Kommission formulierten Beschwerdepunkten ausgestaltet sein, denn die Kommission ist nicht verpflichtet die Zusagen der Unternehmen durch Entscheidung anzunehmen.⁵¹⁰ Wenn also die Zu-

eine Feststellung der Nichtanwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EGV oder die Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 3 EGV auszusprechen, wenn dies aus Gründen des öffentlichen Interesses erforderlich ist. Den Unternehmen soll damit die Berechtigung genommen werden, von der Kommission die Abgabe entsprechender Negativatteste, Freistellungsentscheidungen oder Verwaltungsschreiben verlangen zu können. *Bechtold*, EG-Kartellrecht, Art. 10 VO 1/2003, Rn. 5.

⁵⁰⁹ vgl. *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 9 VO 01/03, Rn. 2.

⁵¹⁰ *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, Art. 9, Rn. 159; a.A.: *Anweiler* in:

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, VerVO, Art. 9 Rn. 19, der den Opportunitätsgrundsatz der Kommission insoweit eingeschränkt sieht, als der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als allgemeiner Rechtsgrundsatz diesem vorgeht. Art. 9 VO 01/03 sei als milderes Mittel gegenüber Art. 7 VO 01/03 anzusehen, weshalb die Kommission verpflichtet ist Zusagen der Unternehmen anzunehmen, wenn diese geeignet sind die Bedenken auszuräumen. Das in Art. 9 VO 01/03 eingeräumte Ermessen beziehe

sagen der Unternehmen hinter den durch die Beschwerdepunkte fixierten verhaltensorientierten Maßnahmen zurückbleiben, besteht für die Unternehmen die Gefahr, dass die Kommission diese nicht unter Art. 9 VO 01/03 annimmt, das Kartellverfahren ungehindert fortführt und mit einer Verbotsentscheidung oder sogar mit einer Geldbuße abschließt.⁵¹¹

Daher steht im Rahmen der Verhandlungen zwischen der Kommission und den Unternehmen die Reichweite der Verpflichtungszusage im Mittelpunkt. Die Unternehmen werden dabei den Ermessensspielraum der Kommission berücksichtigen und ihre Zusagen weitgehend den von der Kommission formulierten Beschwerdepunkten anpassen müssen. Es liegt daher nahe anzunehmen, dass die Unternehmen nicht nur einseitig die Reichweite ihrer Zusagen festlegen, sondern intensiv zuvor mit der Kommission abstimmen, um der Verweigerung einer Annahme durch Entscheidung zu entgehen.⁵¹²

2. Bindungswirkung der Verpflichtungszusage

a. gegenüber den beteiligten Unternehmen

Die Unternehmen sind an ihre abgegebenen Verpflichtungszusagen rechtlich gebunden, wenn die Kommission diese mittels Entscheidung angenommen hat. Dies hat zur Folge, dass die Einhaltung der Verpflichtungszusage vor den nationalen Gerichten eingeklagt werden und die Kommission zu deren Einhaltung Zwangsmittel anwenden kann.⁵¹³ Dies gilt insbesondere dann, wenn mehrere Unternehmen eine Verpflichtungszusage abgegeben haben. Die Bindungswirkung hat somit eine „Doppelwirkung“ gegenüber der Kommission einerseits und den anderen beteiligten Unternehmen andererseits.⁵¹⁴

sich nicht auf die Annahme der Verpflichtungszusage, sondern auf die Frage der Einhaltung dieser mittels Entscheidung.

⁵¹¹ Laut Erwägungsgrund Nr. 13 zur VO 01/03, ist eine Verpflichtungszusage in den Fällen, in denen die Kommission die Verhängung einer Geldbuße beabsichtigt, ungeeignet. Das heißt aber nicht, dass die Annahme zur Entscheidung ausgeschlossen oder gar verboten wäre. Vielmehr wird das Ermessen der Kommission in diesen Fällen eingeschränkt sein mit der Folge, dass eine Verpflichtungszusage im Ergebnis abgelehnt wird. Jedoch ist es der Kommission nicht untersagt eine Verpflichtungszusage zu prüfen und gegebenenfalls mittels Entscheidung anzunehmen, selbst wenn die Verhängung einer Geldbuße beabsichtigt ist.

⁵¹² Wenn sich die Unternehmen auf Verhandlungen mit der Kommission einlassen, dann mit dem Ziel eine Verpflichtungszusage auch mittels Entscheidung verbindlich werden zu lassen. Ansonsten hätte es keinen Sinn Verhandlungen mit der Kommission aufzunehmen. Es könnte sogleich das Kartellverfahren fortgeführt werden.

⁵¹³ *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 9 VO 01/03 Rn. 16.

⁵¹⁴ *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 9 VO 01/03 Rn. 16.

Eine einseitige Auflösung der Verpflichtungszusage durch die beteiligten Unternehmen scheidet mangels Beschwer aus, da die Entscheidung der Kommission keine Sachentscheidung enthält, und daher inhaltlich nicht vor den europäischen Gerichten überprüft werden kann.⁵¹⁵ Die Entscheidung beinhaltet nämlich lediglich die Feststellung, dass die Bedenken der Kommission durch die abgegebene Verpflichtungszusage ausgeräumt sind, weshalb eine inhaltliche gerichtliche Überprüfung ausscheidet. Demnach kann nur die Einhaltung der Verpflichtungszusage gerichtlich verfolgt werde, nicht aber der Inhalt derselben.

b. gegenüber nationalen Gerichten und Wettbewerbsbehörden

Der Umfang der Bindungswirkung gegenüber nationalen Gerichten und Wettbewerbsbehörden ist streitig.

aa. Auffassung der Kommission und herrschende Meinung

Die Kommission und die h.M. gehen davon aus, dass eine Entscheidung nach Art. 9 VO 01/03 keine Bindungswirkung entfaltet, da diese eben keine Sachentscheidung beinhaltet und daher nicht unter die Kollisionsnorm gem. Art. 16 VO 01/03 falle.⁵¹⁶ Demnach sind nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte nach Annahme einer Verpflichtungserklärung durch die Kommission gem. Art. 9 VO 01/03 nicht daran gehindert das Verhalten der betroffenen Unternehmen zu überprüfen und gegebenenfalls ein nationales Kartellverfahren, unter Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV, einzuleiten.⁵¹⁷ Darüber hinaus können von den nationalen Wettbewerbsbehörden sogar Geldbußen verhängt werden, da die Entscheidung der Kommission nach Art. 9 VO 01/03 kein „Freispruch“ sei, der nach den Grundsätzen des „LVM“ Urteils des EuGH⁵¹⁸ der Verhängung einer Geldbuße auf nationaler Ebene entgegensteht.⁵¹⁹

⁵¹⁵ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 9 VO 1/2003, Rn. 10.

⁵¹⁶ Siehe dazu den 13. und 22. Erwägungsgrund zur VO 01/03, Abl. (EG) Nr. 1/03; *Ritter* in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 9 VO 01/03 Rn. 21; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 9 VO 1/2003, Rn. 10; *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, Rn. 165; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 6, Rn. 131; *Schmidt*, BB 2003, S. 1237 (1242); *Stilfried/Stockenhuber*, ÖZW 2003, S. 45 (45).

⁵¹⁷ *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, Rn. 165.

⁵¹⁸ EuGH, Slg. 2002 I-8375, Tz. 59ff.

⁵¹⁹ *Ritter* in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 9 VO 01/03 Rn. 21.

bb. Gegenmeinung aus der Literatur

Die Gegenmeinung plädiert dafür Art. 9 VO 01/03 in den Anwendungsbereich des Art. 16 VO 01/03 mit einzubeziehen.⁵²⁰ Aus Sicht der Unternehmen sei die fehlende Einbeziehung des Art. 9 VO 01/03 in den Art. 16 VO 01/03 ein wesentlicher Nachteil des neuen Verfahrens, da insoweit die Entscheidung der Kommission keine Rechtssicherheit begründet.⁵²¹ Dem ist zuzustimmen, denn die Unternehmen beabsichtigen ja mit einer Verpflichtungszusage der Verhängung einer Geldbuße zu entgehen. Für eine Einbeziehung des Art. 9 VO 01/03 spreche vor allem der Wortlaut des Art. 16 VO 01/03, der nicht zwischen Sach-Entscheidungen und sonstigen Entscheidungen unterscheide. Zudem verfolge die Entscheidung nach Art. 9 VO 01/03 den gleichen Zweck wie eine Verbotsentscheidung nach Art. 7 VO 01/03, weshalb es nicht einzusehen sei, warum Art. 9 VO 01/03 vom Anwendungsbereich des Art. 16 VO 01/03 auszunehmen sei. Die entgegenstehenden Begründungserwägungen⁵²² Nr. 13 und 22 der Kommission stünden dem nicht entgegen, da der objektive Wortlaut des Art. 16 VO 01/03 insoweit Vorrang habe.⁵²³

Nach der Rechtsprechung des EuGH komme es bei der Auslegung einer Bestimmung des sekundären Gemeinschaftsrechts aber nicht in erster Linie auf die subjektive Auffassung des rechtsetzenden Organs an, sondern auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände wie das Ziel oder den Inhalt der Bestimmung selbst.⁵²⁴ Begründungserwägungen seien zwar gem. Art. 296 AEUV Bestandteil einer Verordnung aber eben nicht in Form einer Rechtsnorm, weshalb sie für sich genommen keine verbindlichen Anordnungen enthalten können. Zudem habe der EuGH entschieden, dass eine Begründungserwägung zur Auslegung einer Verordnung herangezogen werden, aber nicht selbst eine solche Vorschrift darstellen könne.⁵²⁵ Diese Formulierung deute auf eine subsidiäre Bedeutung der Begründungserwägung gegenüber einem Inhalt hin, der sich unmittelbar aus dem Wortlaut der auszulegenden Rechtsnorm selbst ergibt.⁵²⁶

⁵²⁰ *Anweiler*, in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, *VerfVO*, Art. 9 Rn. 41; *Wiedemann*, in: Festschrift für Bechtold, 2006, S. 634; *Montag/Rosenfeld ZWeR* 2003, 107, 132.

⁵²¹ *Anweiler*, in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, *VerfVO*, Art. 9 Rn. 41.

⁵²² Begründungserwägungen Nr. 13 und 22 zur VO 01/2003 vom 16.12.2002, *Abl (EG)* Nr.1/2003.

⁵²³ *Anweiler*, in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, *VerfVO*, Art. 9 Rn. 42.

⁵²⁴ EuGH, *Slg.* 1987, 1493, Rn. 11, *Kommission/Rat*; *Slg.* 1991, I-2867, Rn. 10, *Kommission/Rat*.

⁵²⁵ EuGH, *Slg.* 1989, 2789, Rn. 31, *Casa Fleischhandel/Balm*.

⁵²⁶ *Anweiler*, *Diss.*, S. 253ff.

cc. *Ergebnis und Stellungnahme*

Der Gegenmeinung ist zugute zu halten, dass Art. 16 VO 01/03 nicht zwischen Sachentscheidungen und sonstigen Entscheidungen differenziert, weshalb grundsätzlich auch Entscheidungen nach Art. 9 VO 01/03 darunter fallen müssten. Auch ist dem Argument zuzustimmen, dass die von der Kommission verfassten Begründungserwägungen zwar bei der Auslegung heranzuziehen sind und insoweit Indizwirkung zukommt, jedoch der Wortlaut der Rechtsnorm demgegenüber vorrangig zu behandeln ist. Demnach würde eine Bindungswirkung die logische Folge dieser Argumente sein.

Wenn man aber streng dem Wortlaut des Art. 16 VO 01/03 folgt, was anerkanntermaßen die primäre Auslegungsmethode ist⁵²⁷, so können diese Argumente nicht berücksichtigt werden, denn Art. 16 Abs. 1 VO 01/03 untersagt den nationalen Behörden nur solche Entscheidungen zu erlassen, die den Entscheidungen der Kommission „zuwiderlaufen“. Die Verbotsentscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde, unter Anwendung der Art. 101ff. AEUV, läuft einer Entscheidung der Kommission nach Art. 9 VO 01/03 jedoch nicht zuwider, da kein materieller Widerspruch dadurch begründet wird. Gerade auf einen materiellen Widerspruch in der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes kommt es aber in Bezug auf das „Zuwiderlaufen“ an.

Ein „Zuwiderlaufen“ in diesem Zusammenhang kann also nicht zwischen formellen *und* materiellen Entscheidungen bestehen, sondern nur zwischen jeweils formellen *oder* materiellen Entscheidungen. Weil eine Entscheidung nach Art. 9 VO 01/03 keinen materiellen Inhalt in Bezug auf die Wettbewerbswidrigkeit eines Sachverhaltes aufweist, kann diese insoweit auch keinen Widerspruch auslösen, der aber notwendig für ein mögliches „Zuwiderlaufen“ gegenüber einer Entscheidung einer nationalen Verbotsentscheidung ist.

Zuletzt ist auch das Argument abzulehnen, Art. 9 und Art. 7 VO 01/03 verfolgten den gleichen Zweck, nämlich die Abstellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV. Im Rahmen von Art. 9 VO 01/03 ist nämlich gar nicht sicher, ob eine Zuwiderhandlung durch das Unternehmen vorliegt, weil keine materiell-rechtliche Aussage über das Verhalten der Unternehmen getroffen wird. Bei einer Verbotsentschei-

⁵²⁷ *Oppermann*, Rn. 579; *Zuleeg*, EuR 1969, S. 97 (99); *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 250; *Constantinesco*, S. 820; *Larenz*, S. 305; *Zippelius*, S. 41; *Hassold*, in: FS Larenz, S. 211 (215); *Ennecerus/Nipperdey*, § 56 d) I, S. 323; *Coing*, S. 7 (13); dagegen *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3, Rn. 29, die keine bestimmte Rangfolge erkennen kann, jedoch den Kriterien unterschiedliche Gewichtung zubilligt.

derung gem. Art. 7 VO 01/03 hingegen wird von einem materiellen Wettbewerbsverstoß gem. Art. 101ff. AEUV ausgegangen. Das Zweckargument der Gegenmeinung ist auch deshalb abzulehnen, weil eine Entscheidung gem. Art. 9 VO 01/03 ungeeignet ist, wenn die Kommission die Verhängung einer Geldbuße beabsichtigt.⁵²⁸ Zwar kann die Kommission gem. Art. 23 Abs. 2 c) VO 01/03 auch bei Entscheidungen nach Art. 9 VO 01/03 eine Geldbuße verhängen, aber erst dann wenn das Unternehmen gegen ihre Verpflichtungszusage verstoßen hat. Bei einer Verbotsentscheidung ist die Verhängung einer Geldbuße vielmehr impliziert und nicht von einem weiteren Verhalten des Unternehmens abhängig. Daher wird durch eine Entscheidung nach Art. 9 VO 01/03 eben nicht der gleiche Zweck erreicht wie bei einer Entscheidung nach Art. 7 VO 01/03. Die Verbotsentscheidung geht, insbesondere im Hinblick auf die Vollstreckung des Verbots und die Verhängung von Bußgeldern, erheblich weiter als die Entscheidung über die Annahme einer Verpflichtungszusage. Auch aus diesem Grund kann die Verpflichtungszusage mit der Verbotsentscheidung nicht gleichgestellt werden, weshalb eine Bindungswirkung diesbezüglich abzulehnen ist. Daher hat eine Entscheidung der Kommission gem. Art. 9 VO 01/03, in dem die Verpflichtungszusage eines Unternehmens für bindend erklärt wird, keine Bindungswirkung gegenüber nationalen Gerichten und Wettbewerbsbehörden gem. Art. 16 VO 01/03.

c. gegenüber der Kommission

Die Kommission hingegen ist im Rahmen der Selbstbindung an ihre Entscheidung nunmehr gehindert ein Kartellverfahren gegen das die Verpflichtungszusage abgebende Unternehmen weiter zu verfolgen.⁵²⁹ Dies ergibt sich vor allem aus Art. 9 Abs. 1 Satz 2 VO 01/03, wonach die Entscheidung besagen muss, dass für ein Tätig werden der Kommission kein Anlass mehr besteht. Daraus folgt, dass für die Zeit vor der Entscheidung keine Geldbußen mehr festgesetzt werden dürfen.⁵³⁰ Die Kommission kann das Kartellverfahren in diesem Fall nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 VO 01/03 wieder aufnehmen.

⁵²⁸ Insoweit Erwägungsgrund Nr. 13 zur VO 01/03, der zwar subsidiär zum Wortlaut des Art. 9 VO 01/03 Anwendung findet, aber zur Auslegung herangezogen werden kann.

⁵²⁹ *Wiedemann*, in FS Bechtold, S. 627 (634).

⁵³⁰ *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 9 VO 01/03 Rn. 19.

d. gegenüber Dritten

War ursprünglich von der Kommission vorgesehen, dass Dritte vor nationalen Gerichten die Einhaltung der Verpflichtungszusage einklagen konnten⁵³¹, so wurde diese Regelung in der VO 01/03 nicht übernommen. Damit bleibt es der Rechtsprechung vorbehalten über die zivilrechtliche Drittwirkung von Verpflichtungszusagen gem. Art. 9 VO 01/03 zu entscheiden.⁵³²

Nach Auffassung der Kommission kann sowohl die Ausführung der Verpflichtungszusage, als auch ein Schadensersatzanspruch bei Nichteinhaltung der Verpflichtungszusage von Dritten vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden.⁵³³

Auch ein Teil der Literatur lässt gegen die Entscheidung der Kommission nach Art. 9 VO 01/03 eine Nichtigkeitsklage zu, jedoch mit der Einschränkung, dass der Dritte sich bereits am Verfahren beteiligt hat.⁵³⁴ Zuletzt könnte durch die Annahme der Verpflichtungszusage durch die Kommission ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zugunsten Dritter konstruiert werden, der unmittelbar durchsetzbare Rechte begründet.⁵³⁵ Voraussetzung dafür ist aber, dass der Dritte bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist.

Von der Gegenmeinung wird hingegen wiederum auf die fehlende Sachentscheidung im Rahmen von Art. 9 VO 01/03 verwiesen, weshalb auch kein Drittschutz erforderlich sei.⁵³⁶

Im Ergebnis muss hier konsequenterweise dieser Gegenmeinung gefolgt werden, da die Entscheidung nach Art. 9 VO 01/03 keinen materiellen Inhalt aufweist, die von einem nationalen Gericht berücksichtigt werden könnte. Selbst wenn hier ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen der Kommission und dem Unternehmen angenommen werden kann, was zweifelhaft ist, so begründet dieser lediglich Rechte und Pflichten für die Vertragsparteien. Aus einer formellen Rechtsposition z.B. eines Be-

⁵³¹ Kommission, Begründung zu Art. 9, KOM (2000) 582, endgültig, S. 20.

⁵³² *Hossenfelder/Lutz*, WuW 2003, S. 118 (122).

⁵³³ vgl. *Rocca/Gauer/Dalheimer/Kjolbye/deSmitjer*, S. 3 (5),
<http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/cpn/> vom 06.09.2007.

⁵³⁴ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 9 VO 1/2003, Rn. 10.

⁵³⁵ *Ritter* in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 9 VO 01/03 Rn. 17 unter Verweis auf *Richter* in: *Wiedemann*, Kartellrecht, § 21 Rn. 58, wobei hier die Zusagenpraxis des BKartA im Fusionskontrollverfahren nach GWB behandelt wird. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nach kann von der Kommission jedoch nicht nach den §§ 54ff VwVfG abgeschlossen werden, da im europäischen Kartellverfahren grundsätzlich Gemeinschaftsrecht Anwendung findet. Das US Antitrustrecht kommt auf anderem Wege zu einem ähnlichen Ergebnis, nämlich dadurch, dass in den Angebot einer Verpflichtungserklärung und deren Annahme durch die Kartellbehörde ein Vertrag gesehen wird, von dem die Behörde zurücktreten kann, wenn den Verpflichtungen nicht nachgekommen wird. Vgl. *Stolt Nielsen S.A. v. United States*, 352 F.Supp.2d 553, 568, E.D. Pa. 2005.

⁵³⁶ *Schmidt*, BB 2003, S. 1237 (1242); *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, Art. 9, Rn. 167, die dem Dritten lediglich die Möglichkeit auf Beachtung seiner Rechte als Beschwerdeführer zubilligen.

schwerdeführers im Kartellverfahren⁵³⁷ einen materiellen Anspruch aus einem Vertrag abzuleiten bei dem er nicht Partei ist, muss abgelehnt werden.

Die durch Entscheidung gem. Art. 9 VO 01/03 von der Kommission angenommene Verpflichtungszusage eines Unternehmens entfaltet daher Bindungswirkung nur gegenüber den Parteien.

Abschnitt 3

Rechtsnatur und Zulässigkeit informeller Absprachen

Nachdem die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts und auch die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts, einschließlich des Kartellverfahrensrechts, ausführlich untersucht wurden, folgt nun die Überprüfung der informellen Absprachen anhand dieser rechtlichen Grundsätze. Dazu werden die Erkenntnisse des ersten Teils der Untersuchung über die allgemeinen Rechtsgrundsätze wieder Bedeutung erlangen, da sie nun als Prüfungsmaßstab aufgrund ihres Primärrechtscharakters herangezogen werden. Da die VO 01/03 aber auch bereits die VO 17/62 keine Ermächtigungsgrundlage für eine informelle Absprache enthält bzw. enthielt, erfolgt eben keine Überprüfung einer Norm aus dem Kartellverfahrensrecht als Verordnung mit Sekundärrechtscharakter, sondern lediglich der informellen Absprache selbst als ständige Kommissionspraxis. Die Praxis der Kommission informelle Absprachen mit Unternehmen abzuschließen, wird anhand der bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts zu überprüfen sein. Dazu wird zunächst die Rechtsnatur der informellen Absprachen bestimmt.

A. Rechtsnatur informeller Absprachen

Zur Bestimmung der Rechtsnatur der informellen Absprache werden neben der Form, deren Inhalt und Umfang auch die daran beteiligten Parteien dafür ausschlaggebend sein.

⁵³⁷ Zu den Rechten des Beschwerdeführers im Kartellverfahren vgl. *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 7 VO 1/2003, Rn. 18ff.

I. Rechtsakte der Gemeinschaft gem. Art. 288 AEUV

Auszugehen ist dabei vom Katalog der Rechtsakte gem. Art. 288 AEUV die durch die Kommission erlassen werden können. Zwar ist dieser Katalog aufgrund der „Unvollständigkeit der Enumeration“⁵³⁸ nicht abschließend und dient nur dazu die typischen Arten von Rechtshandlungen für den Bereich des AEUV inhaltlich zu konturieren. Als Ausgangspunkt der Untersuchung ist er jedoch unerlässlich, zumal kein geschriebener Katalog der „untypischen“ Arten von Rechtshandlungen existiert.

1. Änderung des Art. 249 EGV (jetzt Art. 288 AEUV) durch den Reformvertrag

Dabei muss aber berücksichtigt werden, dass durch den am 19.10.2007 von der Regierungskonferenz aller Mitgliedstaaten beschlossenen Reformvertrag⁵³⁹ sich erhebliche Änderungen ergeben können. Dabei ergeben sich insbesondere in Bezug auf den Katalog der Rechtsakte der Europäischen Union spezifische Änderungen, die im Rahmen dieser Untersuchung Bedeutung erlangen können. Art. 249 Abs. 4 EGV⁵⁴⁰ soll nämlich wie folgt geändert werden:

„Beschlüsse sind in allen ihren Teilen verbindlich. Sind Sie an bestimmte Adressaten gerichtet, so sind sie nur für diese verbindlich.“

Der vormals gültige Art. 249 Abs. 4 EGV lautete:

„Die Entscheidung ist in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnet.“

Terhechte vertritt aufgrund der Änderung von Art. 249 Abs. 4 EGV durch den Reformvertrag die Auffassung, dass der Beschluss zusätzlich zu den Rechtsakten der Verordnung, Richtlinie und Entscheidung eingeführt wird.⁵⁴¹ Der Beschluss werde

⁵³⁸ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249 EGV, Rn. 74.

⁵³⁹ Reformvertrag (Vertrag von Lissabon), Entwurf eines Vertrages zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, Brüssel 5.10.2007, CIG 1/1 REV 1, DE, www.consilium.europa.eu/igcpdf/07/cg00/cg00001-re01.de07.pdf vom 13.11.2007.

⁵⁴⁰ Jetzt Art. 288 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union); Der Vertrag über die Europäische Union (EUV) behält seine derzeitige Bezeichnung. Vgl. Art. 2 Ziffer 2, S. 41 des Reformvertrages, www.consilium.europa.eu/igcpdf/07/cg00/cg00001-re01.de07.pdf vom 13.11.2007.

⁵⁴¹ *Terhechte*, EuZW, 2007, S. 521 (521).

daher den Rechtsakt der Entscheidung nicht ersetzen, sondern daneben Geltung erlangen.

Dieser Auffassung kann aber nicht gefolgt werden. Der Reformvertrag wählt nämlich gem. Ziffer 235) folgende Bestimmung:

„Artikel 249 wird wie folgt geändert:“

(a)...

(b) Absatz 4 erhält folgende Fassung: (siehe oben⁵⁴²).“

Damit steht fest, dass es sich nicht um eine bloße Änderung in Form einer Ergänzung handelt, sondern in Form einer Substitution. Demnach wird der Rechtsakt der *Entscheidung* aufgehoben und durch den neu geschaffenen Rechtsakt des *Beschlusses* ersetzt.⁵⁴³ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Änderung, denn Art. 249 Abs. 4 EGV wird ausdrücklich mit dem genannten Wortlaut geändert und nicht ergänzt oder erweitert. Sollte die *Entscheidung* neben dem *Beschluss* bestehen bleiben, dann wäre ein neuer Absatz eingefügt oder Abs. 4 wäre in mehrere Sätze aufgespalten worden. Dies ist aber nicht geschehen bzw. nicht beabsichtigt.

Die Auffassung *Terhechtes* ist auch aus materiellen Gründen nicht haltbar, denn maßgeblich für die Kategorisierung eines Rechtsaktes ist nicht deren Bezeichnung, sondern allein deren Rechtsnatur.⁵⁴⁴ Die Rechtsnatur der *Entscheidung* und des *Beschlusses* ist jedoch identisch. Beide Rechtsakte sind in allen ihren Teilen verbindlich. Wenn sie an bestimmte Adressaten gerichtet sind, dann sind sie nur für diese verbindlich. Dies ergibt sich sowohl aus Art. 249 Abs. 4 EGV a.F., als auch aus Art. 249 Abs. 4 EGV n.F. Auch der im Vergleich zur Definition der Entscheidung, leicht abgewandelte Wortlaut des Beschlusses, wonach die *Verbindlichkeit* und deren Geltung gegenüber einem bestimmten *Adressatenkreis* in zwei Sätze aufgespalten ist, führt zu keinem anderen Ergebnis. Dadurch wird nur klargestellt, dass der Beschluss sowohl Außenwirkung, als auch unionsintern Geltung erlangen kann. Für die Entscheidung gilt nichts anderes.⁵⁴⁵

⁵⁴² Art. 249 Abs. 4 EGV n.F.: „Beschlüsse sind in allen ihren Teilen verbindlich. Sind sie an bestimmte Adressaten gerichtet, so sind sie nur für diese verbindlich.“

⁵⁴³ so auch schon *Vogt, Diss.*, S. 331, für den insoweit gleichlautenden Verfassungsvertrag, der nunmehr aufgegeben und durch den Reformvertrag ersetzt wurde.

⁵⁴⁴ *Ruffert* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 249 EGV Rn. 123.

⁵⁴⁵ *Nettesheim* in: *Grabitz/Hilf*, Art. 249 EGV, Rn. 196.

Wenn aber die Rechtsnatur der Entscheidung mit dem des Beschlusses identisch ist, dann existiert auch nur *ein* Rechtsakt und nicht zwei Verschiedene. Allein die unterschiedliche Bezeichnung eines Rechtsaktes, als *Entscheidung* einerseits und *Beschluss* andererseits, führt nicht dazu, dass zwei unterscheidungsfähige Rechtsakte entstehen. Es wäre darüber hinaus sinn- und zwecklos ein und demselben Rechtsakt zwei verschiedene Bezeichnungen zu geben.⁵⁴⁶

Selbst wenn also, nach Auffassung *Terhechtes*, der Beschluss zusätzlich zur Entscheidung eingefügt werden soll, so würde dadurch kein neuer Rechtsakt geschaffen.

Für die Einordnung der informellen Absprache ergibt sich folglich keine Änderung, da der Katalog des Art. 249 EGV (jetzt Art. 288 AEUV) durch den Reformvertrag nachweislich nicht erweitert wird.

2. Die Verordnung und Richtlinie als Rechtsnatur der informellen Absprache

Die *Verordnung* und *Richtlinie* gem. Art. 288 AEUV scheiden als Rechtsnatur der informellen Absprache aus.

Von einer Verordnung kann nämlich nur dann die Rede sein, wenn die – ggf. interpretierte – Bestimmung einen offenen Kreis von Adressaten (Generalität der Regelung) in rechtsverbindlicher Weise anzusprechen beansprucht.⁵⁴⁷ Den Kreis der Adressaten einer Verordnung bildet insofern eine abstrakt umschriebene und nicht zahlenmäßig bestimmbare Personengruppe.⁵⁴⁸

Dabei ist es zunächst unerheblich, ob ein an einer informellen Absprache beteiligtes Unternehmen oder Unternehmensvereinigung nun als Adressat oder Partei zu bezeichnen ist. Entscheidend ist die Tatsache, dass der Kreis der beteiligten Unternehmen einer informellen Absprache eben nicht offen ist, sondern bestimmt und abschließend. Auch wenn häufig nur ein Unternehmen an einer informellen Absprache beteiligt ist, so kann theoretisch eine Vielzahl von Unternehmen sich daran beteiligen. In jedem Fall steht aber von vornherein fest wer sich konkret an der informellen Absprache beteiligt, denn der Abschluss einer informellen Absprache bedarf der Mitwirkung bzw. Zustimmung des betroffenen Unternehmens. Ein Unternehmen, das

⁵⁴⁶ Fraglich ist, ob der Sinn und Zweck ein brauchbares Abgrenzungskriterium bei der Bewertung legislativer Entscheidungen der Union sein kann. Dies wird hier schlicht unterstellt.

⁵⁴⁷ EuGH, Slg. 1977, 797, 807, *Koninklijke Scholten Honig*.

⁵⁴⁸ EuGH, Slg. 1962, 1003, 1020, *Fédération nat. de la Boucherie*.

einer informellen Absprache nicht zugestimmt hat, kann auch nicht an ihr beteiligt sein.

Schließlich scheidet die Richtlinie als Rechtsnatur der informellen Absprache aus. Diese ist ein Rechtsakt der Union, der sich an die Mitgliedstaaten richtet, für die diese verbindlich ist und sie verpflichtet, die Richtlinie auszuführen, indem sie innerstaatliches Recht beseitigen, modifizieren, neu schaffen oder jedenfalls beibehalten.⁵⁴⁹

Adressaten einer Richtlinie können daher nur Mitgliedstaaten sein, nicht aber Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen. Informelle Absprachen werden jedoch ausschließlich zwischen der Kommission und Unternehmen abgeschlossen und vereinbart.

3. Beschluss gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV als Rechtsnatur der informellen Absprache

Die informelle Absprache könnte als Beschluss⁵⁵⁰ anzusehen sein, wenn ihre Rechtsnatur der eines Beschlusses entspricht, denn ob ein solcher vorliegt, beurteilt sich nicht nach der Bezeichnung, sondern der Rechtsnatur des betreffenden Akts.⁵⁵¹ Deswegen führt allein die Bezeichnung „informelle Absprache“ nicht dazu, dass die Rechtsnatur eines Beschluss ausscheidet.

Der Beschluss ist der verbindliche Rechtsakt des Gemeinschaftsrechts für Einzelfälle.⁵⁵² Das Merkmal des Einzelfalls ist im Normtext nur angedeutet („...für denjenigen..., die sie bezeichnet.“) und dient der Abgrenzung zur Verordnung.⁵⁵³

Nur verbindliche Akte der Gemeinschaftsorgane sind Beschlüsse, d.h. solche, die Rechtswirkungen hervorrufen⁵⁵⁴, und nicht etwa lediglich vorbereitende Maßnahmen. Vorbereitungsmaßnahmen sind allerdings dann verbindlich und damit Beschlüsse, wenn sie selbst ein besonderes Verfahren endgültig abschließen.⁵⁵⁵ An Private gerichtete Beschlüsse sind mit Verwaltungsakten nationalen Rechts im Ansatz vergleichbar.⁵⁵⁶ Zuletzt unterliegt der Beschluss der Begründungspflicht gem. Art. 296

⁵⁴⁹ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249 EGV, Rn. 124.

⁵⁵⁰ Nachfolgend wird ausschließlich der Begriff Beschluss verwendet, auch wenn zitierte Rechtsprechung und Literatur sich noch auf die Entscheidung gemäß Art. 249 Abs. 4 EGV bezieht.

⁵⁵¹ *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, Art. 249 EGV Rn. 123.

⁵⁵² *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, Art. 249 EGV Rn. 123.

⁵⁵³ *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, Art. 249 EGV Rn. 123.

⁵⁵⁴ EuGH, Slg. 1955/56, 197, 224, *Fedechar*; Slg. 1960, 45, 65, *Geitling*; Slg. 1961, 107, 154, *SNUPAT*; Slg. 1963, 467, 484, *Usines Emile Henricot*; Slg. 1966, 529, 544, *Forges des Chatillon*; Slg. 1970, 980, Rn. 10ff., *Chevally*; Slg. 1980, 1299, Rn. 15, *Sucrimex*; Slg. 1981, 2639, Rn. 9, *IBM*.

⁵⁵⁵ EuGH, Slg. 1967, 99, 122, *Cimeteries*.

⁵⁵⁶ *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, Art. 249 EGV Rn. 124; *Stelkens*, ZeuS 2005, S. 61 (68).

AEUV.⁵⁵⁷ Nach ständiger Rechtsprechung müssen die Ausführungen die Erwägungen der Kommission so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass einerseits die Betroffenen die Gründe für die erlassenen Maßnahme erkennen können und andererseits der Gerichtshof in die Lage versetzt wird, seine Kontrollfunktion ordnungsgemäß zu erfüllen.⁵⁵⁸

a. Zuständigkeit für den Erlass des Beschlusses

Zuständig zum Erlass eines Beschlusses sind nach den Verträgen der Rat und die Kommission.⁵⁵⁹

Im Falle der informellen Absprache kann zwar in Bezug auf deren Zustandekommen nicht unmittelbar von einem Erlass gesprochen werden, doch in Bezug auf die Zuständigkeit liegt diese bei der Kommission, unabhängig davon, ob von ihr oder den beteiligten Unternehmen die Initiative zum Abschluss der informellen Absprache ausging.

Dies ergibt sich daraus, dass „zuständig“ in diesem Sinne nur ein Organ der Exekutive sein kann, da die informelle Absprache in das Gebiet des Verwaltungsrechts fällt. Demnach scheidet die Zuständigkeit eines betroffenen Unternehmens in diesen Fällen von vornherein aus.⁵⁶⁰ Daher bleiben als Organe noch der Rat und die Kommission als Alternativen in Betracht. Das EU-Kartellverfahrensrecht, in dessen Rahmen sich die informelle Absprache zwar nicht ausdrücklich befindet, aber deren Abschluss sie zumindest mittelbar beeinflusst, ist geprägt von einer umfassenden Zuständigkeit der Kommission.⁵⁶¹ Zwar sind in Einzelfällen gem. Art. 5 VO 01/03 auch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten zuständig, jedoch bleibt der Hauptbestandteil der Zuständigkeiten bei der Kommission. Dies gilt insbesondere für die Verfahrenseröffnung und -beendigung. Darüber hinaus kann die Kommission auch jederzeit Fälle mit überragender Bedeutung an sich ziehen und verfügt daher über eine umfangreiche sachliche Zuständigkeit.⁵⁶² Der Rat hingegen ist an der Durchführung des EU-Kartellverfahrensrechts, und nur darum geht es bei der informellen Absprache, nicht

⁵⁵⁷ Müller-Ibold, Till, Diss., S. 34.

⁵⁵⁸ vgl. Vogt, Diss., S. 223; EuGH, Slg. 1957, 11, 37; Slg. 1963, 143, 155; Slg. 1986, 2049, Rn. 10; Slg. 1994, I-3411, Rn. 19.

⁵⁵⁹ Nettesheim in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 193.

⁵⁶⁰ Entscheidungen können auch von einer privaten Einrichtung erlassen werden, die die Kommission im Wege der (vertraglichen) Beleihung bei der Durchführung der Aufgaben unterstützt. vgl. EuG, Slg. 1998, II-357. Im Kartellverfahrensrecht der EG liegt eine derartige vertragliche Beleihung aber nicht vor, weshalb ausschließlich die Kommission und die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig sind.

⁵⁶¹ Vgl. Art. 7ff. und 23ff. VO 01/03.

⁵⁶² Vgl. 11 Abs. 6 VO 01/03. Zur sogenannten „Aufgreifbefugnis“ der Kommission vgl. Bardong in: MünchKomm, Band 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 11 VO 01/03, Rn. 118ff.

beteiligt und somit auch nicht zuständig. Demnach ist die Kommission zuständig für den Abschluss einer informellen Absprache, womit ein Merkmal des Rechtsaktes des Beschlusses erfüllt wäre.

b. Adressaten eines Beschlusses

Als Adressaten eines Beschlusses sind „*diejenigen, (...) die sie bezeichnet*“ anzusehen.⁵⁶³ Eine ausdrückliche Benennung der Adressaten ist aber nicht notwendig; es ist den Anforderungen des Art. 288 AEUV bereits dann entsprochen, wenn sich aus dem Inhalt des Beschlusses ergibt, für wen sie Rechte und Pflichten begründet.⁵⁶⁴

Aus dem Inhalt der informellen Absprache der Firma IBM⁵⁶⁵ ist eindeutig ersichtlich, für wen sie Rechte und Pflichten begründet. Darin übernimmt die Firma IBM verschiedene Verpflichtungen in Bezug auf bestimmte Verhaltensweisen in der Gemeinschaft, insbesondere betreffend ihres Systems/370.⁵⁶⁶ Ziffer 2 der informellen Absprache lautet:

„Bei Ankündigung eines neuen Produkts des Systems/370 innerhalb der EG wird IBM auf Anforderung an jedes konkurrierende Unternehmen in der EG Schnittstelleninformationen über das Produkt in der nachstehend festgelegten Art und Weise und innerhalb der dort festgelegten Fristen liefern.“⁵⁶⁷

Aus dem Inhalt der informellen Absprache ergeben sich daher konkrete Verpflichtungen für IBM, weshalb ein Adressat diesbezüglich feststeht. Losgelöst von diesem Fall beinhaltet eine informelle Absprache regelmäßig Verpflichtungen der betroffenen Unternehmen ihre wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen einzustellen bzw. darüber hinaus Maßnahmen einzuleiten, um die Bedenken der Kommission auszuräumen. In diesen Fällen ist ebenfalls der Adressat eindeutig zu bestimmen, da immer derjenige als Adressat anzusehen ist, der Verpflichteter der informellen Absprache ist.

⁵⁶³ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 249, Rn. 194.

⁵⁶⁴ EuG, Slg. 1994, II-324, *Air France*.

⁵⁶⁵ Das System/370 war eine evolutionäre Weiterentwicklung des Systems/360 von IBM und bereits im Jahre 1970 angekündigt. Es handelt sich dabei um einen Großrechner mit z.B. Magnetbändern als Speichermedien. vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/System/370>; Bulletin, EG 10, 1984, S.105ff. 4. Die Verpflichtung von IBM.

⁵⁶⁶ Bulletin, EG 10, 1984, S.105ff. 4. Die Verpflichtung von IBM.

⁵⁶⁷ Bulletin, EG 10, 1984, S. 105, Ziffer 2.

c. Verbindlichkeit des Beschlussinhalts

Der Beschluss ist gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV in „*allen ihren Teilen verbindlich*“. Ob auch die informelle Absprache bzw. die in ihr enthaltenen Verpflichtungen in diesem Sinne verbindlich sind, ergibt sich im Einzelfall aus der Abgrenzung zu einer unverbindlichen Maßnahme. Dabei ist erneut der Begriff „*informelle Absprache*“ von nur sekundärer Bedeutung, da es maßgeblich auf den Inhalt der Absprache ankommt, nicht aber auf deren Bezeichnung.⁵⁶⁸ Bei der Abgrenzung eines verbindlichen Beschlusses von einer unverbindlichen Rechtshandlung ist maßgeblich auf die Umstände des internen Erlassverfahrens sowie auf die äußere Form und den objektiven Inhalt abzustellen.⁵⁶⁹

Der EuGH hat dazu folgendes ausgeführt:

„Eine Entscheidung (Beschluss, der Verf.) ist nur dann gegeben, wenn die betreffende Verlautbarung erkennbar vom Kollegium der Hohen Behörde beschlossen wurde, Rechtswirkungen hervorzurufen bestimmt ist und das interne Verfahren abschließt, in dem die Hohe Behörde ihren Willen gebildet hat; ferner muss sie eine endgültigen Beschluss darstellen, dessen äußere Form dem Adressaten die Feststellung gestattet, dass eine Beschluss vorliegt.“⁵⁷⁰

Auf den ersten Blick enthält diese Stellungnahme des EuGH einen Widerspruch, da zunächst auf den Willen der Hohen Behörde abgestellt wird, also ein rein subjektives Element. Im zweiten Halbsatz aber kommt es dann nur auf die äußere Form und die Feststellung des Adressaten an, also rein objektive Elemente aus dem Empfängerhorizont.

Die Literatur interpretiert diese Formulierung des EuGH dergestalt, dass der Schwerpunkt der Abgrenzung auf dem objektiven Empfängerhorizont zu setzen ist. Der rechtliche Beschlusswille müsse objektiv feststellbar sein.⁵⁷¹ Wenn objektive Anhaltspunkte für einen Rechtserzeugungswillen vorliegen, so müsse auch dann von einem Beschluss ausgegangen werden, wenn in Wirklichkeit die Organwalter sich keine weitergehenden Gedanken gemacht und keinen Rechtserzeugungswillen hat-

⁵⁶⁸ Ruffert in: Calliess/Ruffert, Art. 249 EGV Rn. 123.

⁵⁶⁹ Nettesheim in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 249, Rn. 197.

⁵⁷⁰ EuGH, Slg. 1963, 467, 484, *Usines Emiles Hanricot*; Slg. 1963, 497, 511, *Hoogovens*; Slg. 1963, 517, 549, *Lemmerz Werke*.

⁵⁷¹ Nettesheim in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 198.

ten. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes könne nicht darauf abgestellt werden, welche Vorstellungen die Mitglieder des Organs bei dem Erlass eines Beschlusses haben, wenn der äußere Schein eindeutig ist.⁵⁷²

Diese Interpretation aus der Literatur ist dabei nur im Ergebnis richtig. Es ist nämlich gar nicht notwendig die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zu bemühen, da der EuGH den *subjektiven Rechtserzeugungswillen* des beschließenden Organs gar nicht als Tatbestandsmerkmal für einen Beschluss klassifiziert. Die Willensbildung des Organs ist nach richtiger Auffassung nicht selbständiger Bestandteil eines Beschlusses, sondern nur Voraussetzung für die Beendigung des internen Verfahrens zur Beschlussfassung. Allein in dem objektiv feststellbaren (Vor-)Beschluss des Organs manifestiert sich der Rechtserzeugungswille, weshalb allein das objektive Merkmal der Feststellung durch den Empfänger maßgebliches Kriterium für die Einordnung der Rechtsnatur des Beschlusses ist. Die Beschlussfassung ist daher lediglich ein Indiz dafür, dass das betreffende Organ seine Willensbildung abgeschlossen hat. Die Willensbildung allein ist kein erforderliches Merkmal des Beschlusses, da sie erst durch ihre Publikation mittels eines Beschlusses für den Empfänger wahrnehmbar wird.

Dies entspricht auch der Auffassung des Generalanwaltes *Roemer* zu dieser EuGH Entscheidung:

„Ein Beschluss (Entscheidung, der Verf.) ist ja nichts anderes als die Willenserklärung einer Behörde gerichtet auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges. Wesentlich ist (...). dass ein subjektives Element, nämlich der Beschlusswille, vorhanden und erkennbar ist.“⁵⁷³

Demzufolge sind bloße Meinungsäußerungen, Verhaltensempfehlungen oder Rechtsauskünfte keine Beschlüsse gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV. Auch Absichtserklärungen und Ankündigungen eines Unionsorgans, wie es zu verfahren gedenkt, entfalten keine rechtliche Verbindlichkeit.⁵⁷⁴ Die Außenwirkung hingegen ist kein abgrenzungsfähiges Merkmal eines Beschlusses, da diese auch den unionsinternen Bereich zum Regelungsgegenstand haben kann.⁵⁷⁵

⁵⁷² *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 197.

⁵⁷³ GA Roemer, EuGH, Slg. 1963, 541, 549, *Lemmerz-Werke*.

⁵⁷⁴ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 199.

⁵⁷⁵ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 196.

Die informelle Absprache lässt sich unter diese Kategorien jedoch nicht subsumieren, weshalb – gemäß der Rechtsprechung des EuGH – die folgenden drei Tatbestandsmerkmale maßgeblich sind:

- Beschluss durch die Kommission
- zur Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges
- zum Abschluss eines Verfahrens

aa. Beschluss durch die Kommission

Die Kommission müsste in Bezug auf den Abschluss einer informellen Absprache einen Beschluss gefasst haben. Die Kommission hat in dem bereits untersuchten Fall der Firma IBM deren *einseitige Verpflichtungserklärung angenommen* und daraufhin das Verfahren nach Art. 106 AEUV *ausgesetzt*.⁵⁷⁶

Als Beschluss kommen daher die *Annahme* der Verpflichtungserklärung einerseits und die *Aussetzung* des Kartellverfahrens andererseits in Betracht.

Zuständig zur Aussetzung eines Kartellverfahrens ist die Kommission, was sich bereits aus der Befugnis der Kommission zur Einleitung eines Kartellverfahrens gem. Art. 7 VO 01/03 ergibt. Spiegelbildlich zur Eröffnung eines Kartellverfahrens steht nämlich deren Aussetzung bzw. Beendigung, weshalb dasselbe Organ dafür zuständig ist. Nach Art. 1 GO der Kommission⁵⁷⁷ werden ihre Beschlüsse als Kollegialorgan mit der Mehrheit der anwesenden Mitglieder gefasst.⁵⁷⁸ Demnach setzt die Aussetzung des Kartellverfahrens einen Beschluss der Kommission voraus.

Die Aussetzung des Kartellverfahrens durch die Kommission mittels Beschluss ist aber nicht Bestandteil der informellen Absprache, sondern nur deren Folge. Wie bereits erläutert stehen sich in der informellen Absprache zwei korrespondierende Verpflichtungen gegenüber. Die Unternehmen verpflichten sich ihr wettbewerbswidriges Verhalten abzustellen und die Kommission verpflichtet sich im Gegenzug das Kartellverfahren einzustellen bzw. auszusetzen. Der Beschluss zur Aussetzung des Kartellverfahrens kann daher nicht zugleich ein Beschluss zum Abschluss einer informellen Absprache sein.

Ein Bestandteil der informellen Absprache ist hingegen die *Annahme* der Verpflichtungserklärung durch die Kommission, wie im Fall IBM geschehen.

⁵⁷⁶ 14. WB, 1984, S. 87, Rn. 94.

⁵⁷⁷ Abl. EG, L 308/26, 2000; zuletzt geändert durch Beschluss vom 15.11.2005, Abl. EG, L 347/83, 2007.

⁵⁷⁸ vgl. Art. 8 GO der Kommission.

Diese *Annahme* müsste ebenfalls auf einem Beschluss der Kommission beruhen. Insoweit die Kommission nach eigener Mitteilung⁵⁷⁹ die Verpflichtungserklärung von IBM angenommen hat, steht demnach fest, dass dieser *Annahme* ein Beschluss vorangegangen sein muss, da nach Art. 1 der GO der Kommission diese als Kollegialorgan ihre Beschlüsse fasst.

Demnach steht fest, dass die Kommission zum Abschluss einer informellen Absprache einen Beschluss gem. Art. 1 und 8 GO der Kommission fasst.

bb. Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges

Weiterhin müsste dieser Beschluss auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sein. Die Annahme einer einseitigen Verpflichtungserklärung durch die Kommission führt zunächst nur zum Abschluss einer informellen Absprache, wobei die von den Parteien gewollte informelle Natur dieser Absprache noch kein Indiz für deren fehlende rechtliche Bedeutsamkeit liefert.

Der EuGH⁵⁸⁰ hatte in der zuvor erwähnten Entscheidung verlangt, dass ein Beschluss nur dann vorliegt, wenn er

„...*Rechtswirkungen hervorzurufen bestimmt ist...*“.

Die *Annahme* einer einseitigen Verpflichtungserklärung eines Unternehmens durch die Kommission müsste daher zum Hervorrufen von Rechtswirkungen bestimmt sein.⁵⁸¹

Zunächst führt die Annahme durch die Kommission lediglich dazu, dass die Verpflichtungszusagen des betroffenen Unternehmens inhaltlich akzeptiert werden wodurch die Kommission zum Ausdruck bringt, dass diese – sofern sie tatsächlich umgesetzt werden – aus ihrer Sicht geeignet sind ihre bestehenden Bedenken gegen die Wettbewerbsmäßigkeit des Verhaltens des Unternehmens auszuräumen.

⁵⁷⁹ 14. WB, 1984, S. 87, Rn. 94.

⁵⁸⁰ EuGH, Slg. 1963, 467, 484, *Usines Emiles Hanricot*; Slg. 1963, 497, 511, *Hoogovens*; Slg. 1963, 517, 549, *Lemmerz Werke*.

⁵⁸¹ Hierbei muss erneut unterschieden werden zwischen den hier zu untersuchenden informellen Absprachen einerseits und der in Art. 9 VO 01/03 nunmehr ausdrücklich geregelten Befugnis der Kommission Verpflichtungszusagen von Unternehmen durch Entscheidung als bindend zu erklären. Auch führt die Einführung des Art. 9 VO 01/03 nicht per se dazu, dass sämtliche Annahmen von Verpflichtungszusagen vor der Kartellrechtsreform nicht die Rechtsnatur einer Entscheidung haben.

Die Annahme durch die Kommission führt also im Ergebnis dazu, dass eine informelle Absprache zustande kommt. Das Zustandekommen einer informellen Absprache ruft jedoch aus zwei Gründen keine Rechtswirkungen hervor.

Zum einen fehlt es an der Unmittelbarkeit der Rechtswirkung, denn das Zustandekommen einer informellen Absprache allein hat keinen Einfluss auf die Rechtsstellung des Unternehmens. Erst wenn das Unternehmen die in der informellen Absprache geregelten Verpflichtungen auch tatsächlich umsetzt, werden solche Rechtswirkungen hervorgerufen. Wenn aber ein Beschluss der Kommission nur mittelbar Rechtswirkungen hervorruft, die auch noch abhängig sind von der Mitwirkung des Adressaten, dann liegen eben keine Rechtswirkungen im erforderlichen Sinne vor. Allein das Unternehmen hat es selbst in der Hand ihre „Selbst“-verpflichtungen gegenüber der Kommission auch umzusetzen. Aufgrund der fehlenden Unmittelbarkeit zwischen der Annahme der Verpflichtungen durch die Kommission und deren Umsetzung durch die betroffenen Unternehmen, fehlt es an den für einen Beschluss erforderlichen, unmittelbaren Rechtswirkung.

Zum anderen handelt die Kommission durch die Annahme von Verpflichtungserklärungen nicht hoheitlich, da ihr insoweit nur ein passives und privat-rechtliches Verhalten zukommt. Ein Beschluss der Kommission ist jedoch eine aktive hoheitliche Rechtshandlung deren Ursprung ein (Vor-)Beschluss der Kommission bildet. Sofern die Initiative hier von einer privaten oder juristischen Person ausgeht, die nicht über Hoheitsrechte verfügt, kann diesbezüglich ein Beschluss keine Rechtswirkungen hervorrufen. Durch die Annahme der Verpflichtungszusagen der Unternehmen handelt die Kommission zwar durch Beschluss aber eben nicht hoheitlich, denn sie tritt dem Unternehmen auf Augenhöhe gegenüber und nicht im Rahmen eines hoheitlichen Subordinationsverhältnisses.⁵⁸² Ein solches Subordinationsverhältnis im Verhältnis Kommission/Unternehmen ist jedoch – wie auch im deutschen Verwaltungsrecht⁵⁸³ – Voraussetzung für ein hoheitliches Handeln einer Behörde. Die Kommission verfügt über derartige hoheitliche Aufgaben, die sie als „Europäische Behörde im technischen Sinne“ in ihrer Vollzugsfunktion ausweist.⁵⁸⁴

Die Annahme einer einseitigen Verpflichtungserklärung eines Unternehmens durch die Kommission ist daher nicht geeignet Rechtswirkungen hervorzurufen.

⁵⁸² Vgl. *Vogt*, Diss., S. 83.

⁵⁸³ Vgl. *Vogt*, Diss., S. 83.

⁵⁸⁴ *Caspar*, DVBl. 2002, S. 1437 (1440).

Dies entspricht auch der Auffassung der Kommission, die in der Annahme einer Verpflichtungserklärung keinen anfechtbaren Rechtsakt sieht.⁵⁸⁵

aaa. Die Auffassung des EuGH zur Rechtsnatur der Verpflichtungszusage

Demgegenüber vertrat der EuGH in der Beschluss *Ahlström*⁵⁸⁶ die Auffassung, dass die einseitige Verpflichtungserklärung einer Abstellungsanordnung gem. Art. 3 VO 17/62 gleichzusetzen sei und ihr somit die Rechtsnatur einer Entscheidung gem. Art. 249 Abs. 4 EGV (jetzt Beschluss) zukomme. Die Kommission sei nämlich zu allen Maßnahmen zur Abstellung von Zuwiderhandlungen ermächtigt, worunter auch die einseitige Verpflichtungserklärung falle.⁵⁸⁷ Der EuGH wörtlich:

„Die Verpflichtungen, die durch die Erklärung für die Klägerinnen⁵⁸⁸ begründet wurden, sind mit Anordnungen zur Abstellung von Zuwiderhandlungen, wie sie in Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 vorgesehen sind, gleichzusetzen. Denn wie sich aus dem Urteil vom 6. März 1974 in den Rechtssachen 6/73 und 7/73 (Commercial Solvents/Kommission, Slg. 1974, 223) ergibt, ermächtigt diese Vorschrift die Kommission zum Erlass aller Maßnahmen, die sich für die Abstellung der Zuwiderhandlung als erforderlich erweisen; dabei kann es sich sowohl um positive als auch um negative Maßnahmen handeln. Durch die Übernahme der erwähnten Verpflichtungen haben die Klägerinnen lediglich – jeweils aus ihren eigenen Gründen – einer Entscheidung (Beschluss, der Verf.) zugestimmt, zu deren einseitigem Erlass die Kommission befugt gewesen wäre.“

An dieser Stelle sei zur Klarstellung auf die terminologische Differenzierung zwischen *informeller Absprache*, *Verpflichtungszusage* und *einseitiger Verpflichtungszusage* eingegangen. Die Kommission benutzt diese Begriffe beliebig und räumt ihnen keine unterschiedliche Bedeutung zu. Die Rechtsprechung verzichtet auf den Begriff der *informellen Absprache* und benutzt lediglich den Begriff der *Verpflichtungszusage*, die sie zuweilen auch als *einseitig* bezeichnet. Die mag daran liegen, dass im EU-

⁵⁸⁵ EuGH, Slg. 1993, I-1307, Rn. 180, *Ahlström*

⁵⁸⁶ EuGH, Slg. 1993, I-1307, Rn. 181, *Ahlström*.

⁵⁸⁷ EuGH, Slg. 1993, I-1307, Rn. 181, *Ahlström*.

⁵⁸⁸ Die Klägerinnen sind Unternehmen gegen die die Kommission ein Kartellverfahren eingeleitet hat.

Kartellrecht diese Handlungsform weit weniger Bedeutung erlangt, als im Bereich der Fusionskontrollverordnung und dementsprechende Erfahrungswerte fehlen.

Zunächst ist hervorzuheben, dass eine Verpflichtungszusage regelmäßig von den Unternehmen vorgelegt wird. Eine Unterscheidung zwischen einseitigen oder zweiseitigen Verpflichtungszusagen macht jedoch keinen Sinn, da sie regelmäßig von der Kommission gebilligt bzw. angenommen werden muss. Daher muss nur zwischen den Begriffen *informeller Absprache* einerseits und *Verpflichtungszusage* andererseits unterschieden werden, obwohl auch hier die Begriffe oftmals, sei es durch die europäischen Gerichte oder Teile der Literatur, beliebig ausgetauscht werden. Chronologisch betrachtet steht die Verpflichtungszusage vor der informellen Absprache und ist zugleich ein Bestandteil dieser. Erst durch die Annahme der Verpflichtungszusage eines Unternehmens durch die Kommission kommt eine informelle Absprache zustande.

bbb. Stellungnahme

Der Auffassung des EuGH über die Rechtsnatur der Verpflichtungszusage als Entscheidung (jetzt Beschluss) kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Es erscheint auch fraglich, ob der EuGH vor dem Hintergrund der Kartellrechtsreform durch Einführung der VO 01/03 den gleichen Fall gegenwärtig genauso entscheiden würde.

Zunächst setzt der EuGH einseitige Selbstverpflichtungen von Unternehmen mit Beschlüssen der Kommission gleich. Dafür könnte sprechen, dass die Verpflichtungserklärungen der Unternehmen nicht ganz freiwillig erfolgen und die Kommission aufgrund ihrer Machtposition einen nicht unerheblichen Druck auf die Unternehmen ausübt Verpflichtungserklärungen mit einem entsprechenden Inhalt vorzulegen. Aufgrund der mangelnden Freiwilligkeit der Verpflichtungszusage könnte angenommen werden, dass diese auf Initiative der Kommission zustande gekommen ist. Dies verdreht aber nicht die Tatsache, dass Beschlüssen gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV nur von Hoheitsträgern erlassen werden können, also EU-Organen, denen im Rahmen der begrenzten Einzelermächtigung entsprechende Kompetenzen verliehen wurden.⁵⁸⁹ Die Unternehmen verfügen dagegen nicht über Hoheitsrechte.⁵⁹⁰

⁵⁸⁹ Die EG und ihre Organe handeln gem. Art. 5 EGV nach der Ihnen aus den Verträgen zustehenden Befugnisse.

⁵⁹⁰ Eine Beleihung der betroffenen Unternehmen kommt ebenfalls nicht in Betracht.

Es ist in diesem Zusammenhang unbestritten, dass die Unternehmen Verpflichtungen auf sich genommen haben, die die Kommission auch mittels eines Beschlusses den Unternehmen hätte auferlegen können. Dies trifft aber nur eine Aussage über den Inhalt der Verpflichtungszusage, nicht aber über deren Rechtsnatur. Eine einseitige Verpflichtungserklärung einer privaten juristischen Person, also fern der Ausübung von Hoheitsrechten, kann nicht als Beschluss der Kommission angesehen werden, auch wenn diese die Verpflichtungszusagen annimmt. Beschlüsse sind nämlich einseitige Maßnahmen der Kommission und nicht solche von privaten Dritten. Diesbezüglich ist das Initiativrecht der Kommission zu berücksichtigen.⁵⁹¹ Ansonsten sähe sich die Kommission einer Fülle von Maßnahmen ausgesetzt, bei denen sie befürchten müsste, dass diese ihr als Beschluss ausgelegt würden, mit nicht absehbaren Konsequenzen. Dabei ist insbesondere an mögliche Schadensersatzansprüche zu denken, denen sie die Kommission dann ausgesetzt sehen würde. Maßgeblich ist folglich, dass Rechtswirkungen durch ein EU-Organ hervorgerufen werden, nicht aber von einer Privatperson oder einem Unternehmen, welches über keinerlei Hoheitsrechte verfügt.

Darüber hinaus geht der EuGH recht in der Annahme, dass die Kommission gem. Art. 3 VO 17/62 zu allen Maßnahmen, die zur Abstellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 81, 82 EGV (jetzt 101f. AEUV) führen, ermächtigt ist.⁵⁹² Die Abgabe einer einseitigen Verpflichtungszusage durch ein Unternehmen stellt aber keine Maßnahme der Kommission dar, sondern eine Maßnahme des Unternehmens, weshalb diese Aussage des EuGH keinen Aufschluss über die Rechtsnatur einer informellen Absprache liefert. Dies folgt allein daraus, dass eine Maßnahme der Kommission nur ein einseitiges Handeln sein kann. Die informelle Absprache hingegen auf einen Konsens mit dem betroffenen Unternehmen gerichtet ist. Folgerichtig umfasst der Begriff Maßnahme nicht die informelle Absprache.

Außerdem beinhaltet diese Feststellung des EuGH nur die Frage der *Ermächtigung*, sprich der Zuständigkeit der Kommission diesbezüglich. Insoweit der Kommission eine Ermächtigung zu allen Maßnahmen vom EuGH zugebilligt wird, so beinhaltet dies neben der Zuständigkeit auch den Umfang bzw. die Zielrichtung einer Maßnahme. Nach Auffassung des EuGH ist die Annahme einer Verpflichtungszusage bzw. der Abschluss einer informellen Absprache durch die Kommission also zulässig, wenn sie geeignet ist die Abstellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 81, 82 EGV

⁵⁹¹ Streinz, Europarecht, Rn. 292.

⁵⁹² Diese Aussage muss folgerichtig auch für Art. 7 VO 01/03 gelten, der Art. 3 VO 17/62 ersetzt.

(jetzt 101f. AEUV) herbeizuführen. Allein die Feststellung der Zulässigkeit einer Maßnahme lässt aber keinen Rückschluss auf deren Rechtswirkung und dementsprechend auf deren Rechtsnatur – hier der Beschluss – zu.

Auch die Ermächtigung der Kommission Maßnahmen inhaltlicher Natur zu ergreifen, um wieder wettbewerbsmäßige Zustände in der Gemeinschaft wiederherzustellen, kann nur als Ermächtigung zum Abschluss einer informellen Absprache als Solches ausgelegt werden. Die Rechtswirkungen und Rechtsnatur einer solchen Maßnahme bleiben dadurch aber weiter ungeklärt.

Schließlich hat der EuGH selbst bestimmt, dass Absichtserklärungen und Ankündigungen eines Unionsorgans, wie es zu verfahren gedenkt, keine Rechtsverbindlichkeit entfalten.⁵⁹³ Auch wenn diese Entscheidung des EuGH nicht in Bezug auf das Kartellverfahrensrecht ergangen ist, kann sie auf die hier untersuchte Annahme einer Verpflichtungserklärung angewandt werden, denn durch diese Annahme verpflichtet sich die Kommission zugleich gegenüber dem Unternehmen das Kartellverfahren einzustellen. Die „Selbst“-verpflichtung zur Einstellung eines Kartellverfahrens stellt jedoch eine solche Ankündigung bzw. Absichtserklärung dar. Im Gegenzug zu den Verpflichtungszusagen des Unternehmens kündigt die Kommission an, das gegen dieses Unternehmen eingeleitete Kartellverfahren aufgrund dieser Verpflichtungen einzustellen. Dann aber entfaltet eine solche Ankündigung aber auch keine Rechtswirkungen nach der Rechtsprechung des EuGH.

ccc. Zwischenergebnis

Die Annahme einer Verpflichtungszusage durch die Kommission ruft demnach keine Rechtswirkungen hervor und ist daher nicht als Rechtsakt eines Beschlusses gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV zu qualifizieren. Dies liegt einerseits an dem fehlenden hoheitlichen Handeln der Kommission diesbezüglich, andererseits an der fehlenden unmittelbaren Rechtswirkung der Annahme einer Verpflichtungszusage bzw. Abschluss einer informellen Absprache.

cc. Abschluss eines Verfahrens

Unabhängig davon liegt nur dann ein Beschluss im Sinne von Art. 288 Abs. 4 AEUV vor, wenn der betreffende Rechtsakt zum Abschluss eines Verfahrens führt.⁵⁹⁴ Zwischenmaßnahmen, die einen abschließenden Beschluss erst vorbereiten sollen,

⁵⁹³ EuGH, Slg. 1991, I-1143, *Emerald Meats*.

⁵⁹⁴ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 199.

sind regelmäßig keine rechtsverbindlichen Beschlüsse.⁵⁹⁵ Die Annahme der Verpflichtungszusagen durch die Kommission führt jedoch nicht zur Einstellung des Verfahrens, sondern nur zum Abschluss einer informellen Absprache mit dem Inhalt, dass die Kommission sich verpflichtet das Kartellverfahren einzustellen. Der Abschluss der informellen Absprache kann insoweit als Zwischenschritt aufgefasst werden, der den Beschluss zur Einstellung des Kartellverfahrens erst vorbereitet. Auch aus diesem Grunde liegt in der Annahme von Verpflichtungszusagen kein Beschluss durch die Kommission vor.

dd. Ergebnis

Die Annahme einer Verpflichtungserklärung eines Unternehmens im Rahmen eines Kartellverfahrens durch die Kommission ist nicht als Beschluss gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV zu qualifizieren.

4. Empfehlungen und Stellungnahmen gem. Art. 288 Abs. 5 AEUV

Empfehlungen und Stellungnahmen enthalten im Gegensatz zu den anderen Rechtshandlungen keine rechtsnormative Geltung.⁵⁹⁶ Diese Unverbindlichkeit bedeutet zugleich Unanfechtbarkeit, ungeachtet der Tatsache, dass auch Empfehlungen und Stellungnahmen von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite sein können.⁵⁹⁷ Wenn also die informelle Absprache bzw. die Annahme einer Verpflichtungserklärung durch die Kommission keine Rechtsverbindlichkeit darstellt, so liegt es nahe zu überprüfen, ob darin eine Empfehlung oder Stellungnahme gem. Art. 288 Abs. 5 AEUV zu sehen ist.

a. Ermächtigung der Kommission zu Empfehlungen und Stellungnahmen

Die Kommission ist unproblematisch nach Art. 7 VO 01/03 ermächtigt Beschlüsse zur Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen Unternehmen zu erlassen.

⁵⁹⁵ EuG, Slg. 1994, II-285; Slg. 1996, II-351; Slg. 1999, II-2857.

⁵⁹⁶ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 208. Die Unverbindlichkeit der Empfehlung und Stellungnahme schließt aber nicht aus, dass sie indirekt rechtliche Wirkungen erzeugen. So kann ein nationales Gericht Empfehlungen bei den Entscheidungen über bei ihnen anhängige Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen haben, insbesondere, wenn diese Aufschluss über die Auslegung nationaler oder unionsrechtlicher Bestimmungen gibt. vgl. EuGH, Slg. 1989, 4407, *Grimaldi*. Rechtliche Relevanz ist auch dann gegeben, wenn die unverbindliche Rechtshandlung eine zwingende Voraussetzung für eine spätere verbindliche Rechtshandlung darstellt. So wendet sich die Kommission gem. Art. 81 EGV mit Empfehlungen an Staaten, die ein Verstoß gegen das Kartellrecht dulden, um diese zum Abstellen der Zuwiderhandlung zu veranlassen. Die Annahme einer Verpflichtungserklärung richtet sich jedoch regelmäßig an Unternehmen und nicht an Mitgliedstaaten, weshalb eine solche Empfehlung ausscheidet.

⁵⁹⁷ *Schmidt* in: GTE, Art. 189, Rn. 50.

Fraglich ist jedoch, ob diese Ermächtigung auch Empfehlungen und Stellungnahmen umfasst, da diese in Art. 7 VO 01/03 nicht genannt sind.

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gilt nämlich auch für unverbindliche Rechtshandlungen. Das bedeutet, dass die EU-Organe einer Ermächtigung in den Verträgen bedürfen, um eine Empfehlung oder eine Stellungnahme abgeben zu können.⁵⁹⁸ Die VO 01/03 enthält eine solche Ermächtigung aber nicht.⁵⁹⁹

Es ist allerdings davon auszugehen, dass die EU-Organe im Rahmen der Ihnen gegebenen Sachkompetenzen immer auch zum Abschluss von Empfehlungen und Stellungnahmen befugt sind.⁶⁰⁰ Eine solche Sachkompetenz enthält aber Art. 7 VO 01/03, da die Kommission hierdurch ermächtigt ist Abstellungsentscheidungen und alle dazu erforderlichen Maßnahmen zu erlassen, um wettbewerbsmäßige Zustände wieder herzustellen.

Demnach ist die Kommission in Bezug auf das Kartellverfahren mit dem Ziel eine Abstellungsentscheidung zu erlassen auch ermächtigt diesbezüglich Empfehlungen und Stellungnahmen abzugeben.

b. Merkmale der Empfehlung

Empfehlungen gehen nach ihrem Sinngehalt auf eigene Entschlusskraft eines Unionsorgans zurück, das diese Rechtshandlung auf Grund vertraglich vorgesehener oder spontaner Initiative vornimmt.⁶⁰¹

Die Annahme einer Verpflichtungserklärung durch die Kommission kann vor diesem Hintergrund nicht als Empfehlung angesehen werden.

Es fehlt bereits an der Initiative der Kommission, da von dem betroffenen Unternehmen im Rahmen einer informellen Absprache eine Verpflichtungserklärung vorgelegt wird, die die Kommission lediglich annimmt bzw. akzeptiert. Die Initiative geht im Rahmen der Verpflichtungszusage daher ausschließlich von Unternehmensseite aus. Daran ändert sich auch nichts aufgrund der Tatsache, dass erst auf Initiative der Kommission ein Kartellverfahren eröffnet wird und den Unternehmen sodann die Beschwerdepunkte zugestellt werden, an denen sich eine Verpflichtungszusage meist

⁵⁹⁸ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 208; a.A. *Nicolaysen* EuR, 1966, S. 129 (138).

⁵⁹⁹ Im Verordnungstext selbst existiert keine Ermächtigung. Das Recht der Kommission informelle Beratung zu leisten gem. Erwägungsgrund Nr. 38 zur VO 01/03 stellt ebenfalls keine Ermächtigung dar. Zum einen, weil Erwägungsgründe nicht Bestandteil der Verordnung sind und nur zu deren Auslegung herangezogen werden dürfen. Zum anderen ist fraglich, ob das Recht informelle Beratung leisten zu dürfen überhaupt Empfehlungen und Stellungnahmen gem. Art. 249 Abs. 5 EGV im Rahmen eines Kartellverfahrens umfasst.

⁶⁰⁰ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 208.

⁶⁰¹ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 208.

inhaltlich orientiert. Diese praktischen Handlungsabläufe führen in diesem Fall nicht zu einer Umkehr der Verfahrensinitiative zu Lasten der Kommission, denn ein betroffenes Unternehmen ist nicht verpflichtet eine informelle Absprache anzubieten. Zur Beurteilung der Rechtsnatur der informellen Absprache wird ausschließlich auf die Annahme der Verpflichtungszusage durch die Kommission abgestellt, da es nur auf diesen Handlungsabschnitt ankommt.

Auch eine *eigene Entschlusskraft* der Kommission muss bei einer lediglichen Annahme einer Verpflichtungserklärung verneint werden. Die Vorlage einer Verpflichtungszusage wird von der Kommission entweder angenommen oder abgelehnt, weshalb eine inhaltliche Auseinandersetzung, die einer eigenen Entschlusskraft immanent ist, nicht stattfindet.

Empfehlungen sind im Übrigen vor allem Handlungsanweisungen, wenn auch unverbindlichen Charakters.⁶⁰² Die Annahme einer Verpflichtungszusage enthält aber keine Anweisung an das Unternehmen sondern billigt nur das angekündigte Verhalten eines Marktteilnehmers.

c. Merkmale der Stellungnahme

Aus den gleichen Gründen scheidet auch die Stellungnahme zur Klassifizierung der Rechtsnatur der informellen Absprache aus. Stellungnahmen enthalten nämlich die Meinungsäußerung eines Unionsorgans, die eine Reaktion auf eine fremde Initiative darstellt.⁶⁰³ Als *fremde Initiative* könnte hier die Verpflichtungszusage anzusehen sein. Die *Annahme* der Verpflichtungszusage wäre dann als Reaktion der Kommission zu beurteilen.

aa. Abgrenzung zwischen Meinungsäußerung und Willenserklärung

Es erscheint aber fraglich, ob die Annahme einer Verpflichtungserklärung seitens der Kommission als eine solche Meinungsäußerung angesehen werden kann. Nach deutschem Recht handelt es sich bei einer Meinungsäußerung um eine Stel-

⁶⁰² Unverbindlich sind Empfehlungen und Stellungnahmen in rechtlicher Hinsicht. Faktisch gesehen kann ihnen eine zentrale Bedeutung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten zukommen. Die Literatur spricht in diesem Zusammenhang von psychologischer und politischer Bedeutung der Empfehlung und Stellungnahme. Dabei spielen auch die Sachkenntnis und größere Übersicht der Unionsorgane eine entscheidende Rolle, die insbesondere der Kommission eine besondere Autorität verleihe, weshalb in der Praxis diesen Rechtshandlungen häufig ein großes Gewicht zukomme. Die Mitgliedstaaten würden sich oft daran orientieren, sei es aus Einsicht, Praktikabilitäts- oder Opportunitätsgründen. Schließlich werde diesen Rechtshandlungen deshalb hohe Aufmerksamkeit geschenkt, um sich nicht dem Vorwurf des integrationsfeindlichen Verhaltens ausgesetzt zu sehen. Vgl. dazu, *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 216.

⁶⁰³ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 209.

lungnahme, ein Dafürhalten, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung; auf den Wert, die Richtigkeit oder die Vernünftigkeit der Äußerung kommt es nicht an.⁶⁰⁴ Dagegen ist die Mitteilung einer Tatsache im strengsten Sinne keine Äußerung einer Meinung, da ihr die für eine Meinungsäußerung charakteristischen Merkmale fehlen.⁶⁰⁵

Die Erklärung der Annahme ist jedoch keine Äußerung einer Meinung, sondern vielmehr Ausdruck des Willens der Kommission diese Verpflichtungszusage zu akzeptieren. Es wurde bereits im Rahmen der Untersuchung der Beschluss aufgezeigt, dass die Annahme der Verpflichtungszusage durch die Kommission den Abschluss ihrer zuvor getroffenen Willensbildung wiedergibt. Die Annahme verkörpert demnach die abgeschlossene Willensbildung der Kommission als Kollegialorgan. Es kann daher bei der Annahme durchaus von einer Willenserklärung gesprochen werden, da hierdurch die Kommission ihren Willen – die Verpflichtungszusage zu akzeptieren – erklärt bzw. publiziert.

bb. Rückgriff auf die Abgrenzung durch das BVerfG

Eine Meinungsäußerung enthält dagegen primär die Bewertung eines Sachverhaltes. Zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen ist aber, nicht nur im deutschen Recht, streng zu unterscheiden. In diesem Zusammenhang beinhaltet die Annahme nämlich nur die Mitteilung einer Tatsache, also den Beschluss der Kommission zur Annahme der Verpflichtungserklärung. Zur Abgrenzung kann erneut auf das deutsche Verfassungsrecht zurückgegriffen werden. Das BVerfG hält demnach bei Werturteilen die subjektive Beziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Aussage für kennzeichnend.⁶⁰⁶ Tatsachenbehauptungen hingegen werden durch die objektive Beziehung zwischen der Äußerung und der Wirklichkeit charakterisiert.⁶⁰⁷

Genauso liegt auch hier bei der Annahme der Verpflichtungserklärung, denn hier ist die objektive Beziehung zwischen dem Beschluss und der Annahme durch die Kommission entscheidend.

Eine Stellungnahme als Ausdruck einer Meinungsäußerung dagegen wird von der subjektiven Beziehung des sich Äußernden getragen. Eine solche subjektive Beziehung ist bei der Annahme einer Verpflichtungserklärung jedoch nicht erkennbar.

⁶⁰⁴ Burghart in: Helberg/Leibholz/Rinck, Art. 5, Rn. 26.

⁶⁰⁵ Burghart in: Helberg/Leibholz/Rinck, Art. 5, Rn. 27.

⁶⁰⁶ BVerfGE 90, 247.

⁶⁰⁷ BVerfGE 94, 8 unter Hinweis auf BVerfGE 90, 247.

cc. Zwischenergebnis

Die Annahme einer Verpflichtungserklärung eines Unternehmens im Rahmen eines Kartellverfahrens durch die Kommission stellt keine Stellungnahme gem. Art. 288 Abs. 5 AEUV dar. Es fehlt bei der Annahme an dem Merkmal der Meinungsäußerung, dessen Bestandteil für eine Stellungnahme unentbehrlich ist.

6. Vertrag zwischen Unternehmen und Kommission

Schließlich könnte die informelle Absprache als Vertrag einzuordnen sein. Im Europarecht sind dabei privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verträge zu unterscheiden.⁶⁰⁸ Bei Letzteren soll die nur geringe Beachtung die diesem Rechtsinstitut von der Rechtsprechung und Literatur geschenkt wird kein Indiz für dessen fehlende Existenz sein. Er wird nämlich ausdrücklich erwähnt in Art. 272 EAUV in Bezug auf die Vereinbarung einer Schiedsklausel, weshalb grundsätzlich von einer Zulässigkeit solcher Verträge im Gemeinschaftsrecht auszugehen ist.⁶⁰⁹ Daran ändert auch nicht die Tatsache, dass er nicht im Katalog des Art. 288 AEUV aufgezählt wird, denn wie wir wissen ist dieser Katalog keinesfalls abschließend.

a. Informelle Absprache als privatrechtlicher Vertrag

Unabhängig von den weiteren Voraussetzungen muss bereits hier die Einordnung der informellen Absprache als privatrechtlicher Vertrag abgelehnt werden. Privatrechtliche Verträge sind die von der Gemeinschaft oder für ihre Rechnung abgeschlossenen Vereinbarungen, die dem Zivilrecht eines Mitgliedstaates oder eines Drittlandes unterliegen.⁶¹⁰

Eine informelle Absprache fällt jedoch in den Bereich des EU-Kartellverfahrensrechts welches insbesondere durch die sekundärrechtliche VO 01/03 geregelt ist. Die VO 01/03 wiederum ist dem Verwaltungsrecht bzw. dem öffentlichen Recht der EU zuzuordnen.

Demnach ist die informelle Absprache weder dem Zivilrecht, noch dem Recht eines Mitgliedstaates oder Drittlandes zuzuordnen, sondern dem öffentlichem Recht der EU. Zu diesem Ergebnis käme auch *Bleckmann*, da nach seiner richtigen Auffassung

⁶⁰⁸ *Karpenstein* in: Grabitz/Hilf, Art. 238 EGV, Rn. 16.

⁶⁰⁹ So bereits *Bleckmann*, NJW 1978, S. 464 (465), der für die in Art. 238 EGV genannten Vertragstypen (öffentlich-rechtliche und privatrechtliche) den Begriff der Verwaltungsverträge verwendet. Art. 238 EGV (exArt. 181 EGV) setze also die Zulässigkeit dieser Verträge voraus.

⁶¹⁰ *Karpenstein* in: Grabitz/Hilf, Art. 238 EGV, Rn. 16. Als Beispiele werden hier Anstellungs-, Versicherungs- und Lizenzverträge genannt.

alle Verträge, welche die Materien der Gemeinschaftsverträge regeln, Verwaltungsverträge und damit Verträge des öffentlichen Rechts sind.⁶¹¹

Daher ist in Bezug auf die informelle Absprache lediglich der öffentlich-rechtliche Vertrag im Gemeinschaftsrecht in Betracht zu ziehen, wobei die weitere Untersuchung dessen Voraussetzungen aufzeigen wird.

b. Informelle Absprache als öffentlich-rechtlicher Vertrag

Allein aufgrund seiner Erwähnung in Art. 272 AEUV kann davon ausgegangen werden, dass im Europarecht sowohl privat-, als auch öffentlich-rechtliche Verträge existieren und zulässig sind.⁶¹² Art. 335 AEUV hingegen ist nicht geeignet die Rechtsgrundlage öffentlich-rechtlicher Verträge für die Gemeinschaft darzustellen, da ihr hierdurch lediglich Rechts- und Geschäftsfähigkeit verliehen wird. Eine Aussage über die Voraussetzungen und den Umfang in dem öffentlich-rechtliche Verträge durch die Gemeinschaft ausgeübt werden dürfen enthält diese Vorschrift hingegen nicht.⁶¹³

Eine ausdifferenzierte ausdrückliche Regelung wie im deutschen Verwaltungsrecht über den öffentlich-rechtlichen Vertrag⁶¹⁴ ist im Gemeinschaftsrecht nicht enthalten.

Daraus folgt aber nicht, dass diese Handlungsmodalität untersagt wäre, da sie einerseits in den Verträgen zumindest erwähnt ist und andererseits solange zulässig bleibt solange sie nicht gegen Primärrecht verstößt.⁶¹⁵

Zunächst steht dem öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung entgegen, da hierdurch nur eine materielle Befugnis norm für hoheitliches Handeln gefordert wird.⁶¹⁶ Die Art und Weise wie diese materielle Befugnis ausgeübt wird lässt sich dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht

⁶¹¹ *Bleckmann*, DVBl. 1981, S. 889 (894).

⁶¹² Was die Literatur nicht davon abhält darüber zu streiten. *Bleckmann*, DVBl. 1981, S. 889 (891), ist der Auffassung, dass eine ausdrückliche Ermächtigungsnorm zum Abschluss von Verwaltungsverträgen nicht notwendig sei, da die Gemeinschaft gem. Art. 238 EGV für sämtliche vertragliche Rechtsmaterien zuständig sei. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gelte nur für einseitig-hoheitliches Handeln, nicht aber für vertragliches, weshalb auch der Katalog des Art. 249 EGV der Sonderregelung des Art. 238 EGV weichen müsse. *Grunwald*, EuR 1984, S. 227 (229), hingegen betont, dass Art. 238 EGV nur eine Verfahrensvorschrift sei und daher keine materielle Befugnis zum Abschluss von Verwaltungsverträgen darin enthalten sein könne. Dies ist zwar richtig, aber verkennt, dass die Gemeinschaftsverträge in erster Linie eine öffentlich-rechtliche Staatengemeinschaft verkörpern. Die Befugnis mit Dritten Verträge abzuschließen war deshalb nicht primär zu regeln. Insoweit eine Befugnisnorm daher erforderlich erscheint, so wird diese im Sekundärrecht zu suchen sein.

⁶¹³ So schon *Grunwald*, EuR 1984, S. 227 (232).

⁶¹⁴ Vgl. 54ff. VwVfG.

⁶¹⁵ Was für Entscheidungen gem. Art. 249 Abs. 4 EGV gilt muss auch für öffentlich-rechtliche Verträge gelten, die anstelle von Entscheidungen abgeschlossen werden. Dies kann auf informelle Absprachen anstelle von Abstellungsentscheidungen gem. Art. 7 VO 01/03 übertragen werden.

⁶¹⁶ *Hilf/Pache* in: *Grabitz/Hilf*, Art. 5 EUV, Rn. 5.

entnehmen. Dies wird im jeweiligen Sekundärrecht zu regeln sein. Insoweit die Handlungsmodalität des öffentlich-rechtlichen Vertrages aber zumindest im Primärrecht erwähnt ist, solange kann von einem generellen Verbot desselben nicht ausgegangen werden.

Ein möglicher Verstoß gegen Primärrecht durch Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages durch die Gemeinschaft kann sich zum einen aus dem Vertragsinhalt ergeben. Zum anderen könnte bereits der Abschluss eines solchen Vertrages sich aus dem im deutschen Verwaltungsrecht bekannten Vertragsformverbot⁶¹⁷ ergeben. Danach ist insbesondere in den Bereichen der Leistungs-, Eignungs- und ähnlichen Prüfungen hoheitliches Handeln durch öffentlich-rechtliche Verträge verboten.⁶¹⁸ Auch aus dem Sinn, Zweck und Systematik einer Rechtsmaterie könnte sich ein solches Vertragsformverbot ergeben.⁶¹⁹

Im Bereich des hier interessierenden EU-Kartellrechts kann ein solches Vertragsformverbot, wenn es denn im Gemeinschaftsrecht überhaupt Anerkennung finden sollte, nicht angenommen werden. Das Kartellverfahrensrecht soll die Durchsetzung des materiellen Kartellrechts aus den Art. 101ff AEUV sicherstellen. Hierbei handelt es sich aber nicht um Leistungs- oder Eignungsprüfungen sondern um Wettbewerbsrecht zur Gewährleistung einer freien Marktwirtschaft. Die Leistungs- und Eignungsfähigkeit eines Unternehmens wird nicht anhand des Kartellrechts durch die Kommission überprüft, sondern ergibt sich aus dem freien Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft den nur leistungsfähige Unternehmen bestehen werden. Das Kartellverfahrensrecht, um deren Anwendung es hier geht, trägt vor allem dazu bei, dass der freie Wettbewerb aufrechterhalten bleibt, damit sich leistungsfähige Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft entfalten können.

⁶¹⁷ Liegt ein Vertragsformverbot vor, so ist der Vertrag unabhängig von seinem Inhalt nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB nichtig. Das bisherige Recht enthält kein generelles Vertragsformverbot. Insoweit enthält § 54 VwVfG nur eine gesetzliche Klarstellung, allerdings mit konstitutiver Wirkung im Sinne einer generellen Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt (Rn. 89). Ein Vertragsverbot ergibt sich nicht aus Verfassungsgrundsätzen, insbesondere nicht aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem Prinzip des Vorbehalts bzw. Vorrangs des Gesetzes oder dem Demokratieprinzip. Für Vertragsformverbote innerhalb oder außerhalb des VwVfG sind hinreichende Anhaltspunkte notwendig. Sie liegen nur ausnahmsweise und nicht schon deshalb vor, weil Gesetze nur das Verwaltungshandeln in einseitiger Form, insbesondere durch VA, regeln. Hier setzen gerade die Zulässigkeitsregelungen der §§ 54 ff. ergänzend ein. Im Zweifel bedeutet Schweigen des Gesetzes eine Vertragsformerlaubnis. Die Unzulässigkeit ergibt sich bezüglich dieser ersten Stufe des Vertragshandelns abstrakt nicht nur bei einem ausdrücklichen Verbot, sondern kann auch aus Sinn, Zweck oder Systematik eines Gesetzes, etwa durch eine ausdrückliche oder sonst bewusste Ausklammerung der §§ 54 ff. zu folgern sein.

Vorbehaltlich entgegenstehender Rechtsvorschriften sind z.B. öffentlich-rechtliche Verträge unzulässig bei Leistungs-, Eignungs- und ähnlichen Prüfungen.

⁶¹⁸ *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 54, Rn. 105.

⁶¹⁹ *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 54, Rn. 104.

Auch der Sinn, Zweck und die Systematik sowohl des materiellen, als auch des formellen Wettbewerbsrechts der EU lässt nicht auf ein solches Vertragsformverbot schließen. Die Nichterwähnung öffentlich-rechtlicher Verträge innerhalb der VO 01/03 hängt allein damit zusammen, dass diese im Gemeinschaftsrecht nicht ausdrücklich geregelt sind.

Zudem ist das EU-Kartellverfahren in hohem Masse von einem Kooperationsverhältnis zwischen der Kommission und den betroffenen Unternehmen geprägt. Dafür sprechen zum einen die zahlreichen Ermittlungsbefugnisse⁶²⁰ der Kommission einerseits und die Verfahrensrechte⁶²¹ der Unternehmen andererseits.

Zuletzt stellt auch die Kronzeugenregelung einen starken Anreiz zur Kooperation mit der Kommission dar. Dabei soll nicht verschwiegen werden, dass die Kommission auch ohne die Kooperation der betroffenen Unternehmen weitreichende Ermittlungs- und Nachprüfungsbefugnisse besitzt, die geeignet sind auch gegenüber unkooperativen Unternehmen das Kartellrecht wirksam zu vollstrecken.⁶²²

Zuletzt ist aber auch der weite Ermessensspielraum der Kommission zu beachten, der es ihr erlaubt in begründeten Fällen Kartellverfahren einzustellen oder nicht weiter zu verfolgen. Der Sinn, Zweck und die Systematik des EU-Kartellrechts lassen daher den Schluss auf ein Vertragsformverbot im Rahmen eines Kartellverfahrens nicht zu. Demnach sind öffentlich-rechtliche Verträge im Gemeinschaftsrecht zulässig und unterliegen, jedenfalls im Bereich des Kartellrechts, keinem Vertragsformverbot.

Was das Europarecht unter privatrechtlichen Verträgen versteht wurde bereits oben deutlich. Bei den öffentlich-rechtlichen Verträgen muss hingegen weiter differenziert werden.

aa. Abgrenzung zwischen Verwaltungs- und Völkerrechtsverträgen

Bei öffentlich-rechtlichen Verträgen ist nämlich zu unterscheiden zwischen den völkerrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Verträgen. Völkerrechtsverträge nennt man dabei solche, die zwischen mindestens zwei Völkerrechtssubjekten abgeschlossen wurden.⁶²³ Neben den unabhängigen Staaten sind dazu auch Internationale Organisationen zu zählen die Völkerrechtsfähigkeit besitzen. Die Europäische Gemein-

⁶²⁰ Vgl. dazu *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 9, Rn. 13ff.

⁶²¹ Vgl. dazu *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 5, Rn. 2ff.

⁶²² *Dannecker/Biermann* in: Immenga/Mestmäcker, VO 01/03, Art. 24, Rn. 6ff.; *Schneider* in: MünchKomm, VO 01/03, Art. 24, Rn. 2ff.

⁶²³ *Karpenstein* in: Grabitz/Hilf, Art. 238 EGV, Rn. 18.

schaft besitzt gem. Art. 47 EUV unstreitig eine solche Völkerrechtsfähigkeit und kann daher unproblematisch Völkerrechtsverträge abschließen.⁶²⁴

Als Verwaltungsvertrag ist ein Vertrag anzusehen, den die Gemeinschaft oder ein für ihre Rechnung tätiges Organ mit einer Behörde oder einer unterstaatlichen juristischen Person des öffentlichen Rechts der Mitgliedstaaten oder mit Verbänden oder Individuen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts abschließt.⁶²⁵

Beide Vertragstypen unterscheiden sich daher nur in Bezug auf die Auswahl potentieller Vertragspartner. Während Völkerrechtsverträge nur mit Völkerrechtssubjekten abgeschlossen werden können, ist die Auswahl bei Verwaltungsverträgen ungleich weiter. Hierzu gehören neben den Völkerrechtssubjekten auch deren Organe, Behörden, Verbände und juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts. Sogar einzelne Bürger können hier Vertragspartner sein, wobei auf der anderen Seite immer eine Körperschaft des öffentlichen Rechts stehen muss, damit der Vertrag nicht rein privatrechtliche Natur besitzt.⁶²⁶

bb. Rechtsnatur des Verwaltungsvertrages und anwendbares Recht

Zunächst ist das anwendbare Recht festzulegen, denn erst danach kann die Rechtsnatur des Verwaltungsvertrages beurteilt werden.⁶²⁷ Dabei geht nur um die Unterscheidung zwischen Gemeinschaftsrecht und dem Recht der Mitgliedstaaten, denn öffentlich-rechtlich ist der Verwaltungsvertrag immer, da er auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts abgeschlossen wird.

In der Literatur wird unter Bezugnahme auf *GA Lenz* die Auffassung vertreten, dass auf öffentlich-rechtliche Verträge grundsätzlich das Vertragsrecht des Mitgliedstaats anzuwenden ist, auf das die Vertragsparteien ausdrücklich oder stillschweigend verwiesen haben.⁶²⁸ Nur wenn es ausnahmsweise an einer entsprechenden Rechtswahl

⁶²⁴ Die EU ist dagegen kein eigenständiges Völkerrechtssubjekt, da im EUV eine dem Art. 281 EGV entsprechende Vorschrift fehlt. Die EG hingegen hat bereits in die Hunderte gehende Völkerrechtsverträge abgeschlossen. Außerdem ist sie befugt anderen Internationalen Organisationen beizutreten. vgl. *Simma/Vedder*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 281, Rn. 14.

⁶²⁵ *Bleckmann*, DVBl. 1981, S. 889 (889).

⁶²⁶ *Bleckmann*, DVBl. 1981, S. 889 (889), nennt hier die „Individuen“, womit wohl natürliche und juristische Personen gemeint sind.

⁶²⁷ Dies sieht *Kischel* in: *Hailbronner/Wilms*, Art. 238 EGV, Rn. 15, freilich anders. Die Frage nach dem anwendbaren Recht sei nicht lösbar, weil sie in sich widersprüchlich sei, denn die Einordnung des anwendbaren Rechts ergebe sich aus dem materiellen Recht, welches aber erst zu ermitteln sei. Dies ist richtig und nicht widersprüchlich, denn das materielle Recht ist anhand des im Vertrag geregelten Sachverhalts zu bestimmen. Im Falle der informellen Absprache ist dies das EG-Kartellrecht, also Gemeinschaftsrecht, also öffentliches Recht. Bei privatrechtlichen Verträgen stellt sich dieses Problem nicht, da hierfür das IPR Anhaltspunkte liefert.

⁶²⁸ *Karpenstein* in: *Grabitz/Hilf*, Art. 238 EGV, Rn. 17 mit Verweis auf *GA Lenz*, EuGH, Slg. 1992, I-

fehle, seien Lücken des öffentlich-rechtlichen Vertrags ausnahmsweise unter Heranziehung der den Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsgrundsätze zu schließen.⁶²⁹ Andererseits wird gefordert, dass auf öffentlich-rechtliche Verträge grundsätzlich das Gemeinschaftsrecht Anwendung finde.⁶³⁰

Dieser Auffassung von *GA Lenz* muss insoweit widersprochen werden, als dass die Rechtswahl der Parteien auch das Gemeinschaftsrecht umfassen kann. Zwar enthält das Gemeinschaftsrecht kein ausdrückliches „Vertragsrecht“, jedoch kann es dennoch die Grundlage für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag bilden.⁶³¹ Erst wenn weder das Recht der Mitgliedstaaten, noch das Gemeinschaftsrecht von den Vertragsparteien als das dem Vertrag zugrunde liegende Recht ausgewählt wurde, muss auf die gemeinsamen Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten zurückgegriffen werden. Dies auch nur dann, soweit sich Lücken ergeben, die durch Vertragsauslegung nicht geschlossen werden können.

Die Anwendung einer speziellen Rechtsordnung steht jedoch dann nicht mehr zur Disposition der Vertragsparteien, wenn der Vertragsinhalt eine bestimmte Materie regelt, die auch gesetzlich normiert ist. Ein rein privatrechtlicher Vertrag kann, auch wenn dies im Vertrag ausdrücklich geregelt ist, nicht als öffentlich-rechtlicher Vertrag qualifiziert werden. Umgekehrt gilt dasselbe. Die Dispositionsbefugnis der Parteien ist insoweit eingeschränkt, als dass zwischen dem Recht der Mitgliedstaaten und dem Gemeinschaftsrecht nicht beliebig gewechselt werden darf.⁶³² In Bezug auf die informelle Absprache hat dies zur Folge, dass grundsätzlich das EU-Kartellverfahrensrecht Anwendung findet ohne Rücksicht auf die Rechtswahl der Kommission oder des Unternehmens.

Kern der informellen Absprache ist einerseits die Verpflichtung der Unternehmen ihre wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen abzustellen bzw. anzupassen und andererseits die Verpflichtung der Kommission das Kartellverfahren daraufhin einzustellen und keine Abstellungs- oder Bußgeldentscheidung zu erlassen.

2627, *Feilhauer*. Widersprüchlich dazu *Karpenstein* in: Grabitz/Hilf, Art. 238 EGV, Rn. 25, wo er die Auffassung vertritt auf öffentlich-rechtliche Verträge sei grundsätzlich das Gemeinschaftsrecht anwendbar.

⁶²⁹ *Bleckmann*, NJW 1978, S. 464 (466).

⁶³⁰ *Bleckmann*, DVBl. 1981, S. 889 (894).

⁶³¹ Bei privatrechtlichen Verträgen findet das internationale Privatrecht Anwendung. Ein gemeinschaftsrechtliches IPR existiert bislang nicht. Vgl. *Karpenstein* in: Grabitz/Hilf, Art. 238 EGV, Rn. 25.

⁶³² Etwas anderes kann gelten, wenn die Vertragsmaterie ausschließlich das Recht eines Mitgliedstaates betrifft. Dann kann vertraglich auch das Recht eines anderen Mitgliedstaates Anwendung finden.

Beide Verpflichtungen regeln Materien des EU-Kartellrechts und zwar des materiellen Rechts aus Art. 101, 102 AEUV und des Kartellverfahrensrechts, insbesondere der VO 01/03. Demnach ist grundsätzlich, sollte die informelle Absprache als Vertrag anzusehen sein, dieser Verwaltungsvertrag dem Gemeinschaftsrecht – konkret dem Kartellrecht – zuzuordnen.⁶³³

Daraus folgt schließlich auch die Rechtsnatur eines solchen Vertrages. Dieser wäre nämlich dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

cc. Regelungsinhalte und -grenzen von Verwaltungsverträgen im Gemeinschaftsrecht

Zu unterscheiden ist zudem zwischen koordinations- und subordinationsrechtlichen Verwaltungsverträgen.

Unter koordinationsrechtlichen Verwaltungsverträgen sind solche Verträge zu verstehen, vor deren Abschluss die Vertragsparteien in einem Koordinationsverhältnis stünden, während bei subordinationsrechtlichen Verträgen die EU vor Abschluss den Individuen oder den juristischen Personen des öffentlichen Rechts aufgrund eines Subordinationsverhältnisses rechtliche Bindungen durch einen einseitig-hoheitlichen Akt auferlegen könnte.⁶³⁴

Ein solches Subordinationsverhältnis kann auch zwischen der Kommission und betroffenen Unternehmen im Rahmen des Kartellverfahrens angenommen werden. Die Kommission ist nach der VO 01/03 befugt einseitig-hoheitliche Rechtsakte, insbesondere Beschlüsse, gegenüber den Unternehmen zu erlassen die für diese rechtlich bindend sind und darüber hinaus empfindliche Geldbußen enthalten können.

Für die informelle Absprache wäre daher insoweit von einem subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrag auszugehen.

Bezüglich der Regelungsgrenzen ist zu beachten, dass der Vertrag es nicht zulässt, dass Organe der EU die Kompetenzordnung überspielen; ein Vertragsschluss ist nur dort zulässig, wo der Vertrag den Organen die Ermächtigung verleiht, rechtliche Bindungswirkungen herbeizuführen.⁶³⁵

Für den Bereich der informellen Absprache ist eine solche Ermächtigung in Art. 7 VO 01/03 enthalten. Ein Verwaltungsvertrag darf also den Unternehmen in diesem Fall

⁶³³ Es handelt sich insoweit um einen Vertrag, der *anstelle* einer Entscheidung der Kommission abgeschlossen wird. Vgl. *Bleckmann*, DVBl. 1981, S. 889 (891).

⁶³⁴ *Bleckmann*, NJW 1978, S. 464 (465).

⁶³⁵ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 220.

keine weitergehenden Verpflichtungen auferlegen, als im Rahmen einer Abstellungsentscheidung gem. Art. 7 VO 01/03 zulässig wäre.⁶³⁶

Gleiches gilt für die Regelungsinhalte eines solchen Verwaltungsvertrages. Die dort geregelten Verpflichtungen müssen den Maßnahmen einer äquivalenten Abstellungsentscheidung entsprechen, also solche verhaltensorientierter und struktureller Art.⁶³⁷

dd. Vertragsparteien von Verwaltungsverträgen

In Anlehnung an Art. 272 AEUV steht auf der einen Seite des Verwaltungsvertrages regelmäßig die Gemeinschaft und ihre Organe. Die Organe der Gemeinschaft können dabei sowohl als Vertreter der Gemeinschaft auftreten, als auch unmittelbar selbst Vertragspartei werden. Im letzteren Fall aber nur, wenn sie gem. Art. 272 Satz 2 AEUV für Rechnung der Gemeinschaft handeln; wovon auszugehen ist, wenn die Gemeinschaft ein materielles Interesse an dem abgeschlossenen Vertrag hat.⁶³⁸ Die Europäische Union hingegen kann mangels Rechtssubjektivität nicht wirksam vertreten werden und scheidet daher als Vertragspartei aus.

Die Kommission dagegen ist ein Organ der Gemeinschaft wie in Art. 13 Abs. 1 EUV festgeschrieben und kann daher wirksam Verwaltungsverträge abschließen.

Als Vertragspartner der Gemeinschaft kommen alle Rechtssubjekte in Betracht, also sämtliche natürliche oder juristische Personen.⁶³⁹

In Bezug auf die informelle Absprache muss dabei Folgendes bedacht werden.

Die an einer informellen Absprache beteiligten Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen folgen dem „funktionalen“ Unternehmensbegriff des EU-Kartellrechts. Demnach ist ein Unternehmen

„jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.“⁶⁴⁰

⁶³⁶ Zum möglichen Umfang einer Abstellungsentscheidung vgl. *Bauer*, in: MünchKomm, Art. 7 VO 01/03, Rn. 14ff.

⁶³⁷ Vgl. *Bauer*, in: MünchKomm, Art. 7 VO 01/03, Rn. 15 und 18.

⁶³⁸ *Karpenstein* in: Grabitz/Hilf, Art. 238 EGV, Rn. 8.

⁶³⁹ *Karpenstein* in: Grabitz/Hilf, Art. 238 EGV, Rn. 10. Nicht anwendbar ist Art. 238 EGV hingegen auf Verträge zwischen Mitgliedstaaten und zwischen natürlichen und juristischen Personen. Mitgliedstaaten untereinander können die Zuständigkeit des EuGH nur nach Maßgabe des Art. 239 EGV begründen. Natürlichen und juristischen Personen ist selbst diese Möglichkeit versagt.

⁶⁴⁰ EuGH, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21, *Höfner*; Slg. 1997, I-7119, Rn. 21, *Job Centre*; Slg. 1993, I-637, Rn. 17, *Poucet et Pistre*; Slg. 1994, I-43, Rn. 18, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*; Slg. 1998, I-3851, Rn. 38, *Kommission/Italien*; *Gleiss/Hirsch*, Art. 85 Abs. 1, Rn. 9; *Stockenhuber* in: Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 51; *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 81, Rn. 12.

Der funktionale Unternehmensbegriff ist daher weiter als der Begriff der Rechtssubjekte, da es auf die Rechtsform eben nicht ankommt.

Demnach könnte theoretisch die Situation entstehen, dass die Kommission einem Unternehmen eine Abstellungsentscheidung in Aussicht stellt, das Unternehmen aber nicht legitimiert wäre diese Beschluss mittels Verpflichtungszusagen zu verhindern, da ihr für den Abschluss einer informelle Absprache – unterstellt diese ist ein Verwaltungsvertrag – die Rechtssubjektivität fehlt. Demnach wäre der Kreis der Unternehmen gegen die eine Abstellungsentscheidung möglich ist grösser, als der Unternehmen die qualifiziert sind eine informelle Absprache abzuschließen.

Andererseits werden nur solche Unternehmen im Rahmen eines Kartellverfahrens von der Kommission eine Abstellungsentscheidung gem. Art. 7 VO 01/03 zu befürchten haben, die ein wettbewerbswidriges Verhalten praktizieren. Dafür ist aber die Überschreitung der *Spürbarkeitsschwelle*⁶⁴¹ notwendig, um überhaupt einen Wettbewerbsverstoß gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV zu begründen.⁶⁴² Die Spürbarkeitsschwelle werden in der Regel aber nur solche Unternehmen erreichen, die über eine gewisse strukturelle Größe verfügen, denn nur so sind sie in der Lage die Marktanteilsschwellen von 5, 10 oder 15 % zu überschreiten.⁶⁴³ Eine solche strukturelle Größe wiederum erfordert von einem Unternehmen regelmäßig eine angemessene Rechtsform, weshalb davon auszugehen ist, dass die praktischen Auswirkungen dieser begrifflichen Disproportionalität gering bleiben werden.

ee. *Zustandekommen eines Verwaltungsvertrages*

Für das Zustandekommen eines Verwaltungsvertrages können grundsätzlich die Regeln des Privatrechts herangezogen werden, wie dies auch im deutschen Verwaltungsrecht der Fall ist.⁶⁴⁴ Fraglich ist dabei, auf welches Privatrecht nun abzustellen ist. Da ein einheitliches, gemeinschaftliches Privatrecht nicht existiert, stellt

⁶⁴¹ sog. de minimis oder Bagatellregel, EuGH, Slg. 1966, 281, 306, *LTM/Maschinenbau*; Slg. 1969, 295, *Völk/Vervaecke*; Slg. 1971, 69, *Sirena*; Slg. 1980, 3125, Rn.154, *Van Landewyck*.

⁶⁴² Zwar kommt es für den Abschluss einer informellen Absprache nicht darauf an, ob ein Wettbewerbsverstoß tatsächlich vorliegt, aber die Kommission wird ein Kartellverfahren gegenüber einem Unternehmen nur dann eröffnen, wenn zumindest ein begründeter Verdacht diesbezüglich vorliegt. Wenn nach Auffassung der Kommission die Spürbarkeitsschwelle nicht überschritten wurde, so wird in der Regel auch kein Kartellverfahren eröffnet werden mit der Folge, dass das betroffene Unternehmen ihrerseits auch keine Verpflichtungszusagen anbieten wird. In diesem Fall steht der Abschluss einer informellen Absprache also gar nicht im Raum.

⁶⁴³ Zu den quantitativen und qualitativen Kriterien der Spürbarkeitsschwelle siehe *Bechtold*, EG-Kartellrecht, Art. 81, Rn. 95ff. und die Bagatellbekanntmachung der Kommission, Abl. 2001 C 368/13.

⁶⁴⁴ Vgl. §§ 54ff. VwVfG, § 62 Satz 2 VwVfG verweist ins Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), Die dortigen Regeln über das Zustandekommen eines Vertrages durch korrespondierende Willenserklärungen gelten daher auch für den öffentlich-rechtlichen Vertrag.

sich die Frage, ob bezüglich des Zustandekommens des Verwaltungsvertrages auf das Privatrecht der Mitgliedstaaten oder sogar das UN-Kaufrecht zurückgegriffen werden kann. Letzteres scheidet jedoch allein deshalb aus, weil es gem. Art. 1 Abs. 1 CISG⁶⁴⁵ nur für Kaufverträge über Waren gilt, was sich nur schwer auf die informelle Absprache übertragen lässt.

Bevor nun eine umfangreiche Rechtsvergleichung über den Vertragsschluss in allen Mitgliedstaaten erfolgt, die der Verfasser keineswegs scheut, soll der Blick auf den Entwurf der *Acquis Group*⁶⁴⁶ gelenkt werden, welche Grundregeln des bestehenden Vertragsrechts der Europäischen Gemeinschaft vorgelegt haben (ACQP).⁶⁴⁷ Diese sind zwar rechtlich unverbindlich, jedoch verdienen sie besondere Aufmerksamkeit, weil sie voraussichtlich die einzige wissenschaftliche Vorarbeit bilden, die der Kommission bei der Revision und regelförmigen Systematisierung des *acquis*⁶⁴⁸ im Referenzrahmen zur Verfügung stehen wird.⁶⁴⁹

Nach Art. 4:101 ACQP wird ein Vertrag geschlossen, wenn die Parteien sich rechtlich binden wollen und eine ausreichende *Einigung* erzielen. Gemäß Art. 4:102 ACQP kommt es durch die *Annahme eines Angebots* zum Vertragsschluss.

Übertragen auf die informelle Absprache kann dabei das Angebot in der Verpflichtungszusage des Unternehmens gesehen werden. Die Annahme dieses Angebots erfolgt sodann durch die Kommission, die sich ihrerseits verpflichtet das Kartellverfahren einzustellen. Eine ausreichende *Einigung* der Parteien, wie es Art. 4:101 ACQP fordert kann darin also gesehen werden. Die Art und Weise des Zustandekommens der informellen Absprache kann also in Angebot und Annahme zerlegt werden, was konsequenterweise dann als Vertrag anzusehen wäre.

Fraglich ist jedoch, ob sich die Parteien überhaupt rechtlich binden wollen gem. Art. 4:101 ACQP. Zweifel darüber könnten insoweit aufkommen, als dass eine Vertragspartei sich den rechtlichen Bindungswillen ausdrücklich vorbehält.

In den bereits untersuchten und veröffentlichten informellen Absprachen ist ein solcher Vorbehalt jedoch nicht zu finden. Auch der Sinn und Zweck einer informellen Absprache geht dahin, dass die Parteien eine rechtliche Unsicherheit beseitigen wol-

⁶⁴⁵ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, vom 11.04.1980, BGBl. 1989 II S. 588, 1990 II S. 1699, auch Wiener Kaufrecht genannt.

⁶⁴⁶ European Research Group on Existing EC Private Law, www.acquis-group.org wurde im Jahre 2002 ins Leben gerufen; Ihre Mitglieder sind Rechtswissenschaftler aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

⁶⁴⁷ vgl. die deutsche Übersetzung in: *ZeUP* 2007, 896ff.

⁶⁴⁸ Der *acquis communautaire* beinhaltet den gemeinschaftlichen Besitzstand, also sämtliche Rechtsnormen die für die Mitgliedstaaten verbindlich sind.

⁶⁴⁹ *Jansen/Zimmermann*, *JZ* 2007, S. 1113 (1115).

len, indem sie sich gegenüber der anderen Partei zu einem bestimmten Tun und/oder Unterlassen verpflichten.⁶⁵⁰ Die Kommission verpflichtet sich das Kartellverfahren gegen das betroffene Unternehmen einzustellen und keine Geldbuße zu erlassen.⁶⁵¹ Das Unternehmen hingegen verpflichtet sich das von der Kommission gerügte wettbewerbswidrige Verhalten einzustellen bzw. Maßnahmen zu ergreifen, um wettbewerbswidrige Zustände zu beseitigen. Diese beiden korrespondierenden Verpflichtungen werden zudem schriftlich fixiert und von den jeweiligen Vertretern der Parteien unterzeichnet. Auch aus formalen Gesichtspunkten kann daher von einem Rechtsbindungswillen der Parteien gem. Art. 4:101 ACQP ausgegangen werden.

7. Ergebnis

Der Verwaltungsvertrag im Gemeinschaftsrecht kommt daher durch Angebot und Annahme zustande. Die Abgabe der Verpflichtungszusage eines Unternehmens gegenüber der Kommission ist insoweit als Angebot zu qualifizieren. Die Annahme erfolgt sodann durch die Kommission mittels Annahme der Verpflichtungszusagen. Die Rechtsnatur der informellen Absprache ist somit als öffentlich-rechtlicher Vertrag des Gemeinschaftsrechts zu qualifizieren.

B. Zulässigkeit informeller Absprachen

Informelle Absprachen waren unter der VO 17/62 und sind unter der VO 01/03 eine Form der Verwaltungspraxis der Kommission⁶⁵². Die genaue Anzahl der informellen Absprachen die während der über 40-jährigen Geltungsdauer der VO 17/62 getroffen wurden lässt sich nicht genau beziffern, da keine Zahlen hierüber von der Kommission oder der Generaldirektion Wettbewerb veröffentlicht werden.⁶⁵³ Fest steht jedoch, dass nur ein Bruchteil der förmlichen Kartellverfahren auch mit einer

⁶⁵⁰ Zugleich darf nicht verkannt werden, dass hinter einer informellen Absprache erhebliche wirtschaftliche Interessen stehen. Die Kommission schont ihre Ressourcen und vermeidet langjährige gerichtliche Auseinandersetzungen. Die Unternehmen hingegen haben Planungssicherheit und vermeiden zudem eine negative Berichterstattung über ihr Unternehmen. Auch deshalb ist ein Vorbehalt bezüglich eines fehlenden Rechtsbindungswillens abzulehnen. Auch der Begriff „informelle“ Absprache steht dem nicht entgegen, da dieser zum einen nicht von den Parteien, sondern von der Literatur geprägt wurde und zum anderen keine Aussage über den Rechtsbindungswillen trifft. Informell ist die Absprache allein deshalb, weil sie nicht ausdrücklich im EG-Kartellrecht geregelt ist.

⁶⁵¹ Einem derartigen Vertragsinhalt zustimmend, *Bleckmann*, DVBl. 1981, S. 889 (890).

⁶⁵² *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 20, Rn. 46.

⁶⁵³ Veröffentlicht wurden nur die Absprachen in den Fällen IBM (1984), Hilti (1988), Wood Pulp (1985), SWIFT (1977).

Beschluss abgeschlossen wurde.⁶⁵⁴ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine Vielzahl der Kartellverfahren durch bloße Einstellung oder eben durch eine „informelle Absprache“ beendet wurden.⁶⁵⁵

Eine formelle Rechtsgrundlage zum Abschluss informeller Absprachen existierte während der Geltungsdauer der VO 17/62 naturgemäß nicht. Auch die VO 01/03 enthält darüber keine Regelung. Art. 9 VO 01/03 regelt jedoch neuerdings die Verpflichtungszusage von Unternehmen, die von der Kommission als bindend mittels Beschluss angenommen werden können.⁶⁵⁶ Informelle Absprachen sind davon zwar nicht umfasst, jedoch könnte eine Art „Typenzwang“ dadurch entstanden sein, dergestalt, dass die Beendigung eines Kartellverfahrens als Ergebnis einer Absprache zwischen den betroffenen Unternehmen und der Kommission nur noch durch die in Art. 9 VO 01/03 geregelte Verpflichtungszusage vollzogen werden kann.

I. Die Verpflichtungszusage gem. Art. 9 VO 01/03 als Beschluss

Mit Einführung des Art. 9 VO 01/03 könnte die Zulässigkeit der informellen Absprache – unabhängig von einer bestehenden Ermächtigungsgrundlage – daher abschließend geregelt sein, da in diesem Fall die Kommission Verpflichtungszusagen von Unternehmen mittels Beschluss als bindend annehmen kann.⁶⁵⁷ Es muss daher untersucht werden, ob neben Art. 9 VO 01/03 die Kommission berechtigt ist informelle Absprachen mit Unternehmen abzuschließen, ohne diese mittels Beschluss anzunehmen. Aufgrund der neuen Rechtslage könnte für informelle Absprachen insoweit kein Raum mehr sein. Darüber hinaus ist auch die Rechtsnatur von Beschlüssen gem. Art. 9 VO 01/03 nicht unbestritten.

⁶⁵⁴ Vgl. 33. WB (2003), S. 72; 1998 wurden von 581 Verfahren 42 förmlich entschieden, 539 davon formlos; 1999 von 582 davon 514 formlos; 2000 von 400, 362 formlos; 2001 von 378, 324 formlos; 2002 von 363, 330 formlos; 2003 von 319, 295 formlos. Dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass unter dem im Rahmen der VO 17/62 noch geltendem Anmeldesystem ca. 90 % dieser Verfahren mittels „comfort letter“ abgeschlossen wurden. Wie viele Verfahren eingestellt wurden, die auf eine Verbotsentscheidung gerichtet waren, lässt sich nicht statistisch ermitteln.

⁶⁵⁵ Davon ausgenommen sind die noch unter der VO 17/62 versendeten einfachen Verwaltungsschreiben bzw. „comfort letter“. Diese wurden an Stelle einer Entscheidung über den Antrag auf Einzelfreistellung erlassen. Die Einzelfreistellung bzw. das Anmeldesystem ist durch das System der Legalausnahme jedoch ersetzt worden mit Einführung der VO 01/03.

⁶⁵⁶ Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Art. 9 Rn. 1ff.; Ritter in: Immenga/Mestmäcker, Art. 9 VO 01/03, Rn. 1ff.

⁶⁵⁷ Da Art. 9 VO 01/03 keinen Vorläufer in der VO 17/62 hatte, kann diese Frage sich nur auf die Zeit ab dem 01.05.2004 richten.

1. Definition als Verwaltungsakt auf Unterwerfung

Im Zuge der Einführung der VO 01/03 und dem darin enthaltenen Art. 9, der nunmehr die Annahme von Verpflichtungszusagen mittels Beschluss ausdrücklich innerhalb des Kartellverfahrens regelt, wurde diskutiert, ob darin nicht ein *Verwaltungsakt auf Unterwerfung bzw. Zustimmung* zu sehen sei.⁶⁵⁸

Unabhängig von diesem rein akademischen Streit über die korrekte Terminologie – *Unterwerfung/Zustimmung* – würde ein Verwaltungsakt auf nationaler Ebene mit der Beschluss auf europäischer Ebene gleichzusetzen sein.⁶⁵⁹ Die Annahme der Verpflichtungszusage bzw. die informelle Absprache als Beschluss gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV einzuordnen wurde jedoch bereits abgelehnt⁶⁶⁰, weshalb auch ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung oder Zustimmung als Rechtsnatur nicht in Betracht zu ziehen ist.

2. Anwendung der informellen Absprache neben Art. 9 VO 01/03 ?

Der Abschluss einer informellen Absprache zwischen der Kommission und Unternehmen zur Vermeidung eines Kartellverfahrens gerichtet auf eine Abstellungsentscheidung war unter der VO 17/62 gängige Praxis.⁶⁶¹

Entscheidend ist nun, ob durch die Kartellrechtsreform und die Einführung des Art. 9 VO 01/03 für diese informellen Absprachen kein Raum mehr besteht, weil die Kommission zwingend an den Erlass einer Beschluss gem. Art. 9 VO 01/03 gebunden ist. Wenn also ein Unternehmen Verpflichtungszusagen gegenüber der Kommission abgibt und die Kommission im Rahmen ihres Ermessens sich dazu entschließt diese anzunehmen, so könnte sie dies nach Einführung des Art. 9 VO 01/03 nur noch mittels Beschluss und nicht mehr durch deren bloße *Annahme* als vermeintlich informelle Handlung. Damit wäre der Zweck des Art. 9 VO 01/03, nämlich diese Beschlusspraxis zu kodifizieren, erfüllt.⁶⁶² Es stellt sich daher die Frage, ob im EU-Kartellverfahren ein Typenzwang vorherrscht, der es der Kommission verbietet atypische, informelle Handlungen vorzunehmen.

⁶⁵⁸ Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 6, Rn. 109; Schmidt, BB 2003, S. 1237 (1242); Der Begriff VA auf Unterwerfung wurde von Otto Mayer begründet und umfasst dabei auch mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte die den Rechtskreis des Bürgers einschränken. Kirchhof, DVBl. 1985, S. 651 (653) hingegen hält dieses Rechtsinstitut (verfassungsrechtlich) für gescheitert und den Begriff insgesamt für untauglich. Er spricht stattdessen vom „Verwaltungsakt auf Zustimmung“. Daneben werden auch die Begriffe Zusagenentscheidung, commitment decision und consent decree verwendet.

⁶⁵⁹ Nettesheim in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 220.

⁶⁶⁰ Siehe oben, Abschnitt 3, A. I. 3 c. dd., S. 153.

⁶⁶¹ JonesSufrin, S. 922; EuGH, Slg. 1993, I-1307, Rn. 178ff., Ahlström.

⁶⁶² Bauer, in: MünchKomm, Art. 9 VO 01/03, Rn. 1.

a. Typenzwang durch Art. 9 VO 01/03 ?

Durch Einführung des Art. 9 VO 01/03 könnte für die Kommission eine Art Typenzwang entstanden sein, wonach sie nur noch mittels Beschluss ihr angebotene Verpflichtungszusagen annehmen kann. Dabei muss aber berücksichtigt werden, dass Art. 9 VO 01/03 nur dann anwendbar ist, wenn die Kommission beabsichtigt eine Abstellungsentscheidung gem. Art. 7 VO 01/03 zu erlassen. In den Fällen, in denen Unternehmen gem. Art. 10 VO 01/03 die Freistellung bzw. ein Negativattest beantragen und dazu Verpflichtungszusagen anbieten, ist Art. 9 VO 01/03 nicht anwendbar.

Um einen Typenzwang zu bestimmen muss überprüft werden welche Rechtshandlungen die VO 01/03 der Kommission insgesamt an die Hand gibt, um die Aufgaben des Kartellrechts in der Gemeinschaft wahrzunehmen.⁶⁶³

Die Überschriften der einzelnen Kapitel der VO 01/03 lauten dementsprechend: *Beschlüsse der Kommission, Ermittlungsbefugnisse, Sanktionen und Anhörungen* sowie *Berufsgeheimnis*.

Als Rechtsakt steht dazu vor allem die *Beschluss* zur Verfügung.⁶⁶⁴ Das Kapitel *Ermittlungsbefugnisse* umfasst insbesondere die Ermächtigung zu Untersuchungen von Wirtschaftszweigen, Auskunftsverlangen, Befragungen und Nachprüfungsbefugnissen wie z.B. Durchsuchungen. Die Sanktionen *Geldbußen* oder *Zwangsgelder* werden ebenfalls mittels *Beschluss* festgesetzt. Zuletzt werden noch Anhörungsrechte gewährt, die gegenüber der Kommission als Anhörungspflichten anzusehen sind, wobei dazu keine Beschluss auszusprechen notwendig ist.⁶⁶⁵

Demnach stehen der Kommission verschiedene Rechtsakte und Handlungsmodalitäten gem. der VO 01/03 zur Verfügung, um dem materiellen Wettbewerbsrecht nach Art. 101 und 102 AEUV der Gemeinschaft zur Durchsetzung zu verhelfen. Art. 9 VO 01/03 enthält zudem eine konkrete Regelung für den Fall, dass betroffene Unternehmen Verpflichtungszusagen anbieten, um eine Abstellungsentscheidung gem. Art. 7 VO 01/03 durch die Kommission zu vermeiden.

Für einen Typenzwang spricht vor allem das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung der Verträge, wonach Gemeinschaftsorgane für jede Maßnahme einer konkreten Ermächtigung bedürfen.⁶⁶⁶ Da Art. 9 VO 01/03 und die informelle Absprache

⁶⁶³ Vgl. auch die Aufzählung von *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 4 VO 01/03, Rn. 6.

⁶⁶⁴ Vgl. Art. 7, 8, 8, 9, 10, 18, 23, 24 VO 01/03.

⁶⁶⁵ Vgl. Art. 27 VO 01/03.

⁶⁶⁶ Vgl. Art. 5 EUV und Art. 5 EGV, wobei dieser Grundsatz durch die Lehre der *implied powers* einerseits

dasselbe Ziel verfolgen, nämlich die Einstellung eines Kartellverfahrens ohne den Erlass einer Abstellungsentscheidung, könnte man insoweit von einem Typenzwang unter Berücksichtigung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung ausgehen. Gegen einen Typenzwang spricht jedoch in diesem konkreten Fall der weite Ermessensspielraum⁶⁶⁷, der der Kommission im Kartellverfahren unzweifelhaft zugebilligt wird und zwar sowohl in Bezug auf den Inhalt einer Maßnahme, als auch bezüglich des *Ob* einer solchen Maßnahme. Es ist mittlerweile anerkannt, dass die Kommission, insbesondere im Kartellverfahren eine Vielzahl von informellen Handlungen für zulässig erachtet und diese auch anwendet unter Verweis auf ihren weiten Ermessensspielraum sowie die Zuständigkeit zur Überwachung des Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft. Diese Kommissionspraxis wurde von der Rechtsprechung bereits früh absegnet.⁶⁶⁸

Auch unter der Geltung der VO 17/62 hat der EuGH in seiner *Ahlström* Beschluss der Kommission zugebilligt alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um in der EU wieder wettbewerbsmäßige Zustände herzustellen.⁶⁶⁹ Dabei wurden auch Maßnahmen erwähnt, die nicht ausdrücklich kodifiziert waren. Nach Auffassung des EuGH

*ermächtigt diese Vorschrift (Art. 3 VO 17/62, der Verfasser) die Kommission zum Erlass aller Maßnahmen, die sich für die Abstellung der Zuwiderhandlung als erforderlich erweisen; dabei kann es sich sowohl um positive als auch um negative Maßnahmen handeln.*⁶⁷⁰

Gemeint sind damit zunächst Maßnahmen inhaltlicher Natur, also verhaltensorientierter oder struktureller Art, die im Rahmen der Beschluss den Unternehmen auferlegt werden können. Der EuGH verknüpft diese weite Ermächtigung zur Abstellung von Zuwiderhandlungen nun mit der verfahrensrechtlichen Ebene. Denn laut Urteil des EuGH *Commercial Solvents*

und das Vertragslückenschließungsverfahren gem. Art. 308 EGV andererseits, durchbrochen wird. *Hilf/Pache* in: Grabitz/Hilf, Art. 5 EUV, Rn. 5.

⁶⁶⁷ Ritter, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 7 VO 01/03, Rn. 6.

⁶⁶⁸ EuGH, Slg. 1980, 2327, *Guerlain*; Slg. 1980, 2481, *Estée Lauder*; Slg. 1980, 2581, *Lancome*; Slg. 1985, 1383, Rn. 29, *CICCE*.

⁶⁶⁹ EuGH, Slg. 1993, I-1307, Rn. 181, *Ahlström* unter Bezugnahme auf EuGH, Slg. 1974, 223, *Commercial Solvents*. Danach kann die Kommission den Unternehmen aufgeben ihr Vorschläge zu machen, wie wettbewerbsmäßige Zustände wiederhergestellt werden können. Vorschläge von Unternehmen zur Wiederherstellung wettbewerbsmäßiger Zustände sind aber nichts anderes als Verpflichtungszusagen gegenüber der Kommission.

⁶⁷⁰ EuGH, Slg. 1993, I-1307, Rn. 181, *Ahlström*.

*kann die Kommission erforderlichenfalls den Beteiligten Unternehmen aufgeben, ihr Vorschläge zu machen, wie der dem Vertrag entsprechende Zustand wiederhergestellt werden kann.*⁶⁷¹

Danach kann die Kommission im Rahmen ihres Ermessens nicht nur umfangreiche Maßnahmen den Unternehmen auferlegen, sondern auch zwischen verschiedenen Verfahrensabläufen wählen. Die Kommission ist daher berechtigt zu entscheiden, ob sie die aus ihrer Sicht erforderlichen Maßnahmen durch Beschluss festlegt oder durch Annahme von Verpflichtungszusagen durchsetzt. Denn die Aufforderung der Kommission gemäß dem EuGH-Urteil *Commercial Solvents* an die Unternehmen, ihr Vorschläge zu machen, bedeutet nicht anderes als die Aufforderung zur Abgabe einer Verpflichtungszusage.

Damit scheidet aber auch die Theorie eines Typenzwangs diesbezüglich aus, weil die Kommission im Rahmen ihres Ermessens von der Anwendung des Art. 9 VO 01/03 absehen kann.

Eine Änderung dieser Rechtsprechung ist unter Berücksichtigung der Einführung des Art. 9 VO 01/03, soweit ersichtlich, bis dato noch nicht eingetreten und es deutet nichts daraufhin, dass der EuGH diese Rechtsprechung zu ändern beabsichtigt. Der Kommission wird zwar durch Art. 9 VO 01/03 eine neue Handlungsmodalität zugewiesen, jedoch steht ihr weiterhin der Ermessensspielraum zu diese auch zu nutzen oder eben nicht.

b. Fehlender Typenzwang entbindet Kommission nicht von rechtmäßigem Handeln

Dabei muss aber letztlich die Geltung allgemeiner Rechtsgrundsätze beachtet werden. Wenn also ein Typenzwang im EU-Kartellverfahren letztlich abzulehnen ist, dann darf das informelle Handeln der Kommission jedoch den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht widersprechen, da diese, im Gegensatz zu einzelnen Regelungen der VO 01/03, eben nicht disponibel sind.⁶⁷² Es bleibt der weiteren Untersuchung im Rahmen der Zulässigkeit informeller Absprachen vorbehalten über ihre Vereinbarkeit mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Gemeinschaft zu befinden.

⁶⁷¹ EuGH, Slg. 1974, 223, Rn. 45, *Commercial Solvents*.

⁶⁷² *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 68; *Eisner*, Diss., S. 34.

3. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Einführung des Art. 9 VO 01/03 nicht dazu führt, dass es der Kommission untersagt wäre Verpflichtungszusagen von betroffenen Unternehmen ohne Beschluss anzunehmen. Damit bleibt es der Kommission zulässigerweise unbenommen mit den Unternehmen weiterhin informelle Absprachen abzuschließen mit dem Ziel das Kartellverfahren ohne Beschluss zu beenden. Dies ergibt sich einerseits aufgrund der Ausgestaltung des Art. 9 VO 01/03 als Ermessensnorm⁶⁷³ und andererseits aus dem weiten Ermessensspielraum der Kommission ein Kartellverfahren durchzuführen oder nicht.⁶⁷⁴ Die informelle Absprache ist somit weder als Beschluss nach Art. 288 Abs. 4 AEUV, noch gem. Art. 9 VO 01/03 anzusehen. Neben der Entscheidung gem. Art. 9 VO 01/03 (jetzt Beschluss) bestehen daher die Handlungsmodalitäten der Verpflichtungszusage und informellen Absprache weiter, ohne dass diese mit einer Beschluss notwendigerweise zu verknüpfen sind.

II. Gewohnheitsrecht als Rechtsgrundlage informeller Absprachen

Daneben ist es aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung gem. Art. 5 EUV zwingend notwendig, dass für die informelle Absprache eine Rechtsgrundlage existiert, denn für ein Verwaltungshandeln, sei es auch informeller Natur, ist dies unbedingt erforderlich. In Betracht käme hier insbesondere Gewohnheitsrecht aufgrund der bereits langen ständigen Übung der Kommission Kartellverfahren auch formlos bzw. vorrangig formlos zu beenden.

Das Gemeinschaftsrecht kennt als eine dem Völkerrecht besonders nahe stehende Rechtsordnung auch Gewohnheitsrecht, das durch ständige Übung (*usus*) und eine entsprechende Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) entsteht.⁶⁷⁵ Die ständige Übung muss hierbei von zur Rechtserzeugung kompetenten Organen der EU durchgeführt werden.⁶⁷⁶ Die Kommission ist als ein solches kompetentes Organ anzuse-

⁶⁷³ *Bauer* in: MünchKomm, VO 01/03, Art. 9, Rn. 24.

⁶⁷⁴ *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, VO 01/03, Art. 7, Rn. 6; Die Nachprüfung dieses Ermessensgebrauchs ist dem Gerichtshof weitgehend entzogen, vgl. EuGH, Slg. 2005, I-1283, Rn. 69, *T-Mobile Austria*; EuG, Slg. 2003, II-2123, Rn. 87, *Coe Clerici*.

⁶⁷⁵ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 249 Rn. 9; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 11; auch schon *Rengeling*, S. 203.

⁶⁷⁶ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Art. 249, Rn. 11.

hen, insbesondere aufgrund ihrer weitreichenden Kompetenzen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts einschließlich des Kartellverfahrensrechts.⁶⁷⁷

1. Ständige Übung durch die Kommission

Eine ständige Übung in Bezug auf die Beendigung von Kartellverfahren durch informelle Absprachen mit den beteiligten Unternehmen durch die Kommission kann anhand der Praxisberichte der Kommission überprüft werden. Dazu stehen in erster Linie die Wettbewerbsberichte der Kommission zur Verfügung, die die Tätigkeit der Kommission meist detailliert wiedergeben.

Die Kommission gab bereits in Ihrem fünften Wettbewerbsbericht 1975 bekannt, dass „*wie in den Vorjahren sehr viele Fälle gütlich geregelt*“ wurden.⁶⁷⁸ Damit besteht die ständige Übung der informellen Absprache durch die Kommission zumindest seit dem Jahr 1975, auch wenn in dieser Zeit noch keine Veröffentlichung einer informellen Absprache stattfand. Welchen Umfang und Reichweite eine solche „*gütliche*“ Regelung damals hatte, kann nicht beurteilt werden. Fest steht jedoch, dass sie das Kartellverfahren in dem konkreten Fall beendeten und die Kommission keine Beschluss gegen das betroffene Unternehmen erlassen hat. Es ist daher nahe liegend von einer informellen Absprache diesbezüglich auszugehen.

Jedoch wurde bereits im Jahre 1971 aufgrund einer Empfehlung der Kommission von den betroffenen Baustoffherstellern deren *Steingut-Vereinbarung*⁶⁷⁹, die ein Ausschließlichkeitssystem für den Ein- und Verkauf von Keramikerzeugnissen enthielt, aufgegeben.⁶⁸⁰ In diesem Fall wurde das, nach Auffassung der Kommission, wettbewerbswidrige Verhalten der Unternehmen abgestellt bevor eine förmliche Beschluss erlassen wurde. Der genaue Zeitpunkt der Abstellung der Kartellabsprache durch die Unternehmen ist jedoch unschädlich, da eine informelle Absprache in jedem Verfahrensstadium getroffen werden kann. Dazu wörtlich die Kommission:

⁶⁷⁷ Vgl. Art. 85 EGV; Art. 2, 3, 4, 9 VO 17/62 und Art. 4, 7, 9 VO 01/03.

⁶⁷⁸ 5. WB, 1976, S. 9, „Dieses Vorgehen (die gütliche Regelung, der Verf.), das weniger bekannt ist und nicht dieselbe rechtliche Bedeutung hat, verdient besondere Erwähnung, weil damit bestimmte Fälle mit einem Minimum an administrativen Eingriffen geregelt werden können“. Damit bestätigt die Kommission ihre ständige Übung der informellen Absprachen bereits im Jahr 1975. Zugleich verteidigt sie ihre ständige Übung mit der Schonung von administrativen Ressourcen.

⁶⁷⁹ Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Nr. 5/1964, Anhang II; Siebenter Gesamtbericht der Gemeinschaft, Ziff. 67; 1. WB, 1971, S. 40.

⁶⁸⁰ 1. WB, 1971, S. 41.

„Im Laufe der Untersuchung dieser Angelegenheit durch die Dienststellen der Kommission wurde das fragliche Abkommen von den Beteiligten gekündigt.“⁶⁸¹

Die Kommission hat daher ihrerseits die Untersuchungen und damit auch das Kartellverfahren eingestellt. Damit liegen beide Bestandteile einer informellen Absprache in diesem Fall vor, nämlich die formlose Beendigung des Kartellverfahrens durch die Kommission einerseits, und die Abstellung der beanstandeten Zuwiderhandlungen durch die betroffenen Unternehmen andererseits.

Damit ist belegt, dass mindestens seit 1971 die Kommission informelle Absprachen praktiziert. Die erste informelle Absprache die jedoch aufgrund ihrer Veröffentlichung bekannt wurde, war die IBM-Beschluss aus dem Jahre 1984.⁶⁸²

Ein Verwaltungshandeln, welches über mindestens 30 Jahre praktiziert wurde, kann als ständige Übung im Sinne der gewohnheitsrechtlichen Definition anerkannt werden. Die informelle Absprache im europäischen Kartellverfahrensrecht stellt daher eine ständige Übung durch die Kommission dar.

Es kann daher – derzeit – von einer ständigen Übung der Kommission (*usus*) in Bezug auf die formlose Einstellung von Kartellverfahren durch informelle Absprachen mit den betroffenen Unternehmen ausgegangen werden.

2. Rechtsüberzeugung der Kommission bei der ständigen Übung

Die Frage der Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) der Kommission ist weitaus schwieriger zu beurteilen, da in den wenigen Veröffentlichungen die Beweggründe der Kommission nicht dargelegt werden. Maßgeblich für die Rechtsüberzeugung ist die Tatsache, dass die *Rechtsgenossen* ihre Praxis als *rechtlich geboten* empfinden.⁶⁸³ Die mehr als 30 Jahre andauernde ständige Übung kann bereits als Indiz für eine entsprechende Rechtsüberzeugung in Ausführung dieser Verwaltungspraxis gewertet werden. Als *rechtlich geboten* sieht die Kommission ihre Praxis insofern an, da so „bestimmte Fälle mit einem Minimum an administrativen Eingriffen geregelt“ werden können.⁶⁸⁴ Damit stellt die informelle Absprache für die Kommission ein wichtiges Mittel dar, mit dem wettbewerbswidriges Verhalten ohne Durchführung eines langwierigen Kartellverfahrens abgestellt werden kann. Es geht der Kommission da-

⁶⁸¹ Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Nr. 12/1971, S. 45.

⁶⁸² 14. WB, 1984, S. 87, vgl. oben Teil 2, Abschnitt 2, C. 1. c. dd.

⁶⁸³ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 54.

⁶⁸⁴ 5. WB, 1975, S. 9.

her nicht nur um die Schonung ihrer personellen Ressourcen, sondern auch um die rasche Wiederherstellung wettbewerbsmäßiger Zustände in der Gemeinschaft. Sowohl die Schonung personeller Ressourcen, als auch die rasche Wiederherstellung wettbewerbsmäßiger Zustände können als Argumente für eine entsprechende Rechtsüberzeugung zur Durchführung informeller Absprachen gewertet werden. Ob diese Ziele tatsächlich mittels informeller Absprachen erreicht werden können ist unerheblich, da es ausschließlich auf die subjektive Rechtsüberzeugung⁶⁸⁵ der Kommission ankommt, nicht aber auf die objektive Geeignetheit dieser Mittel.

Daneben scheint die Kommission ihre Absprachenpraxis nicht als *verboten* anzusehen, da sie durch ihre Bindung⁶⁸⁶ an sowohl primäres, als auch sekundäres Gemeinschaftsrecht, eine ständige Übung ihres Verwaltungshandelns über 30 Jahre hinweg nicht in dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit durchführen würde.⁶⁸⁷

Hinzu kommen, neben den rechtlichen Gesichtspunkten, die tatsächlichen Auswirkungen der informellen Absprachen auf das Kartellverfahren. Neben einer erheblichen Beschleunigung des Verfahrensabschlusses, werden insbesondere wieder tatsächliche, wettbewerbsmäßige Zustände in der Gemeinschaft infolge der informellen Absprache durch die Unternehmen hergestellt. Die Überwachung und Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände im Bereich des Wettbewerbs in der Gemeinschaft stellt aber eine der Kernaufgaben der Kommission dar.⁶⁸⁸ Wenn sie also in der informellen Absprache ein geeignetes Mittel sieht, um eine ihrer Kernaufgaben zu erfüllen, dann kann auch von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung in Ausführung der informellen Absprache ausgegangen werden.

Die Praxis der Kommission mit Unternehmen informelle Absprachen durchzuführen geschieht daher auf Grundlage einer Rechtsüberzeugung die von einer ständigen Übung getragen wird.

Die Ermächtigungsgrundlage zum Abschluss einer informellen Absprache durch die Kommission ist daher gewohnheitsrechtlich auf Gemeinschaftsrechtsebene veran-

⁶⁸⁵ Larenz, S. 356, „Gewohnheitsrecht im ursprünglichen Sinne ist eine längere Zeit hindurch tatsächlich überwiegend befolgte Regel zwischenmenschlichen Verhaltens, die in dem Bewusstsein befolgt wird, damit einem Gebot des Rechts nachzukommen.“

⁶⁸⁶ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 193, 219.

⁶⁸⁷ Dies kann der Kommission deshalb unterstellt werden, da sie selbst entsprechend ihrer internen Richtlinien dafür Sorge trägt, dass ihre formellen und informellen Handlungen mit Außenwirkung europarechtskonform sind. Vgl. Mitteilung der Kommission vom 5. Juni 2002, Aktionsplan „Vereinfachung und Verbesserung des Regelungsumfelds“ [KOM(2002) 278 endg.], siehe auch <http://europa.eu/scadplus/leg/de/lvb/114535.htm> in Bezug auf Atypische Rechtsakte.

⁶⁸⁸ Ritter in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Teil 2, Art. 4 VO 01/2003, Rn. 5.

kert.⁶⁸⁹ Dies gilt einerseits für die informelle Absprache als Handlungsmodalität der Kommission im EU-Kartellverfahren und andererseits für die konkrete Form der Ausübung mittels eines Verwaltungsvertrages.⁶⁹⁰

III. Nichtigkeitsgründe einer informellen Absprache

Wie bereits festgestellt wurde ist die informelle Absprache als öffentlich-rechtlicher Vertrag des Gemeinschaftsrechts, konkret als Verwaltungsvertrag zu qualifizieren. Dieser Verwaltungsvertrag tritt vorliegend an die Stelle einer hypothetischen Beschluss der Kommission gem. Art. 7 VO 01/03. Wenn also eine Beschluss der Kommission gem. Art. 7 VO 01/03 im konkreten Fall nichtig wäre, dann würde dasselbe auch für die informelle Absprache in der Gestalt eines Verwaltungsvertrages gelten. Die Nichtigkeitsgründe einer Beschluss sind dabei vielfältig.⁶⁹¹ Übertragen auf den Verwaltungsvertrag lassen sich jedoch folgende Nichtigkeitsgründe festhalten.

Zunächst wäre ein Verwaltungsvertrag nichtig, wenn die Kommission für den Abschluss des Vertrages unzuständig wäre.⁶⁹²

Darüber hinaus wäre ein Verwaltungsvertrag als nichtig anzusehen, wenn die Kommission beim Abschluss desselben einen Ermessensfehler begangen hätte.⁶⁹³

Zuletzt wäre ein Verwaltungsvertrag nichtig, wenn eine wesentliche Formvorschrift verletzt wurde oder generell eine Verletzung der Gemeinschaftsverträge vorliegt.⁶⁹⁴

Die Verletzung der Gemeinschaftsverträge kann insbesondere durch Verletzung der Grundrechte und allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts auftreten.⁶⁹⁵ Diese Nichtigkeitsgründe betreffen zunächst nur den Inhalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Eine Untersuchung des Inhaltes muss der Prüfung des kon-

⁶⁸⁹ Für die unter der Geltung der VO 17/62 praktizierten „comfort letter“ siehe *Reysen*, Diss., S. 29; Die genaue Rechtsnatur wird in Abschnitt 3, B. bestimmt. Teilweise wird die Auffassung vertreten, verfahrenseinstellende Maßnahmen stellen ein „rechtliches nullum“ dar. So *Bornkamm*, in: *Henssler/Kolbeck/Moritz/Rehm*, S. 549 (555); *Gillessen*, Diss., S. 64; *Groger/Janicki*, WuW 1992, S. 991 (994); *Wiedemann*, GVO, Band 1, AT Rn. 29.

⁶⁹⁰ Zur Zulässigkeit des Verwaltungsvertrages im EG-Kartellverfahren, s.o., Abschnitt 3, A.I.6., S. 157.

⁶⁹¹ *Booss* in: *Grabitz/Hilf*, Art. 230 EGV, Rn. 96ff.

⁶⁹² EuGH, Slg. 1969, 523, Rn. 13, *Frankreich*.

⁶⁹³ *Bleckmann*, DVBl. 1981, S. 889 (897); für eine entsprechende Entscheidung vgl.: EuGH, Slg. 1966, 154, *Gutmann*; Slg. 1976, 1395, 1403, *Giuffrida*; Slg. 1979, 777, 806, *Simmenthal*.

⁶⁹⁴ EuGH, Slg. 1970, 897, 909, *Bock*; Slg. 1979, 1869, 1899, *Hugin*; Slg. 1980, 2229, Rn. 26, *Distillers Company*; Slg. 1978, Rn. 13, 17, *Lühns*; Slg. 1990, I-1527, Rn. 8, *Griechenland*; Slg. 1993, I-2981, Rn. 11, *Peter*.

⁶⁹⁵ *Booss* in: *Grabitz/Hilf*, Art. 230 EGV, Rn. 118.

kreten Einzelfalls vorbehalten bleiben. Vorliegend kann nur die generelle Zulässigkeit der informellen Absprache in Form eines Verwaltungsvertrages überprüft werden.

IV. Entgegenstehen allgemeiner Rechtsgrundsätze

Ein Verwaltungsvertrag der an Stelle eines Beschlusses der Kommission mit einem Unternehmen abgeschlossen wurde ist als nichtig anzusehen, wenn ein entsprechender Beschluss nichtig wäre.⁶⁹⁶ Eine solcher Beschluss ist vor allem dann nichtig, wenn er an einem schweren Fehler leidet.⁶⁹⁷ Als schwerer Fehler ist insbesondere der Verstoß gegen die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, wie sie zuvor untersucht und entwickelt wurden, anzusehen. Die Untersuchung wird dabei beschränkt auf die Rechtmäßigkeit der informellen Absprache als Institution und nicht anhand ihres materiellen Inhalts. Dies ergibt sich einerseits aus dem fehlenden Untersuchungsmaterial, da nur wenige informelle Absprachen von der Kommission veröffentlicht wurden, andererseits wird ein Verstoß gegen das materielle Wettbewerbsrecht (Art. 101, 102 AEUV) durch eine informelle Absprache nicht verbindlich festgestellt. Die informelle Absprache kann daher nur abstrakt als nicht geregeltes (atypisches) Handlungsmittel der Kommission anhand der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts untersucht werden. Unabhängig davon kann es notwendig erscheinen in Ausnahmefällen die materiellen Grenzen des Inhalts einer informellen Absprache aufzuzeigen.

Die Prüfung beschränkt sich dabei auf die zuvor untersuchten allgemeinen Rechtsgrundsätze aus Teil 1, Abschnitt 2, Ziffer D. dieser Untersuchung.

1. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Die informelle Absprache müsste zunächst mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vereinbar sein. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist im Europarecht in zwei Bestandteile aufgespalten und zwar in den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes.

⁶⁹⁶ Vgl. *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Art. 249 EGV, Rn. 220 (Entscheidung).

⁶⁹⁷ *Booss* in: Grabitz/Hilf, Art. 230 EGV, Rn. 118 (Entscheidung).

a. Vorrang des Gesetzes

Der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes bezeichnet die Überlegenheit des formellen Gesetzes gegenüber allen abgeleiteten Rechtsquellen.⁶⁹⁸ Die informelle Absprache müsste demnach als *abgeleitete Rechtsquelle* eines formellen Gesetzes angesehen werden. Unproblematisch dabei ist, dass die informelle Absprache keine formelle Ermächtigungsgrundlage hat, sondern nur eine gewohnheitsrechtliche.⁶⁹⁹ Eine sekundärrechtliche, gewohnheitsrechtliche Handlung wie die informelle Absprache stellt neben dem formellen Sekundärrecht der Gemeinschaft nämlich kein Minus dar, sondern ist, wenn auch nur in wenigen Ausnahmefällen⁷⁰⁰, daneben rechtsgültig. Der Grundsatz des Gesetzesvorrangs gilt dabei unabhängig von der Rechtsnatur der informellen Absprache, da sie im weitesten Sinne eine (atypische) Handlung der Kommission darstellt. Handlungen der Kommission jedoch müssen im Einklang mit dem gesamten Primär- und Sekundärrecht der Gemeinschaft stehen⁷⁰¹, wozu eben auch der Grundsatz des Gesetzesvorrangs gehört. Die informelle Absprache ist demnach mit dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes vereinbar, wenn sie mit dem Gemeinschaftsrecht insgesamt vereinbar ist, also sowohl mit dem gesamten Primärrecht, als auch mit dem gesamten Sekundärrecht.

aa. Vorrang des Gesetzes als Verfahrensgarantie?

Darüber hinaus wird die Auffassung vertreten, dass dort, wo das Gesetz einen bestimmten Verfahrensablauf, eine bestimmte Handlungsform oder eine bestimmte Rechtsfolge vorschreibt, die Verwaltung auch nur demgemäß vorgehen darf.⁷⁰² Informelle Absprachen als Abweichung von dieser Bestimmtheit seien insoweit als unzulässig und rechtswidrig anzusehen.⁷⁰³ Eine Lockerung dieser Gesetzesbindung wäre nur dort möglich, wo der Gesetzgeber der Verwaltung aufgrund von Handlungsspielräumen ein Letztentscheidungsrecht einräumt. Aus dem Vorrang des Gesetzes ergebe sich also, dass informelle Absprachen nur dann zulässig seien, wo Spielräume dazu bestehen, wo der Gesetzgeber die Exekutive zu eigener Beschlussbefugnis ermächtigt hat.⁷⁰⁴

⁶⁹⁸ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 200.

⁶⁹⁹ Siehe oben, Abschnitt 3, B. II., S. 175.

⁷⁰⁰ Ein Beispiel ist die Entsendung von Staatssekretären in den Rat, entgegen Art. 203 Abs. 1 EGV; vgl. *Wichard* in: Calliess/Ruffert, Art. 203, Rn. 6.

⁷⁰¹ vgl. Art. 5 und 17 Abs. 1 EUV, Art. 288 AEUV.

⁷⁰² *Würfel*, Diss., S. 58.

⁷⁰³ *Würfel*, Diss., S. 58.

⁷⁰⁴ *Würfel*, Diss., S. 59.

Für die hier zu untersuchende informelle Absprache könnte diese Auffassung, die in erster Linie für informelle Absprachen im deutschen Abfallrecht entwickelt wurde und sich insoweit primär an deutschen Verwaltungs- und Verfassungsgrundsätzen orientiert, zu einer generellen Unzulässigkeit informeller Absprachen im europäischen Kartellverfahrensrecht führen, denn gem. Art. 7 und 9 VO 01/03 steht der Kommission nur der Rechtsakt des Beschlusses i.S.d. Art. 288 Abs. 4 AEUV zur Verfügung. Der Kommission müsste daher neben der Befugnis zur Durchführung eines formellen Kartellverfahrens ein Handlungsspielraum eingeräumt worden sein, der auch die informelle Absprache umfasst.

bb. Handlungsspielraum der Kommission gem. Art. 7 VO 01/03

Wie bereits erläutert, kann die Kommission, wenn sie ein wettbewerbswidriges Verhalten von Amts wegen oder auf Beschwerde hin feststellt, gegen die betroffenen Unternehmen eine Abstellungsentscheidung erlassen. Sowohl im Amtsverfahren⁷⁰⁵, als auch im Beschwerdeverfahren⁷⁰⁶ gilt dabei das Opportunitätsprinzip bzw. ein Ermessensspielraum.⁷⁰⁷ Damit steht der Kommission insoweit ein Ermessen über das „Ob“ der Eröffnung eines Kartellverfahrens zu. Aus Gründen des Gemeinschaftsinteresses kann Sie daher die Eröffnung eines Kartellverfahrens ablehnen oder aussetzen.⁷⁰⁸ Fraglich ist aber, ob aufgrund des Opportunitätsprinzips bzw. des Ermessensspielraums die Kommission eine Befugnis zum Abschluss einer informellen Absprache an Stelle eines formellen Kartellverfahrens ableiten kann.

Grundsätzlich beinhaltet das Opportunitätsprinzip für die Kommission nur ein freies Ermessen, ob sie ein formelles Kartellverfahren durchführt oder nicht.⁷⁰⁹ Die informelle Absprache als alternative Handlungsmodalität kann daher nicht unmittelbar aus dem Opportunitätsprinzip abgeleitet werden.

Im Geltungszeitraum der VO 17/62 war jedoch anerkannt, dass die Kommission auch einstweilige Maßnahmen gegen betroffene Unternehmen erlassen konnte, obwohl dafür keine Rechtsgrundlage bestand. Der EuGH hat diese Kommissionspraxis gebil-

⁷⁰⁵ Die Kommission kann von Amts wegen ein Kartellverfahren eröffnen, wenn sie aufgrund eigener Erkenntnisse zu der Überzeugung gelangt ist, dass ein Unternehmen sich wettbewerbswidriges Verhalten hat und sie dies auch beweisen kann.

⁷⁰⁶ Wenn Dritte, meist direkte Konkurrenten bzw. Mitglieder eines Kartells, an die Kommission eine Beschwerde richten, so muss über diese Beschwerde zwar entschieden werden, jedoch besteht kein Anspruch auf Eröffnung und Durchführung eines Kartellverfahrens.

⁷⁰⁷ *Bauer* in: MünchKomm, VO 01/03, Art. 7, Rn. 7; *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, VO 01/03, Art. 7, Rn. 6.

⁷⁰⁸ *Bauer* in: MünchKomm, VO 01/03, Art. 7, Rn. 47; *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, VO 01/03, Art. 7, Rn. 17.

⁷⁰⁹ Allgemein dazu *Pache*, Tatbestandliche Abwägung, S. 390.

ligt, weshalb einstweilige Maßnahmen nunmehr in Art. 8 VO 01/03 ausdrücklich geregelt sind.⁷¹⁰

Für die informelle Absprache besteht dagegen eine – wenn auch nur gewohnheitsrechtliche – Rechtsgrundlage.

Wenn aber eine Handlungsform der Kommission für zulässig befunden wird, obwohl sie keine ausdrückliche Rechtsgrundlage hat, so muss dies erst recht gelten, wenn eine Rechtsgrundlage dafür existiert.

aaa. Informelle Maßnahmen wie *comfort letter* und Beratungsschreiben

Ähnlich gelagert ist die Rechtslage bei den so genannten Verwaltungsschreiben (*comfort letters*) und Beratungsschreiben (*guidance letters*) der Kommission. Diese wurden sowohl unter der VO 17/62, als auch unter der VO 01/03 von der Kommission praktiziert und vom EuGH für zulässig befunden⁷¹¹, obwohl sie in den jeweiligen Verordnungen nicht erwähnt werden.⁷¹² In Bezug auf die Beratungsschreiben hat die Kommission sogar eine Bekanntmachung über die „informelle Beratung“ bei Fragen zu den Artikeln 101 und 101 AEUV erlassen.⁷¹³

Somit werden alternative Handlungsformen und daher auch Handlungsspielräume für die Kommission geschaffen, die neben der in der VO 01/03 ausdrücklich geregelten Rechtsakte zulässig sind.

Der Kommission stehen daher neben den in der VO 01/03 erwähnten Rechtsakte zahlreiche alternative informelle Handlungsformen zu, obwohl dafür keine ausdrückliche, geschriebene Rechtsgrundlage besteht.

bbb. Kein Numerus clausus der geregelten Maßnahmen

Dies bestätigt auch eine beachtliche Auffassung aus der Literatur, wonach die in den Art. 7 bis 10 VO 01/03 geregelten Maßnahmen keinen *numerus clausus* darstellen, in dem Sinne, dass die Kommission neben den in diesen Bestimmungen genannten Maßnahmen keine anderen Maßnahmen treffen kann.⁷¹⁴ Demnach sei die

⁷¹⁰ EuGH, Slg. 1980, 119, *Camera Care*.

⁷¹¹ EuGH, Slg. 1980, 2327, 2373, *Guerlain*; Slg. 1980, 2511, 2533, *Lancome*.

⁷¹² Das Recht der Kommission *informelle Beratung* (Beratungsschreiben) zu leisten wird lediglich in Erwägungsgrund Nr. 38 zur VO 01/03 erwähnt, nicht jedoch im Verordnungstext selbst. Erwägungsgründe sind jedoch nur zur Auslegung der Bestimmung einer Verordnung heranzuziehen. Eine eigenständige Regelung vermögen sie nicht zu begründen. *Bauer* in: MünchKomm, VO 01/03, Art. 9, Rn. 26. Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für informelle Beratung ist in der VO 01/03 daher nicht vorhanden.

⁷¹³ Abl. (EG), Nr. C 101, S. 78, vom 24.04.2004.

⁷¹⁴ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Vor Art. 7 VO 01/03, Rn. 1; *Bauer* in: MünchKomm, VO 01/03, Art. 7, Rn. 2.

Kommission berechtigt, weniger gravierende Maßnahmen zu ergreifen, die ebenfalls der effektiven Durchsetzung des gemeinschaftlichen Kartellrechts dienen.⁷¹⁵

Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da vor dem Hintergrund der effektiven Gefahrenabwehr die Kommission in die Lage versetzt werden muss alle Maßnahmen zu ergreifen, um effektiv und schnell in der Gemeinschaft wieder rechtmäßige Zustände herzustellen, damit das Prinzip des freien Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft auch faktisch durchgesetzt wird. Die Verwirklichung eines freien Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft hat zwar durch Aufhebung des Art. 3 EGV a.F. seinen prominenten Primärrechtsstatus verloren, nicht aber seine normative Verbindlichkeit.⁷¹⁶ Eine Auffassung, die die in der VO 01/03 genannten Maßnahmen als abschließenden *numerus clausus* ansehen würde, wäre damit unvereinbar.

ccc. Informelle Absprache als „Minus“ in Art. 7 VO 01/03 enthalten?

In Bezug auf die rechtliche Legitimität der informellen Absprache im Rahmen des Grundsatzes des Vorrangs des Gesetzes kann, unabhängig von dem durch Ermessen eröffneten Handlungsspielraum, die informelle Absprache als „minus“ bzw. „weniger“ in der Befugnis norm des Art. 7 VO 01/03 enthalten sein.

Die erste Voraussetzung dafür wäre, dass Art. 7 VO 01/03 keine abschließende Aufzählung aller zulässigen Maßnahmen der Kommission enthielte. Wie bereits geklärt enthält diese Befugnis norm keinen *numerus clausus*⁷¹⁷ zulässiger Maßnahmen durch die Kommission, weshalb diese Voraussetzung erfüllt ist.

Des weiteren müsste die informelle Absprache gegenüber einem Beschluss der Kommission gem. Art. 7 VO 01/03 ein „minus“ bzw. „weniger“ darstellen. Als entscheidendes Abgrenzungskriterium ist dabei die Beschwer bzw. Belastung des betroffenen Unternehmens heranzuziehen. Daneben ist auch der rechtliche Umfang der informellen Absprache zu berücksichtigen.

Ein Beschluss der Kommission ist gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV in allen Teilen für den Empfänger verbindlich. Demnach ist der Empfänger eines Beschlusses, hier die betroffenen Unternehmen, verpflichtet etwaige Verbote oder Gebote des Beschlusses einzuhalten. Der Beschluss kann nämlich durch die europäischen Gerichte überprüft und mittels Verwaltungszwang vollzogen werden.⁷¹⁸

⁷¹⁵ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Vor Art. 7 VO 01/03, Rn. 1.

⁷¹⁶ *Lippert*, DVBl. 2008, 492, 498.

⁷¹⁷ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Vor Art. 7 VO 01/03, Rn. 1.

⁷¹⁸ Siehe dazu insbesondere Art. 24 VO 01/03 (Zwangsmittel sind ausschließlich Zwangsgelder).

Die informelle Absprache hingegen kann nicht mittels Verwaltungszwang gegenüber einem betroffenen Unternehmen vollzogen werden. Zudem wird im Rahmen einer informellen Absprache ein Verstoß gegen das materielle Wettbewerbsrecht nicht verbindlich festgestellt, sondern lediglich der Verdacht einer Zuwiderhandlung ausgeräumt. Nur im Rahmen einer Entscheidung gem. Art. 7 VO 01/03 (jetzt Beschluss) wird eine Zuwiderhandlung verbindlich festgestellt.

Somit steht fest, dass die informelle Absprache sowohl von der rechtlichen Belastung, als auch vom rechtlichen Umfang her hinter der Entscheidung nach Art. 7 VO 01/03 (jetzt Beschluss) zurückbleibt.

Die informelle Absprache stellt daher ein „minus“ zu einer korrespondierenden Entscheidung dar. Insoweit Art. 7 VO 01/03 eine Rechtsgrundlage für eine Entscheidung (jetzt Beschluss) gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV darstellt, so muss dies erst recht gelten für eine informelle Absprache, die von ihren rechtlichen und tatsächlichen Auswirkungen hinter einer solchen Entscheidung zurückbleibt. Hinzu kommt, dass die informelle Absprache die gleiche Zielrichtung wie die Entscheidung nach Art. 7 VO 01/03 verfolgt, nämlich die Wiederherstellung des freien Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft.

ddd. Zwischenergebnis

Im Ergebnis sind der Kommission durch die VO 01/03 umfangreiche Handlungsspielräume an die Hand gegeben worden, die neben den ausdrücklich geregelten Maßnahmen auch informelle und atypische Handlungsformen zulassen, weshalb auch die hier untersuchten informellen Absprachen insoweit nicht unzulässig sind.

Die in der VO 01/03 geregelten Befugnisse der Kommission sind nicht abschließend geregelt und stellen insoweit keinen *numerus clausus* aller zulässigen Maßnahmen dar.

Die informelle Absprache ist als „minus“ zur Entscheidung gem. Art. 7 VO 01/03 (jetzt Beschluss) von dieser Rechtsgrundlage gleichfalls abgedeckt.

cc. *Primärrecht als Prüfungsmaßstab*

Ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes wäre des Weiteren anzunehmen, wenn die informelle Absprache gegen eine Norm des Primärrechts verstoßen würde.

aaa. Verstoß gegen materielles Wettbewerbsrecht gem. Art. 101, 102 AEUV

Die Zulässigkeit einer informellen Absprache im institutionellen Sinne bemisst sich vorrangig an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Daneben kann im konkreten Einzelfall der Inhalt einer informellen Absprache primärrechtswidrig und damit unzulässig sein. Dies wäre anzunehmen, wenn in einer informellen Absprache ein Unternehmen sich zu Maßnahmen verpflichtet, die mit Art. 101, 102 AEUV unvereinbar wären. Als Rechtsfolge wäre die informelle Absprache gem. Art. 101 AEUV als unwirksam anzusehen.

Wenn nämlich im Rahmen einer informellen Absprache ein Unternehmen sich verpflichten würde Maßnahmen zu ergreifen, die den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV, nicht aber zugleich den des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, dann kann vom materiellen Inhalt her die Primärrechtswidrigkeit einer konkreten informellen Absprache angenommen werden.

Grundsätzlich muss aber davon ausgegangen werden, dass eine informelle Absprache inhaltlich nur solche Maßnahmen dem betroffenen Unternehmen auferlegt, die geeignet sind wieder rechtmäßige Zustände herzustellen. Die informelle Absprache setzt sich nämlich zum Ziel die wettbewerbswidrigen Zustände abzustellen und dies durch geeignete Maßnahmen umzusetzen. Sollte sich dennoch herausstellen, dass eine informelle Absprache wettbewerbswidrige Maßnahmen beinhaltet, so wäre sie gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV unwirksam. Damit wäre eine informelle Absprache wettbewerbswidrigen Inhalts sowohl aufgrund des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes, als auch aufgrund des EU-Kartellrechts gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV unwirksam.

Maßgeblich für die vorliegende Untersuchung sind daher nur solche Absprachen, die gemäß ihrer Zielsetzung Maßnahmen umfassen, die geeignet sind wettbewerbsmäßige Zustände wiederherzustellen.

bbb. Verstoß gegen Art. 105 Abs. 1 AEUV als numerus clausus

Die informelle Absprache könnte des weiteren gemäß Art. 105 Abs. 1 Satz 2 AEUV unzulässig sein, weil dort die Kommission nur durch *Beschluss* handeln darf. Danach hat die Kommission von Amts wegen oder auf Antrag eines Mitgliedstaats eine vermutete Zuwiderhandlung gegen Art. 101 oder 102 AEUV zu untersuchen und, wenn sie eine solche Zuwiderhandlung feststellt, geeignete Mittel zur Abstellung dieser vorzuschlagen. Wird die Zuwiderhandlung nicht abgestellt, so trifft die Kom-

mission einen mit Gründen versehenen Beschluss über die Feststellung einer solchen Zuwiderhandlung.⁷¹⁹

Aus folgenden Gründen ist Art. 105 AEUV auf den Fall der informellen Absprache aber gar nicht anwendbar. Zum einen steht im Rahmen einer informellen Absprache noch gar nicht fest, ob eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV durch ein Unternehmen überhaupt vorliegt. Nur in einem solchen Fall sieht Art. 105 AEUV aber einen Beschluss vor. Im Rahmen einer informellen Absprache ist die Kommission nach einer ersten Einschätzung aber lediglich der Auffassung, dass eine Zuwiderhandlung vorliege. Das Bestehen einer Zuwiderhandlung ist also Voraussetzung für einen Beschluss der Kommission, nicht aber für den Abschluss einer informellen Absprache. Eine *vermutete* Zuwiderhandlung legitimiert die Kommission im Falle des Art. 105 AEUV nur zur Aufnahme von Ermittlungen. Einen Beschluss darf sie nur erlassen, wenn diese Vermutung sich konkret bestätigt, sie also eine Zuwiderhandlung verbindlich zuvor festgestellt hat. Ob im Falle einer Zuwiderhandlung neben einem Beschluss auch eine informelle Absprache in Betracht gezogen werden darf, ist aber keine Frage des Vorrangs des Gesetzes, sondern eine Frage des Opportunitätsprinzips der Kommission. Für den Fall der *vermuteten* Zuwiderhandlung ist ein Beschluss der Kommission gegenüber einem Unternehmen gem. Art. 105 AEUV der informellen Absprache jedenfalls nicht vorrangig.

Im Übrigen muss im Rahmen des Anwendungsbereichs des Art. 105 AEUV weiter differenziert werden. Dieser gilt nämlich nur für das Amtsverfahren und für das Beschwerdeverfahren nur insoweit, als ein Mitgliedstaat Beschwerdeführer ist. Diese machen aber nur einen geringen Bestandteil aller formellen Kartellverfahren in der Gemeinschaft aus. Die weit überwiegende Mehrheit aller Kartellverfahren wird durch Beschwerde natürlicher oder juristischer Personen, insbesondere konkurrierender Unternehmen, ausgelöst.⁷²⁰ Der Anwendungsbereich des Art. 105 AEUV ist faktisch insoweit erheblich eingeschränkt.

ccc. Zwischenergebnis

Die informelle Absprache verstößt nicht gegen das geschriebene Primärrecht. Lediglich im Rahmen des Art. 105 AEUV, wenn die Kommission von Amts wegen ermittelt, oder ein Mitgliedstaat als Beschwerdeführer auftritt, ist die informelle Absprache unzulässig.

⁷¹⁹ Rapp-Jung in: MünchKomm, Art. 85, Rn. 11.

⁷²⁰ Ritter in: Immenga/Mestmäcker, VO 01/03, Art. 7, Rn. 8

Darüber hinaus umfasst Art. 105 AEUV zwar nicht die informelle Absprache, jedoch ist die Ermächtigungsgrundlage bereits gewohnheitsrechtlich geklärt, weshalb ein Rückgriff auf Art. 105 AEUV entbehrlich ist.

bb. Sekundärrecht als Prüfungsmaßstab

Die Rechtsgrundlage für die informelle Absprache wurde im Rahmen dieser Untersuchung aus dem Gewohnheitsrecht abgeleitet, welches den Status des Sekundärrechts innehat.⁷²¹ Daher ist die Zulässigkeit der informellen Absprache – neben dem Primärrecht – auch am gesamten europäischen Sekundärrecht zu messen. Aus zwei Gründen kann diese Überprüfung hier jedoch nicht erfolgen. Einerseits würde es den Umfang dieser Untersuchung sprengen, wollte man jede sekundärrechtliche Norm des Europarechts, und sei es nur diejenigen mit kartellrechtlichem Bezug, als Prüfungsmaßstab heranziehen. Andererseits kann eine solche Überprüfung keinesfalls abstrakt erfolgen, sondern ist anhand einer konkret ausgestalteten informellen Absprache zu bestimmen. Die abstrakte Prüfung der Zulässigkeit einer informellen Absprache kann daher im Rahmen dieser Untersuchung nicht geleistet werden.

cc. Ergebnis

Vorbehaltlich der Einschränkungen in Bezug auf den materiellen Inhalt der informellen Absprache und der Beschwerdeverfahren nach Art. 105 AEUV, deren geringe praktische Bedeutung bereits aufgezeigt wurde, ist die informelle Absprache mit dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes vereinbar.

b. Vorbehalt des Gesetzes

Gemäß dem Vorbehalt des Gesetzes bedarf jede Maßnahme eines Organs der Gemeinschaft einer ausdrücklichen Ermächtigung, was in dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zum Ausdruck kommt.⁷²²

Wie bereits herausgearbeitet, findet die informelle Absprache ihre Rechtsgrundlage im Gewohnheitsrecht aufgrund der jahrzehntelangen ständigen Übung durch die Kommission.⁷²³ Soweit ersichtlich hat die Kommission auch die von ihr selbst festgelegten Inhalte der gewohnheitsrechtlichen Grundlage durch den Abschluss einer informellen Absprache regelmäßig eingehalten. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass eine informelle Absprache entgegen der gewohnheitsrechtlichen Rechtsgrundlage prakti-

⁷²¹ Siehe oben Abschnitt 3, B.II., S. 176.

⁷²² Vgl. Art. 288 AEUV, Art. 5 EUV.

⁷²³ Siehe oben, Abschnitt 3, B.II., S. 176.

ziert wurde. Die Frage, ob die informelle Absprache dennoch rechtswidrig war, kann nicht anhand der Prüfung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes erfolgen, da eine Rechtsgrundlage, wenn auch aus Gewohnheitsrecht, dafür existiert.

Im Übrigen sei auf die Ausführungen zum Handlungsspielraum der Kommission aufgrund des weiten Ermessensspielraums durch die VO 01/03 verwiesen.⁷²⁴

Die informelle Absprache verstößt daher nicht gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes.

2. Grundsatz des Vertrauensschutzes

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes kann nicht dazu führen, dass der Abschluss einer informellen Absprache per se unzulässig ist, da die informelle Absprache selbst einen Vertrauenstatbestand zugunsten eines Unternehmens darstellen könnte. Ein Verstoß gegen den Vertrauensgrundsatz wird vorliegend auch nicht geprüft. Vielmehr steht im Vordergrund die Frage, ob ein Unternehmen aufgrund des Vertrauensgrundsatzes einen Anspruch gegen die Kommission auf den Abschluss einer informellen Absprache hat bei gleichzeitiger Unterlassung der Durchführung eines formellen Kartellverfahrens. Die Kommission wäre demnach verpflichtet aufgrund des Vertrauensgrundsatzes ein Kartellverfahren zu unterlassen und eine informelle Absprache mit dem betroffenen Unternehmen abzuschließen.

aa. Anspruch auf den Abschluss einer informellen Absprache

Der EuGH hat zur Konkretisierung des Grundsatzes auf Vertrauensschutz drei Tatbestandsmerkmale festgelegt, nämlich das Vorliegen eines objektiven Vertrauenstatbestandes, der durch ein Gemeinschaftsorgan mittels vertrauensbegründeten Verhaltens gesetzt wurde. Zuletzt muss dieses Vertrauen in subjektiver Hinsicht für den Berechtigten auch schutzwürdig sein. Dies entfällt vor allem dann, wenn sich der Berechtigte einer offensichtlichen Verletzung der geltenden Bestimmungen schuldig gemacht hat.⁷²⁵

Durch die Praktizierung der informellen Absprache könnte die Kommission einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben. Ein Vertrauenstatbestand kann dabei in negativer Hinsicht nicht entstehen, wenn das Verhalten, das Vertrauen auslösen soll, der Willkür unterliegt. Ein willkürliches Verhalten der Kommission in Bezug auf die Durchführung einer informellen Absprache ist dann ausgeschlossen, wenn bestimm-

⁷²⁴ Siehe oben, Abschnitt 2, C.I., S. 118.

⁷²⁵ EuGH, Slg. 1985, 3983, Rn. 21, *Sideradria*, .

te Kriterien bestehen anhand dessen die Kommission ihren Beschluss diesbezüglich zu treffen pflegt.

Es ist daher zu untersuchen, ob die Kommission erkennbaren Regeln folgt, anhand derer sie entscheidet, ob sie eine informelle Absprache oder ein förmliches Kartellverfahren durchführt.

Die Motive der Kommission zur Durchführung einer informellen Absprache können nicht mit Sicherheit ermittelt werden. Dies hängt mit vielen Faktoren zusammen, die auch bei dem Beschluss der Kommission, ob sie ein Kartellverfahren eröffnet, zu berücksichtigen sind. Im Vordergrund steht dabei, dass ein Fall effizient und ressourcenschonend erledigt werden kann, indem das gesetzlich erwünschte Ziel der Konformität mit dem Wettbewerbsrecht im Konsenswege ohne langwierige Verwaltungs- und Gerichtsverfahren erreicht wird.⁷²⁶ Die Kommission hat in den wenigen veröffentlichten informellen Absprachen ihre Motive auch nicht ausdrücklich dargelegt.

Wie bereits aufgezeigt, stehen der Kommission im Falle einer Zuwiderhandlung eines Unternehmens gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft unterschiedliche Befugnisse zu.⁷²⁷ Generell besteht für die Kommission die Möglichkeit ein förmliches Kartellverfahren durchzuführen oder dies zu unterlassen. Obwohl also eine Zuwiderhandlung durch ein Unternehmen festgestellt wurde, ist die Kommission nicht verpflichtet ein Kartellverfahren zu eröffnen. Das ihr zugebilligte Opportunitätsprinzip setzt die Kommission in die Lage unter Hinweis auf deren personelle Ressourcen und der Qualität einer Zuwiderhandlung durch ein Unternehmen, von der Eröffnung eines Kartellverfahrens Abstand zu nehmen.⁷²⁸

aaa. Differenzierung zwischen „hard-core“ Kartellen und der Spürbarkeitsschwelle

Es sind folglich keine Verhaltensmuster der Kommission zu erkennen, nach denen der Beschluss für ein förmliches Kartellverfahren oder für den Abschluss einer informellen Absprache getroffen werden. Es wurde zwar diskutiert, dass aufgrund der Schwere einer Zuwiderhandlung bei sogenannten „hard-core“ Kartellen in denen beträchtliche Bußgelder verhängt werden, die Kommission regelmäßig ein Kartellverfahren durchzuführen verpflichtet ist, um eben diese Bußgelder verhängen zu kön-

⁷²⁶ *Bauer*, in: MünchKomm, Art. 9 VO 1/2003, Rn. 2, Fn. 7.

⁷²⁷ Insbesondere der Erlass einer Abstellungsentscheidung gem. Art. 7 VO 01/03.

⁷²⁸ Auch „Selektionsbefugnis“ genannt, vgl. *Bechtold*, EWS 2007, S. 433 (437).

nen.⁷²⁹ Im Umkehrschluss würde dies bedeuten, dass informelle Absprachen nur bei „leichten“ Zuwiderhandlungen in Betracht gezogen werden.

Eine eindeutige Abgrenzung zwischen „schweren“ und „leichten“ Zuwiderhandlungen ist jedoch kaum möglich. Dabei stellt sich bereits das Problem, welche Anhaltspunkte dafür herangezogen werden sollen. Hier könnte man z.B. an die Dauer einer Absprache oder deren wirtschaftlichen Umfang denken. Andererseits muss auch berücksichtigt werden, dass die Kommission viele „leichte“ Zuwiderhandlungen gar nicht verfolgt, da sie unter die so genannte *Spürbarkeitsschwelle* (de minimis- oder Bagatellregel) fallen.⁷³⁰ In diesen Fällen, insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) sei die Auswirkung wettbewerbswidrigen Verhaltens auf den Markt relativ gering, weshalb von der Verfolgung von vornherein Abstand genommen werde.⁷³¹ Damit käme informellen Absprachen nur noch ein geringer Anwendungsbereich zu, nämlich oberhalb der *Spürbarkeitsschwelle* und unterhalb der „schweren“ Zuwiderhandlungen. Eine sachlich vernünftige Abgrenzung ist anhand dieser Kriterien nicht möglich.

bbb. Beschlusskriterien der Kommission im Einzelfall

Die genauen Motive der Kommission, auch anhand ihrer objektiven Vorgehensweise, lassen sich nicht eindeutig ermitteln. Es muss zu Bedenken gegeben werden, dass neben den rechtlichen Erwägungen auch politische und wirtschaftliche Zusammenhänge von der Kommission berücksichtigt werden bei der Entscheidung, ob eine informelle Absprache im Einzelfall durchgeführt werden soll.

Selbst wenn man aber klare Kriterien der Beschlussfindung bei der Kommission erblicken sollte, so begründet dies zuletzt kein begründetes Vertrauen der Unternehmen in diese Entscheidung, da zuletzt das umfassende Opportunitätsprinzip der Kommission immer bezogen auf den Einzelfall eine klare Vorhersage über den Beschluss der Kommission verhindert. Allenfalls wenn ein evidenter Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln durch ein Unternehmen vorliegt, kann von einer Ermessensreduzierung auf Null in Bezug auf die Ablehnung des Abschlusses einer informellen Absprache ausgegangen werden.⁷³² In einem solchen Fall wäre die Kommission daher

⁷²⁹ Ritter, in Immenga/Mestmäcker, Art. 9 VO 1/2003, Rn. 4, wonach schwerwiegende

Wettbewerbsbeschränkungen die Verhängung eines Bußgeldes regelmäßig verdienen.

⁷³⁰ Bechtold, EWS 2007, S. 433 (434); Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, Art. 81 Rn. 95.

⁷³¹ Bechtold, EWS 2007, S. 433 (434).

⁷³² So auch im Rahmen des Art. 85 Abs.1 Satz 2 EGV. Wenn aufgrund einer Beschwerde eines

verpflichtet ein Kartellverfahren durchzuführen und gleichzeitig auf den Abschluss einer informellen Absprache zu verzichten.⁷³³ Das führt aber schließlich dazu, dass in keinem Fall ein begründetes Vertrauen für ein Unternehmen entstehen kann. Bei einem evidenten Verstoß kommt die informelle Absprache per se nicht in Betracht aufgrund der Ermessensreduzierung auf Null.⁷³⁴ In allen anderen Fällen verhindert der weite Ermessensspielraum der Kommission einen Anspruch auf Abschluss einer informellen Absprache aufgrund des Grundsatzes auf Vertrauensschutz.

ccc. Zwischenergebnis

Im Ergebnis können also keine klaren Kriterien der Kommission über Beweggründe einer Entscheidung zum Abschluss einer informellen Absprache erkannt werden. Daher ist die Entscheidung der Kommission vom Einzelfall abhängig und nicht geeignet einen Vertrauenstatbestand in Bezug auf den Abschluss einer informellen Absprache zu erzeugen.

bb. Ergebnis

Aufgrund des fehlenden Vertrauenstatbestandes wiederum besteht kein Anspruch eines Unternehmens gegenüber der Kommission auf den Abschluss einer informellen Absprache. Die Kommission ist daher nicht verpflichtet eine informelle Absprache mit einem betroffenen Unternehmen abzuschließen, sondern kann im Einzelfall im Rahmen ihres Opportunitätsprinzips entscheiden, ob sie stattdessen ein förmliches Kartellverfahren durchführt.

Mitgliedstaats die Kommission zur Durchführung eines Kartellverfahrens verpflichtet ist, dann muss dies auch gelten, wenn ein Verstoß nicht nur gem. Art. 85 Abs. 1 Satz 2 EGV vermutet wird, sondern eben tatsächlich vorliegt (Evidenz).

⁷³³ Diese Auffassung widerspricht nicht dem Wortlaut des Art. 7 VO 01/03, wonach die Kommission eine Abstellungsentscheidung erlassen „kann“. Dieses Aufgreif- und Verfolgungsermessen unterliegt der Überprüfung durch den Gerichtshof. Im Beschwerdeverfahren unterliegt eine abweisende Entscheidung der Kommission darüber hinaus der richterlichen Überprüfung der Richtigkeit der Tatsachen, der rechtlichen Würdigung und der Ermessensausübung. Die Kommission kann dabei aus Gründen des Gemeinschaftsinteresses die Einleitung eines Kartellverfahrens ablehnen. vgl. *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, VO 01/03, Art. 7, Rn. 16. Bei einem evidenten Verstoß gegen die Art. 81, 82 EGV verbunden mit evidenten und verwertbaren Beweismitteln gegen die betroffenen Unternehmen wird die Kommission das Gemeinschaftsinteresse jedoch nicht ablehnen können, weshalb ihr Verfolgungsermessen insoweit auf Null reduziert wäre. Demnach wäre die Einleitung eines Kartellverfahrens in diesen theoretisch denkbaren Fällen die Einzige Handlungsmöglichkeit für die Kommission. Eine informelle Absprache würde daher ausscheiden.

⁷³⁴ Daneben wird bei einem evidenten Verstoß auch die Schutzwürdigkeit als subjektives Merkmal des Vertrauensgrundsatzes entfallen, da ein Unternehmen sich auf diesen Grundsatz nicht berufen kann, wenn es sich der offensichtlichen Verletzung der geltenden Bestimmungen (hier Art. 81, 82 EGV) schuldig gemacht hat. Vgl. EuGH Slg. 1985, 3983, Rn. 21, *Sideradria*.

3. Grundsatz von Treu und Glauben

Im Gegensatz dazu drängt sich bei einer womöglich beliebigen Anwendung der informellen Absprache durch die Kommission die Frage auf, ob ein solches Verhalten nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt. Dazu der EuGH:

„Alle Maßnahmen öffentlicher Behörden, ob sie sich auf rein administrativem Gebiet bewegen oder im Rahmen der Ausführung eines Vertrages getroffen werden, stehen unter dem Grundsatz von Treu und Glauben.“⁷³⁵

Das im Grundsatz von Treu und Glauben enthaltene Willkürverbot verpflichtet die Gemeinschaftsorgane insbesondere ihre Entscheidungen zu begründen.⁷³⁶

Die informelle Absprache müsste demnach eine Maßnahme einer öffentlichen Behörde auf administrativem Gebiet oder im Rahmen der Ausführung eines Vertrages getroffen werden. Es ist davon auszugehen, dass als Maßnahme in diesem Sinne nicht nur solche aus dem Katalog des Art. 288 AEUV gemeint sind, sondern auch sonstige Handlungen öffentlicher Behörden darunter fallen, da der EuGH ausdrücklich „alle Maßnahmen öffentlicher Behörden“ vom Gebot von Treu und Glauben umfasst sieht. Eine Beschränkung auf die Rechtsakte des Art. 288 AEUV ist auch deshalb abzulehnen, weil der EuGH von „öffentlichen Behörden“ als Verpflichtete des Grundsatzes von Treu und Glauben spricht. Die in Art. 288 AEUV aufgezählten Normgeber jedoch nicht ausschließlich als Behörden anzusehen sind, die auf administrativem Gebiet tätig sind. Vielmehr sind das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission als Legislativorgane anzusehen.

Es wäre auch widersprüchlich Organe der Gemeinschaft bei der Wahrnehmung verschiedener Aufgaben nicht einheitlich einem allgemeinen Rechtsgrundsatz zu unterwerfen. Soweit die Kommission legislativ tätig wird unterliegt sie den gleichen allgemeinen Rechtsgrundsätzen, als wenn sie im Bereich der Exekutive tätig wird.

Unabhängig davon bedeutet dies, dass die Kommission sowohl beim Erlass eines Beschlusses, als auch bei Abschluss einer informellen Absprache dem Grundsatz von Treu und Glauben unterworfen ist.

⁷³⁵ EuGH, Slg. 1960, 965, 989, *Eva von Lachmüller u.a./Kommission*.

⁷³⁶ Die Begründungspflicht für Entscheidungen der Kommission ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und als allgemeiner Rechtsgrundsatz vom EuGH anerkannt. vgl. *Bauer* in: MünchKomm, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, Vor Art. 1 VO 01/03, Rn. 10, EuGH, Slg. 1960, 965, 989, *Eva von Lachmüller u.a./Kommission*.

Es kann im Übrigen dahingestellt bleiben, ob eine informelle Absprache eine Maßnahme in *Ausführung eines Vertrages* darstellt, da sie in jedem Fall auf *rein administrativen Gebiet* des Kartellrechts erfolgt.

Daher unterliegt die informelle Absprache uneingeschränkt dem Grundsatz von Treu und Glauben mit dem darin enthaltenen Willkürverbot.

Vorliegend geht es zum einen um die Frage, ob allein der Abschluss einer informellen Absprache gegen das Willkürverbot verstößt, da keine Begründung von der Kommission vorgelegt wird, warum sie an Stelle eines formellen Kartellverfahrens sich für eine informelle Absprache entscheidet.

Zum Anderen könnte ein Verstoß gegen das Willkürverbot darin liegen, dass die informelle Absprache inhaltlich keine Begründung seitens der Kommission enthält.

aa. Willkürliche Entscheidung bezüglich des „Ob“ der informellen Absprache

Es ist daher zu prüfen, ob die Kommission sich geradezu willkürlich bestimmte Fälle herausucht in denen sie den Unternehmen den Abschluss einer informellen Absprache vorschlägt oder ob sich in einer typisierenden Betrachtungsweise bestimmte Fallgruppen herausbilden lassen.

Die erwähnten veröffentlichten informellen Absprachen zwischen der Kommission und den betroffenen Unternehmen müssten daher bestimmte Kriterien erkennen lassen, anhand derer die Kommission ihre Entscheidung zum Abschluss einer informellen Absprache festmacht.

aaa. Die Zusage der Firma IBM

Im Falle der Firma IBM, die eine Verpflichtungserklärung gegenüber der Kommission abgegeben hat mit dem Inhalt gewisse Schnittstelleninformationen über ihr Produkt (System /370) an konkurrierende Unternehmen weiterzugeben, können solche Kriterien nicht ohne weiteres erkannt werden.

Die Verpflichtungserklärung umfasst insgesamt zwanzig Ziffern und enthält einen umfassenden Definitionskatalog zur Klarstellung.⁷³⁷ Kern der Verpflichtung war die Offenlegung von Schnittstellen und den dazu erforderlichen Informationen, damit konkurrierende Unternehmen ebenfalls Hard- und Software zu dem von IBM vertriebenen Computersystem /370 anbieten und vertreiben konnten. IBM hatte nämlich die

⁷³⁷ Bulletin EG Nr. 10, 1984, S. 105ff.

Schnittstellen bzw. Anschlussmöglichkeiten an dem System /370 so gestaltet, dass ausschließlich IBM Produkte zu diesem System kompatibel waren.

In diesem Fall, nämlich der versuchten Abschottung ihrer Produkte durch Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, wurde von der Kommission sowohl ein förmliches Kartellverfahren eingeleitet, als auch parallel dazu informelle Beratungen geführt. Ob die Einleitung eines förmlichen Kartellverfahrens nur dazu diene eine gewisse Drohkulisse gegenüber IBM aufzubauen und sie somit zu weiterreichenden Zugeständnissen im Bezug auf die Verpflichtungszusage zu veranlassen, kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Ebenfalls unklar bleibt, ob die Kommission sich für Einstellung des Kartellverfahrens allein deshalb entschieden hat, weil IBM in der Verpflichtungszusage weitreichende, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission ausräumende Zugeständnisse angeboten hat, oder ob eventuelle Beweisschwierigkeiten in Bezug auf den Nachweis eines Wettbewerbsverstoßes dafür Ausschlag gebend waren.

Wenn aber nicht feststeht aus welchem Grund sich die Kommission für den Abschluss einer informellen Absprache entschieden hat, so liegt darin noch kein willkürliches Verhalten. Ein willkürliches Verhalten kann nur dann nachgewiesen werden, wenn in einem vergleichbaren Fall die Kommission sich ohne sachlichen Grund anders entschieden hat. Ein solcher „anderer“ Fall könnte in der Zusage der Firma Microsoft aus dem Jahr 1993 liegen.

bbb. Die Zusage der Firma Microsoft

In diesem Fall stellte aufgrund einer Beschwerde eines Konkurrenten (Novell) von Microsoft auf dem Markt für PC-Betriebssysteme die Kommission Nachprüfungen an und kam zu dem Ergebnis, dass Microsoft seine Lizenzverträge mit PC-Herstellern in Bezug auf Inhalt und Laufzeit derart gestaltete, dass der europäische Markt für PC-Betriebssysteme dadurch abgeschottet wird.⁷³⁸ Als die Kommission sich anschickte die Beschwerdepunkte zu formulieren, deutete Microsoft ihre Bereitschaft zu einer einvernehmlichen Lösung an. Nach umfangreichen Verhandlungen gab Microsoft sodann eine Verpflichtungserklärung gegenüber der Kommission ab, deren Inhalt nicht veröffentlicht wurde. Microsoft hatte sich jedoch verpflichtet die Laufzeit ihrer Lizenzverträge auf ein Jahr zu begrenzen und die von der Kommission beanstandeten „Mindestbezugsverpflichtungen“ und die „Prozessor“-Klausel nicht

⁷³⁸ 24. WB, 1994, S. 397.

mehr in die Verträge aufzunehmen. Die Verpflichtungserklärung selbst hatte eine Laufzeit von sechseinhalb Jahren.⁷³⁹

ccc. Stellungnahme und Ergebnis

In beiden Fällen hat die Kommission zuvor gegen die betroffenen Unternehmen ein Kartellverfahren eingeleitet, oder zumindest die Beschwerdepunkte übermittelt in denen die Kommission darlegt, warum sie zu der Überzeugung gelangt war, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten in Form der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vorlag. Weiter ist diesen Fällen gemein, dass auf Initiative der Unternehmen Zusagen gegenüber der Kommission gemacht wurden, um deren wettbewerbsrechtliche Bedenken auszuräumen. Die jeweils von der Kommission gerügten Verhaltensweisen waren durch einseitige Maßnahmen auch revidierbar und nicht abhängig von unbeteiligten Dritten, was die Durchführung der informellen Absprache hätte erschweren können.

Eine Differenzierung zwischen „schweren“ und „leichten“ Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht ist einerseits nicht zu erkennen und andererseits auch nicht geeignet einen sachlichen Grund bezüglich des „Ob“ einer informellen Absprache darzustellen mit dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen das Willkürverbot insoweit auszuschließen ist.

Demnach hat die Kommission bei vergleichbaren Sachverhalten jeweils eine informelle Absprache mit den betroffenen Unternehmen getroffen, um die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen schnellstmöglich wieder abzustellen.

Ein willkürliches Verhalten der Kommission liegt daher, jedenfalls in Bezug auf die beiden untersuchten Fälle, nicht vor. Demnach kann auch ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben in Bezug auf das „Ob“ einer informellen Absprache durch die Kommission ausgeschlossen werden.

bb. Willkürliche Entscheidung bezüglich des „Wie“ der informellen Absprache

Wie bereits gesehen, liegt ein Verstoß gegen das Willkürverbot regelmäßig dann vor, wenn eine Entscheidung der Kommission keine Begründung enthält.⁷⁴⁰ Die informelle Absprache müsste demnach auch eine Begründung enthalten, da die Kommission die informelle Absprache anstelle einer beabsichtigten Entscheidung gem. Art. 7 VO 01/03 abschließt.

⁷³⁹ 24. WB, 1994, S. 397.

⁷⁴⁰ Siehe oben, Teil 2, 3.D.III., S. 67.

Nun wurde aber festgestellt, dass die informelle Absprache als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist. Ein solcher Vertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit jedoch keiner Begründung sondern lediglich, wenn man sich wie geschehen an Art. 4:101 und 4:102 ACQP orientiert, durch Angebot und Annahme der Vertragsparteien. Auf der anderen Seite wird auch von dem Unternehmen, welches von sich aus der Kommission Verpflichtungszusagen anbietet, um das Kartellverfahren einzustellen, nicht verlangt eine Begründung dafür zu liefern. Zwar handelt es sich bei der Kommission um eine Behörde mit hoheitlichen Befugnissen, die ihre Beschlüsse gem. Art. 296 AEUV mit ausreichenden Begründungen versehen muss.⁷⁴¹ Bei der informellen Absprache handelt es sich jedoch gerade nicht um einen Beschluss der Kommission sondern um einen Verwaltungsvertrag für den Art. 296 AEUV keine Anwendung findet.

Ein Verstoß gegen das Willkürverbot in Bezug auf das „Wie“, also der Durchführung einer informellen Absprache, liegt daher nicht vor.

cc. Ergebnis

Die informelle Absprache verstößt nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, da die Entscheidung der Kommission, ob eine solche abgeschlossen wird nicht willkürlich erfolgt. In Bezug auf die Durchführung der informellen Absprache ist der Grundsatz auf Treu und Glauben insoweit nicht anwendbar, da diese in Form eines Verwaltungsvertrages vollzogen wird, der aber nicht der Begründungspflicht, als Ausfluss des Grundsatzes auf Treu und Glauben, unterliegt.

4. Grundsatz auf Durchführung eines fairen Verfahrens

Der Grundsatz auf Durchführung eines fairen Verfahrens könnte durch die informelle Absprache in zweierlei Hinsicht verletzt werden. Erstens könnte ein Unternehmen anhand dieses Grundsatzes einen Anspruch auf Durchführung eines Kartellverfahrens gegen die Kommission haben. Ein solcher Anspruch würde dem Unternehmen aufgrund der informellen Absprache verwehrt bleiben.

Zweitens wäre eine Verletzung dieses Grundsatzes im Hinblick auf die im Kartellverfahren gewährten Verteidigungsrechte denkbar. Im Vordergrund stünde hier der Anspruch auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs, der zu den bedeutendsten allge-

⁷⁴¹ EuGH, Slg. 1998, I-1719, Rn. 63, *Sytraval*; EuG, Slg. 2006, II-897, Rn. 192, *Degussa*.

meinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts⁷⁴² gehört und auch in der Grundrechtecharta ausdrücklich geregelt ist.⁷⁴³

aa. Anspruch auf Durchführung eines Verfahrens an Stelle der informellen Absprache

Der Anspruch eines Unternehmens auf Durchführung eines Kartellverfahrens unabhängig davon, ob dieses nun fair oder unfair ist, muss abgelehnt werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Opportunitätsprinzip der Kommission im Rahmen des EU-Kartellverfahrens,⁷⁴⁴ denn im Rahmen des Art. 7 VO 01/03 hat ein Unternehmen keinen Anspruch auf Durchführung eines solchen. Auch auf die Beschwerde eines Dritten hin kann die Kommission durch ihren weiten Ermessensspielraum und insbesondere aufgrund eines fehlenden Gemeinschaftsinteresses die Durchführung eines Kartellverfahrens ablehnen. Das Vorliegen eines Gemeinschaftsinteresses wiederum liegt ebenfalls im Ermessen der Kommission.⁷⁴⁵ Der Gerichtshof überprüft die Ausübung dieses Ermessens auf einen eventuellen Missbrauch hin. Ein Unternehmen hat daher lediglich Anspruch auf die Ausübung eines ermessensfehlerfreien Beschlusses durch die Kommission, nicht jedoch auf Durchführung eines Kartellverfahrens.

Wenn aber kein Anspruch auf Durchführung eines Kartellverfahrens anstelle einer informellen Absprache besteht, kann auch der Grundsatz auf Durchführung eines fairen Verfahrens dadurch nicht verletzt werden.

bb. Wahrung der Verteidigungsrechte auch bei der informellen Absprache als Verwaltungsvertrag?

Von den dargestellten drei Ausprägungen des Grundsatzes auf Durchführung eines fairen Verfahrens (Rechtliches Gehör, Unschuldsvermutung und Anspruch auf angemessene Verfahrensdauer) kommt lediglich einer in Betracht durch Abschluss einer informellen Absprache verletzt zu werden. Die Unschuldsvermutung und der Anspruch auf angemessene Verfahrensdauer können auf die informelle Absprache

⁷⁴² EuGH, Slg. 1963, 107, 123, *Alvis*; Slg. 1979, 461, 511, Rn. 9, *HoffmanLaRoche*; Slg. 1983, 3461, 3498, Rn. 7, *Michelin*; Slg. 1989, 2589, Rn. 4, *Hoechst*; *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, Band 2, 1997, VO 17, Art. 19, Rn. 1 und 13, *Wiedemann*, Kartellrecht, § 4, Rn.1; *de Bronett* in: Schröter/Jakob/Mederer, VO 17, Art. 19, Rn.1 m.w.N.

⁷⁴³ Vgl. insbesondere Art. 47 Abs. 2 EGRC.

⁷⁴⁴ *Bauer* in: MünchKomm, VO 01/03, Art. 7, Rn. 7.

⁷⁴⁵ Zu den einzelnen Kriterien, bei deren Vorliegen die Kommission ein Gemeinschaftsinteresse bejaht, siehe *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, VO 01/03, Art. 7, Rn. 17.

insbesondere deshalb nicht angewendet werden, weil diese von der Rechtsnatur her einen Verwaltungsvertrag darstellt.

In Bezug auf die Unschuldsvermutung wurde bereits dargestellt, dass die Verhandlungsposition eines betroffenen Unternehmens gegenüber der Kommission insoweit verbessert wird, als dass die Kommission – im Gegensatz zur informellen Absprache – in einem Kartellverfahren gezwungen wäre den vollen Beweis eines materiellen Wettbewerbsverstoßes zu erbringen. Damit wird klargestellt, dass der Grundsatz der Unschuldsvermutung auch dann Anwendung findet, wenn ein Kartellverfahren aufgrund einer informellen Absprache eingestellt wird. Unabhängig von seiner grundsätzlichen Anwendungsmöglichkeit ist aber eine Verletzung desselben ausgeschlossen, wenn die informelle Absprache in der Form eines Verwaltungsvertrages abgeschlossen wird. Der Abschluss eines Verwaltungsvertrages zwischen der Kommission und einem betroffenen Unternehmen ist nämlich lediglich getragen von der Vermutung der Kommission, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten vorliegt. Ob ein solches Verhalten tatsächlich vorliegt und dies von der Kommission in einem Kartellverfahren auch bewiesen werden kann, ist nicht Bestandteil eines Verwaltungsvertrages als informeller Absprache, weshalb eine Verletzung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung von vornherein ausscheidet.

Gleiches gilt auch für den Anspruch auf einen Beschluss der Kommission in einer angemessenen Verfahrensdauer. Zunächst ist zweifelhaft, ob dieser Rechtsgrundsatz überhaupt auf den Fall des Zustandekommens eines Verwaltungsvertrages anwendbar ist, weil hierfür eben kein formelles Verfahren mit gesetzlich geregelten Fristen vorgesehen ist.

Unabhängig davon wird die Verfahrensdauer im Falle einer informellen Absprache maßgeblich von den betroffenen Unternehmen beeinflusst. Dabei ist insbesondere auf den Zeitraum zwischen der Zustellung der Beschwerdepunkte durch die Kommission und der Abgabe einer Verpflichtungszusage abzustellen. Denn erst wenn das Unternehmen sich entschließt gegenüber der Kommission eine Verpflichtungszusage – gerichtet auf den Abschluss einer informellen Absprache – anzubieten, kann die Kommission wiederum den Zeitrahmen beeinflussen.

Der Anspruch auf Durchführung eines Verfahrens in angemessener Frist kann daher im Rahmen einer informellen Absprache nicht verletzt werden, weil die Kommission auf den diesbezüglichen Zeitrahmen nur teilweise Einfluss ausüben kann. Dies gilt unabhängig davon, ob dieser Grundsatz überhaupt Anwendung findet, da die infor-

melle Absprache in Form eines Verwaltungsvertrages eben nicht im Rahmen eines förmlichen Verfahrens stattfindet.

cc. *Anspruch auf rechtliches Gehör*

Erneut sei betont, dass im Gemeinschaftsrecht der Anspruch auf rechtliches Gehör in allen Verwaltungsverfahren, die für den Betroffenen zu einer belastenden Maßnahme führen können, einen herausragenden Stellenwert einnimmt.⁷⁴⁶ Hier kann natürlich die Auffassung vertreten werden, dass der informellen Absprache kein Verwaltungsverfahren vorausgeht und der Verwaltungsvertrag für die betroffenen Unternehmen keine belastende Maßnahme⁷⁴⁷ darstellt, womit dieser Grundsatz vorliegend keine Anwendung fände. Der Verfasser hat jedoch die – wenn auch eingeschränkte – Anwendbarkeit dieses fundamental bedeutenden Grundsatzes auf die informelle Absprache bereits oben ausführlich begründet und zwar unabhängig von der Rechtsnatur der informellen Absprache.⁷⁴⁸ Durch den engen Bezug der informellen Absprache zum Kartellverfahren, sowie der umfassenden Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze unabhängig von ihrer Adaption im Sekundärrecht, rechtfertigen die Anwendung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auch im Rahmen einer informellen Absprache. Es geht daher vorliegend lediglich um die Art und Weise, wie dieser Grundsatz im Rahmen der informellen Absprache anzuwenden ist.

aaa. *Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rahmen der informellen Absprache*

Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rahmen der informellen Absprache bestimmt sich durch die Abwägung innerhalb eines Interessenausgleichs zwischen den Parteien. Dabei steht das Verfolgungsinteresse der Kommission zur

⁷⁴⁶ EuGH, Slg. 1963, 107, 123, *Alvis*; Slg. 1979, 461, 511, Rn. 9, *HoffmanLaRoche*; Slg. 1983, 3461, 3498, Rn. 7, *Michelin*; Slg. 1989, 2589, Rn. 4, *Hoechst*; *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, Band 2, 1997, VO 17, Art. 19, Rn. 1 und 13, *Dieckmann* in: Wiedemann, Kartellrecht, § 4, Rn.1; *de Bronett* in: Schröter/Jakob/Mederer, VO 17, Art. 19, Rn.1 m.w.N

⁷⁴⁷ Für die Verpflichtungszusage wird dagegen die Auffassung vertreten, dass jede Zusagenentscheidung eine belastende Wirkung hat und auch in Form einer einseitigen Abstellungsentscheidung erlassen werden könne. Die Zusagen der Unternehmen erfolgen daher offenkundig nicht freiwillig in einem Verhältnis der Gleichordnung, sondern allein deshalb um noch belastendere Maßnahmen zu verhindern. vgl. *Bauer* in: MünchKomm, Art. 9 VO 01/03, Rn. 46.

⁷⁴⁸ Für eine Gewährung des rechtlichen Gehörs spricht vor allem die Herstellung der „Waffengleichheit“ zwischen der Kommission und den betroffenen Unternehmen. Die Unternehmen müssen zumindest Gelegenheit haben zu den gegen sie erhobenen Vorwürfe Stellung zu nehmen. Dazu muss die Kommission den Unternehmen die Beschwerdepunkte übermitteln und in die Ermittlungsakte Einsicht gewähren. s.o. S. 74, Fn. 308; zum Grundsatz der Waffengleichheit vgl. EuGH, Slg. 2004, I-123, Rn. 68, *Aalborg Portland*; EuG, Slg. 1995, II-1775, Rn. 83, *Solvay*; Slg. 1995, II-1874, Rn. 69, *ICI*.

Wahrung eines freien Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft dem Interesse des Unternehmens auf umfassende Information und Einstellung des Kartellverfahrens unter Vermeidung einer Geldbuße gegenüber.

Zur konkreten Ausgestaltung der Anwendung dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist zu berücksichtigen, dass ein wichtiger Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör das Recht auf Akteneinsicht darstellt.⁷⁴⁹ Als Mindestvoraussetzung einer ordnungsgemäßen Akteneinsicht im Rahmen der informellen Absprache wird daher die Übermittlung der Beschwerdepunkte durch die Kommission anzusehen sein, da nur so die Unternehmen überhaupt Kenntnis von den gegen sie erhobenen Vorwürfen erlangen können. Darüber hinaus wird dem Unternehmen die Ermittlungsakte zu übermitteln sein, da sich daraus Anhaltspunkte über die Ausgestaltung einer eventuell abzugebenden Verpflichtungszusage ergeben.⁷⁵⁰ Dies muss auch gelten, wenn ein Unternehmen zu dem Schluss kommt der Kommission keine Verpflichtungszusage anbieten zu wollen und damit ein Verwaltungsvertrag im Ergebnis ausscheidet. Denn in diesem Fall liefe das von der Kommission eröffnete Kartellverfahren weiter mit dem darin enthaltenden Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 27 VO 01/03.

Andererseits muss berücksichtigt werden, dass für eine informelle Absprache der unbedingte Nachweis eines Wettbewerbsverstoßes durch die Kommission nicht erbracht zu werden braucht. Es genügen insoweit *Bedenken* gegen das Verhalten eines Unternehmens, die allerdings auf vernünftigen, nicht sachfremden Erwägungen beruhen müssen.⁷⁵¹

Dies hat auch Auswirkungen auf den Umfang der Gewährung rechtlichen Gehörs für das betroffene Unternehmen. Denn das Unternehmen kann sich nach Abschluss des Verwaltungsvertrages unter Berufung auf das Akteneinsichtsrecht nicht beanstanden, dass ein entscheidungserhebliches Dokument ihm nicht übermittelt wurde.⁷⁵² Im Rahmen der informellen Absprache kann der Anspruch auf Akteneinsicht nur eingeschränkt gelten, weil die Form des Verwaltungsvertrages eben keine einseitig belas-

⁷⁴⁹ *Bischke* in: MünchKomm, Art. 27 VO 01/03, Rn. 11.

⁷⁵⁰ Die Ermittlungsakte muss dabei den gleichen Anforderungen genügen wie in einem Kartellverfahren üblich. D.h., dass Geschäftsgeheimnisse und das berechtigte Interesse Dritter Vorrang vor dem Einsichtsrecht des betroffenen Unternehmens genießen. Vgl. dazu Art. 27 Abs. 2 VO 01/03.

⁷⁵¹ Vgl. dazu für die Zusagenentscheidung nach Art. 9 VO 01/03; *Bauer* in: MünchKomm, Art. 9 VO 01/03, Rn. 16, wonach die Erwägung der Kommission eine Abstellungsentscheidung zu erlassen einer hinreichend gesicherten Tatsachengrundlage bedarf. Schließlich dürfen keine vernünftigen Zweifel an dem Erlass einer Abstellungsentscheidung bestehen, wenn keine Zusagenentscheidung ergeht.

⁷⁵² Eine Entscheidung der Kommission nach der VO 01/03 ist aufzuheben, wenn auch nur in ein entscheidungserhebliches Dokument dem Unternehmen keine Einsicht gewährt wurde und es sich dazu äußern konnte.

tende Maßnahme⁷⁵³ für das Unternehmen darstellt und daher für den Umfang der Übermittlung entscheidungserheblicher Dokumente nicht dieselben strengen Maßstäbe⁷⁵⁴ gelten dürfen wie im Kartellverfahren nach der VO 01/03. Dies würde schließlich dem Sinn und Zweck der informellen Absprache, nämlich die schnelle Beseitigung einer rechtlich unsicheren Situation für beide Parteien, zuwiderlaufen.

Wenn also die Kommission nicht den vollständigen Nachweis einer Zuwiderhandlung in Form einer Sachentscheidung erbringen muss, dann kann auf Seiten der Unternehmen – spiegelbildlich zu den Beweisanforderungen für die Kommission – auch nicht verlangt werden jedes entscheidungserhebliche Dokument einzusehen, zumal nur solche der Kommission vorliegen, die nach ihrer vorläufigen Beurteilung den Erlass einer Abstellungsentscheidung rechtfertigen.⁷⁵⁵

Zudem bleibt es dem Unternehmen unbenommen ihr Angebot auf Abschluss des Verwaltungsvertrages – in Form der Verpflichtungszusage – anzufechten.⁷⁵⁶ Wenn nämlich wesentliche Informationen anhand der Nicht-Übermittlung entscheidungserheblicher Dokumente dem Unternehmen bei Abschluss des Verwaltungsvertrages nicht vorlagen, so kann dies zu einem relevanten Anfechtungsgrund führen. Insoweit ein Unternehmen also ein Anfechtungsrecht besitzt, sind an die Anforderungen des Akteneinsichtsrechts diesbezüglich weniger strenge Maßstäbe zu stellen. Welche Dokumente nun entscheidungserheblich sind unterliegt der Entscheidung im Einzelfall und kann generell nicht bestimmt werden.

bbb. Zwischenergebnis

Auch im Rahmen der informellen Absprache findet der Grundsatz auf rechtliches Gehör Anwendung. Insbesondere das Recht auf Akteneinsicht durch die Unternehmen und die Übermittlung der Ermittlungsakte sind essentiell bei und vor dem Abschluss einer informellen Absprache. Als Konsequenz eines Verstoßes gegen das

⁷⁵³ a.A. für die Zusageentscheidung *Bauer* in: MünchKomm, Art. 9 VO 01/03, Rn. 46. Diese Auffassung kann auf die informelle Absprache als öffentlich-rechtlicher Vertrag allein aus formalen Gründen aber nicht übertragen werden, auch wenn die Kommission sicherlich am längeren Hebel sitzt.

⁷⁵⁴ *Bischke* in: MünchKomm, Art. 27 VO 01/03, Rn. 13ff.

⁷⁵⁵ So auch *Bauer* in: MünchKomm, Art. 9 VO 01/03, Rn. 10, wonach die Mitteilung von Bedenken weniger detailliert sein kann, als die förmlichen Beschwerdepunkte. Weniger detailliert umfasst dabei nicht nur die Darstellung des Sachverhalts, sondern vor allem ohne Beweis der angeführten Tatsachen. Die Beweisführung der Kommission wird jedoch hauptsächlich von Dokumenten getragen. Ein Weniger an Beweisen bedeutet also ein Weniger an Dokumenten. Demnach hat ein Unternehmen keinen Anspruch jedes entscheidungserhebliche Dokument einzusehen.

⁷⁵⁶ Insoweit hier die Auffassung vertreten wird, dass es sich bei der informellen Absprache um einen Verwaltungsvertrag als Unterform des öffentlich-rechtlichen Vertrages handelt, müssen konsequenterweise die im deutschen Verwaltungsrecht geregelten Anfechtungsregeln (§ 62 VwVfG i.V.m. §§ 119ff. BGB) für öffentlich-rechtliche Verträge auch auf Verwaltungsverträge des Gemeinschaftsrechts Anwendung finden.

Akteneinsichtsrecht wäre die informelle Absprache als nichtig anzusehen, weil auch eine Abstellungsentscheidung gleichen Inhalts als nichtig anzusehen wäre.

5. Der Grundsatz des „ne bis in idem“ nach einer informellen Absprache

Der Grundsatz des „ne bis in idem“ hat im Rahmen der informellen Absprache nur geringe Bedeutung, insbesondere nachdem feststeht, dass diese in Form eines Verwaltungsvertrages ergeht. Allein doppelte Sanktionen mit Strafcharakter sollen durch den Grundsatz des „ne bis in idem“ verhindert werden, wozu insbesondere Geldbußen gehören. Der EuGH hat aber bereits in einer früheren Entscheidung die Geltung dieses Grundsatzes auf Fälle abgelehnt in denen es um die erneute Festsetzung einer Geldbuße durch die Kommission geht, nachdem bereits die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates in derselben Sache eine Geldbuße verhängt hatte.⁷⁵⁷ In diesen Fällen wurde lediglich das Anrechnungsprinzip anerkannt, was zu einer Reduzierung der Geldbuße der Kommission führte.⁷⁵⁸

Die informelle Absprache beinhaltet aber gerade keine Geldbuße oder andere Sanktionen mit Strafcharakter, sondern schließt eine solche vielmehr aus.

Zudem ist zu beachten, dass im Rahmen einer informellen Absprache in Form eines Verwaltungsvertrages keine Sachentscheidung über das tatsächliche Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens vorliegt,⁷⁵⁹ der Grundsatz des „ne bis in idem“ aber nur dann Anwendung findet, wenn dem Rechtssubjekt eine erneute Sanktion mit Strafcharakter droht, die nur im Rahmen einer Sachentscheidung ausgesprochen werden kann. Ein Verwaltungsvertrag kann zwar auch Vertragsstrafen enthalten, jedoch beruhen diese im Falle der informellen Absprache nicht auf einer Sachentscheidung einer Behörde, sondern auf dem Vertragswillen der Parteien. Das mit einer Vertragsstrafe bedrohte Rechtssubjekt hat es daher selbst in der Hand, ob ihm eine solche Strafe auferlegt werden kann oder nicht. Insoweit ist für den Grundsatz „ne bis in idem“ vorliegend kein Raum.

6. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die informelle Absprache

Die informelle Absprache hat vor allem zwei potenzielle Berührungspunkte mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts. Zum einen im Ver-

⁷⁵⁷ EuGH, Slg. 1969, 1, Rn. 11, *Walt Wilhelm*. Begründet wurde dies mit den unterschiedlichen Schutzgegenständen des europäischen und nationalen Rechts.

⁷⁵⁸ *Eilmansberger*, EWS 2004, S. 49 (52).

⁷⁵⁹ *Bauer* in: MünchKomm, Art. 9 VO 01/03, Rn. 2.

hältnis der informellen Absprache zur Abstellungsentscheidung gem. Art. 7 VO 01/03 und zum anderen als inhaltlicher Prüfungsmaßstab der informellen Absprache selbst.

aa. Verhältnis zwischen Abstellungsentscheidung und informeller Absprache

Bereits oben wurde problematisiert, dass die informelle Absprache bei der Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gegenüber einer Abstellungsentscheidung der Kommission gem. Art. 7 VO 01/03 als das mildere Mittel angesehen werden könnte.⁷⁶⁰

Fraglich ist daher, ob im Rahmen der Erforderlichkeit die Auswahl des mildesten Mittels nur Maßnahmen umfasst, die innerhalb einer Abstellungsentscheidung erlassen werden können, oder ob auch außerhalb eines Beschlusses liegende Regelungstypen – wie die informelle Absprache – berücksichtigt werden müssen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist grundsätzlich nicht auf den Regelungsinhalt eines Rechtsaktes beschränkt, wohl aber auf den Rechtsakttyp.⁷⁶¹ Denn neben der inhaltlichen Regelungsintensität bezieht sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch auf die Form des Rechtsaktes, woraus sich eine Mittelhierarchie ergibt.⁷⁶²

Demnach umfasst die Prüfung der Erforderlichkeit – also die Wahl des mildesten Mittels – nicht nur alle Maßnahmen, die im Rahmen einer Entscheidung z.B. gem. Art. 7 VO 01/03 ergehen können, sondern auch Maßnahmen in Form anderer Rechtsakttypen. In unserem Fall wäre die Kommission daher gehalten aus den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln das Mildeste auszuwählen.

Die informelle Absprache in Form eines Verwaltungsvertrages steht der Kommission in diesem Zusammenhang nicht „zur Verfügung“, da sie nicht ausdrücklich in der VO 01/03 geregelt ist. Aus diesem Grunde ist die informelle Absprache also erst gar nicht in die Erforderlichkeitsprüfung mit aufzunehmen.

Darüber hinaus ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf die informelle Absprache als „milderes Mittel“ auch deshalb nicht anzuwenden, weil nur solche „Mittel“ in die „Mittelhierarchie“ aufgenommen werden, die sich innerhalb der Unionsstrukturen befinden.⁷⁶³ Ausgeschlossen ist daher die Flucht in informelle Zusammenarbeit außer-

⁷⁶⁰ Siehe oben, Abschnitt 3, B.III.g., S. 205.

⁷⁶¹ Vedder in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Art. I-11, Rn. 23.

⁷⁶² z.B. Rahmengesetz vor Gesetz, Anerkennung nationaler Maßnahmen vor Harmonisierung durch die Union. Die Flucht in intergouvernementale Zusammenarbeit außerhalb der Unionsstrukturen ist ausgeschlossen. Parallel dazu ist auch die Flucht in informelle Absprachen an Stelle formeller Rechtsakte nicht vom Verhältnismäßigkeitsprinzip umfasst. Dadurch ändert sich aber nichts an der grundsätzlichen Zulässigkeit informellen Verwaltungshandelns durch die Kommission.

⁷⁶³ Vgl. Vedder in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Art. I-11, Rn. 26, für die intergouvernementale Zusammenarbeit.

halb der Unionsstrukturen.⁷⁶⁴ Was für die Unionsorgane im Rahmen der Gesetzgebung gilt, muss aber auch für die Verwaltung gelten, konkret für das EU-Kartellverfahren.

Nachdem nun die informelle Absprache als Verwaltungsvertrag qualifiziert wurde, der nicht ausdrücklich in der VO 01/03 geregelt ist, kann sie nicht in die „Mittelhierarchie“ mit aufgenommen werden. Im Vergleich zu einer Abstellungsentscheidung kann daher eine informelle Absprache nicht als milderes Mittel angesehen werden.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass in Bezug auf die Vollstreckbarkeit der Abstellungsentscheidung der Verwaltungsvertrag regelmäßig ein milderes Mittel darstellt, weshalb die Kommission insoweit gezwungen wäre in jedem Fall auf eine Abstellungsentscheidung zu verzichten, weil die informelle Absprache als milderes Mittel immer zur Verhältnismäßigkeitswidrigkeit der Abstellungsentscheidung führen würde. Ein rechtmäßiges Verwaltungshandeln durch eine Abstellungsentscheidung wäre der Kommission somit konsequenterweise unmöglich, da die informelle Absprache immer das mildere Mittel darstellen würde. Die Kommission wäre gezwungen ihr Verwaltungshandeln insgesamt auf informelles Verwaltungshandeln umzustellen, was mit dem Sinn und Zweck des Kartellverfahrens unvereinbar wäre.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist im Verhältnis einer Abstellungsentscheidung zur informellen Absprache daher nicht anwendbar.

bb. Die Verhältnismäßigkeit der informellen Absprache selbst

Fraglich ist, ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip wenigstens auf den Inhalt der informellen Absprache Einfluss nehmen kann. Durch die Übermittlung der Beschwerdepunkte wird dem Unternehmen detailliert mitgeteilt welches konkrete Verhalten die Kommission als wettbewerbswidrig einstuft und welche konkreten Maßnahmen vom Unternehmen zu ergreifen oder zu unterlassen sind, um wieder wettbewerbsmäßige Zustände in der Gemeinschaft herzustellen. Die Beschwerdepunkte nehmen beim Abschluss einer informellen Absprache daher eine zentrale Rolle ein, da sie, wenn auch nicht völlig unverändert, meist den Hauptbestandteil der informellen Absprache bilden. Die Unternehmen werden zwar versuchen die Ihnen auferlegten Maßnahmen abzuschwächen, jedoch kann die Kommission jederzeit an Stelle der informellen Absprache eine Abstellungsentscheidung gleichen Inhalts erlassen,

⁷⁶⁴ Das bedeutet nur, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz insoweit unanwendbar ist, nicht aber, dass außerhalb der Unionsstrukturen liegende Maßnahmen generell unzulässig wäre. Missverständlich daher: *Vedder* in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. I-11, Rn. 26.

wodurch die Unternehmen wiederum stärker mit Einzelmaßnahmen belastet würden.⁷⁶⁵

Die in einer Abstellungsentscheidung gem. Art. 7 VO 01/03 festgelegten Maßnahmen unterliegen unbestritten dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁷⁶⁶ Demnach müssen die Maßnahmen struktureller oder verhaltensorientierter Art geeignet, erforderlich und angemessen sein. Nichts anderes kann aber dann für Maßnahmen gelten die innerhalb einer informellen Absprache in Form eines Verwaltungsvertrages dem Unternehmen auferlegt werden, wenn dieselben Maßnahmen im Rahmen einer Abstellungsentscheidung der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen.⁷⁶⁷ Dagegen spricht auch nicht die Rechtsnatur der informellen Absprache als Verwaltungsvertrag. Zwar hat das betroffene Unternehmen die Beschlussfreiheit keinen Vertrag mit der Kommission abzuschließen, denn die Privatautonomie muss folgerichtig auch für juristische Personen bei öffentlich-rechtlichen Verträgen gelten, jedoch besteht im EU-Kartellverfahren – wie in den meisten Verwaltungsverfahren – die Besonderheit, dass die Kommission jederzeit eine Abstellungsentscheidung gleichen Inhalts erlassen könnte.

Wenn die Verwaltung im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge solche Maßnahmen den Unternehmen auferlegen kann, die sie auch durch einen behördlichen Beschluss erlassen könnte, dann bedeutet dies im Umkehrschluss, dass die Maßnahmen aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht weiter gehen dürfen als aus einer korrespondierenden Behördenentscheidung. Wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nämlich für die informelle Absprache nicht gelten würde, dann könnten dort weiterreichendere Maßnahmen den Unternehmen auferlegt werden, denn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat allein die Folge, die Maßnahmen der Kommission inhaltlich auf ein vertragliches Maß zu begrenzen.⁷⁶⁸ Demzufolge unterliegen die in der jeweiligen Rechtsform dem Unternehmen auferlegten Maßnahmen jeweils dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

⁷⁶⁵ Die Kommission würde in dem Fall in dem sie Verpflichtungszusagen ablehnt und eine Abstellungsentscheidung erlässt sich wieder der Beweislast ausgesetzt sehen, was im Einzelfall zu prüfen wäre, da gerade die Nachweisbarkeit von heimlich praktizierten Kartellen äußerst schwierig ist. Für die informelle Absprache gilt daher ein Weniger an Maßnahmen aber ein Mehr an Rechtssicherheit. Für die Abstellungsentscheidung wäre zwar ein Mehr an Maßnahmen möglich, jedoch aus einer mitunter rechtlich weniger gesicherten Position aus Sicht der Kommission.

⁷⁶⁶ *Le More*, EuZW 2007, S. 722, (724).

⁷⁶⁷ Vgl. für die Verpflichtungszusage gem. Art. 9 VO 01/03, *Le More*, EuZW 2007, S. 722, (725).

⁷⁶⁸ Daher auch der alternative Begriff des Übermaßverbots.

cc. Ergebnis

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts ist im Verhältnis zwischen der Abstellungsentscheidung und der informellen Absprache nicht anwendbar. Die informelle Absprache stellt daher kein milderes Mittel der Anwendung der Abstellungsentscheidung dar, mit der Folge, dass diese regelmäßig rechtswidrig wäre.

Uneingeschränkte Anwendung – mit der vom EuGH entwickelten Prüfungsfolge⁷⁶⁹ – findet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch in Bezug auf den Inhalt der informellen Absprache, insbesondere bei der Festlegung der den Unternehmen auferlegten Maßnahmen struktureller oder verhaltensorientierter Art.

Zur konkreten Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen struktureller oder verhaltensorientierter Art sei auf die einschlägigen Kommentare verwiesen.⁷⁷⁰

7. Gleichheitsgrundsatz / Diskriminierungsverbot

Schließlich sind informelle Absprachen am Gleichheitsgrundsatz zu messen. Die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bzw. die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem ist verboten, es sei denn eine objektiv ausreichende Rechtfertigung läge dafür vor.⁷⁷¹ Zunächst ist daher immer zu fragen, ob überhaupt vergleichbare Sachverhalte vorliegen. Im Bereich der informellen Absprache in EU-Kartellverfahren sind dabei grundsätzlich zwei Sachverhaltsvarianten denkbar. Zunächst können zwei unabhängig voneinander und parallel geführte Kartellverfahren gegen jeweils verschiedene Unternehmen miteinander vergleichbar sein. Andererseits können auch innerhalb eines Kartellverfahrens gegenüber mehreren Unternehmen vergleichbare Sachverhalte entstehen.

aa. Vergleich zweier Kartellverfahren mit gleichem Sachverhalt

Zunächst wird der Fall zweier Kartellverfahren, die unabhängig voneinander geführt werden, zu betrachten sein. Dabei wird vorausgesetzt, dass den jeweiligen Unternehmen vergleichbare materielle Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht vorgeworfen werden.⁷⁷² Die Untersuchung der Vergleichbarkeit beider Sachverhalte be-

⁷⁶⁹ Die Begriffe „erforderlich“, „geeignet“ und „notwendig“ sind in der Rechtsprechung des EuGH oftmals nur eine Kennzeichnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips unter wechselnder Wortwahl, ohne dass damit eine vollständige Übereinstimmung mit der deutschen Terminologie und Dogmatik verbunden wäre. vgl. dazu *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 690.

⁷⁷⁰ Vgl. insbesondere *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EGV, Rn. 50ff. m.w.N.

⁷⁷¹ *Pernice/Mayer* in: *Grabitz/Hilf*, nach Art. 6 EUV, Rn. 163.

⁷⁷² Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte beschränkt sich ausschließlich auf das Verfahrensrecht.

schränkt sich hier nur auf die verfahrensrechtliche Stellung der betroffenen Unternehmen.

In dem ersten Kartellverfahren ergeht gegen das Unternehmen eine Abstellungsentscheidung gem. Art. 7 VO 01/03. In dem zweiten Verfahren konnte das andere Unternehmen eine informelle Absprache mit der Kommission abschließen, woraufhin das Kartellverfahren eingestellt wurde.

Das erste Unternehmen könnte nun ebenfalls den Anspruch erheben mit der Kommission eine informelle Absprache abzuschließen, um einer belastenden Abstellungsentscheidung zu entgehen bzw. eine bereits erlassene zurückzunehmen. Voraussetzung dafür wäre zunächst, dass beide Sachverhalte vergleichbar wären. Gegen eine Vergleichbarkeit kann dabei nicht eingewandt werden, dass nur die Abstellungsentscheidung eine Grundlage⁷⁷³ für eine eventuelle Geldbuße gegen das Unternehmen darstellt, die Kommission sich durch die informelle Absprache hingegen verpflichtet eine Geldbuße nicht zu erlassen. Dies ist nämlich nur die Rechtsfolge beider Maßnahmen, nicht aber deren Inhalt.

Jedoch besteht ein Unterschied in Bezug auf die Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens. Während eine Abstellungsentscheidung immer auch die verbindliche Feststellung eines materiellen Verstoßes gegen Art. 101 oder 102 AEUV enthält⁷⁷⁴, beinhaltet die informelle Absprache keine solche Feststellung, sondern nur den Verdacht auf eine Zuwiderhandlung. Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zwischen der Abstellungsentscheidung⁷⁷³ und der informellen Absprache dar, weil die Feststellung einer Zuwiderhandlung weit reichende Konsequenzen für die Parteien hat. Die Kommission kann im Falle einer Abstellungsentscheidung eine Geldbuße erlassen, was gegenüber dem betroffenen Unternehmen ein starkes Schwert darstellt. Im Rahmen einer informellen Absprache hingegen verpflichtet sich die Kommission keine Geldbuße zu erlassen, wodurch sie auf ein bedeutsames Sanktionsmittel verzichtet.

Aufgrund der Tatsache, dass die informelle Absprache keine verbindliche Feststellung einer Zuwiderhandlung beinhaltet, bleiben meist auch die den Unternehmen auferlegten Maßnahmen hinter denen zurück, die die Kommission hypothetisch im

Entscheidend sind daher nicht unterschiedliche materielle Verhaltensweisen der Unternehmen, sondern nur deren verfahrensrechtliche Stellung.

⁷⁷³ Die Abstellungsentscheidung enthält die Feststellung, dass das Unternehmen gegen Art. 81 oder 82 EGV verstoßen hat. Ein solcher Verstoß bildet gem. Art. 23 Abs. 2 Ziff. a) VO 01/03 die Grundlage für eine Geldbussenentscheidung. vgl. *Bauer* in: MünchKomm, Art. 7 VO 01/03, Rn. 30.

⁷⁷⁴ *Bauer* in: MünchKomm, Art. 7 VO 01/03, Rn. 30.

Rahmen einer Abstellungsentscheidung ihnen auferlegen könnte. Die insoweit nicht eindeutig sichere Tatbestandsfeststellung wirkt sich damit auch auf den Umfang der Maßnahmen struktureller oder verhaltensorientierter Art aus. Ein Unternehmen als Adressat einer Abstellungsentscheidung muss daher neben einer Geldbuße auch mit schärferen inhaltlichen Maßnahmen zur Abstellung ihres wettbewerbswidrigen Verhaltens rechnen.

Demnach stellen in zwei unabhängig voneinander geführten Kartellverfahren die Abstellungsentscheidung und die informelle Absprache keine vergleichbaren Sachverhalte dar, weshalb der Gleichheitsgrundsatz insoweit auch nicht anwendbar ist.

bb. Vergleich eines Kartellverfahrens gegen mehrere Unternehmen

Der zweite Fall betrifft den Sachverhalt in dem die Kommission innerhalb eines Kartellverfahrens gegenüber mehreren Unternehmen zu unterschiedlichen Verfahrensabschlüssen kommt. Beispielhaft sei hier die Einstellung des Verfahrens aufgrund einer informellen Absprache gegenüber einem Unternehmen und eine Abstellungsentscheidung in demselben Verfahren gegenüber den anderen Unternehmen zu nennen. Auch hier wird wieder unterstellt, dass materiell den Unternehmen dasselbe wettbewerbswidrige Verhalten vorgeworfen wird.⁷⁷⁵

Hierbei ist zunächst zu untersuchen, ob die Verfahrensbeendigung gegenüber einem Unternehmen mittels Abstellungsentscheidung und gegenüber einem anderen Unternehmen, welches an der wettbewerbswidrigen Absprache beteiligt war, mittels informeller Absprache, zwei vergleichbare Sachverhalte darstellen. Wie bereits oben geschehen, könnte die fehlende Feststellungswirkung der informellen Absprache einer Vergleichbarkeit beider Sachverhalte entgegenstehen. Es erscheint auf den ersten Blick praxisfern, wenn die Kommission einen identischen Sachverhalt einerseits als wettbewerbswidrig einstuft, gegenüber einem anderen Unternehmen es jedoch bei einem bloßen Verdacht bewenden lässt. Theoretisch wäre eine solche Sachverhaltskonstellation aber denkbar, denn die fehlende Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens im Rahmen der informellen Absprache schließt eine tatsächliche Zuwiderhandlung nicht aus. Vielmehr geht die Kommission aufgrund ihres Verdachtes von einer tatsächlichen Zuwiderhandlung aus. Allein es fehlen ihr mitunter die notwendigen Beweismittel, um ihren Verdacht im Falle einer gerichtlichen Überprüfung auch bestätigen zu können.

⁷⁷⁵ Innerhalb eines Kartells ist die sachliche Nähe des wettbewerbswidrigen Verhaltens der Unternehmen oftmals näher als in unabhängig voneinander geführten Kartellverfahren.

In diesem Fall handelt es sich daher um nicht vergleichbare Sachverhalte, denn die informelle Absprache enthält – entgegen der Abstellungsentscheidung – keine Feststellungswirkung in Bezug auf das wettbewerbswidrige Verhalten der betroffenen Unternehmen.

cc. Vergleich zwischen einer Geldbusenentscheidung und einer informellen Absprache innerhalb eines Kartellverfahrens

Eine erhebliche Ungleichbehandlung könnte man in dem Fall annehmen, wenn einem Unternehmen eine Geldbuße auferlegt wird, ein anderes Unternehmen in demselben Kartellverfahren aufgrund einer informellen Absprache einer solchen Geldbuße jedoch entgeht.

Wie oben scheidet jedoch auch hier die Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes aus, da es aufgrund der fehlenden Feststellungswirkung der informellen Absprache an zwei vergleichbaren Sachverhalten fehlt.

Selbst wenn aber beide Sachverhalte vergleichbar wären, so wäre ihre Ungleichbehandlung gleichwohl objektiv gerechtfertigt. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass die Verhängung einer Geldbuße gem. Art. 23 VO 01/03 dem Ermessen der Kommission unterliegt. Zur Nachvollziehbarkeit und Transparenz ihrer Geldbusenentscheidungen hat die Kommission nämlich Leitlinien veröffentlicht, die die Grundlage für die Höhe der Geldbuße bilden.⁷⁷⁶ Die Kommission beschränkt damit aber nicht das ihr zustehende Ermessen, sondern legt nur den Ablauf der Ermessensausübung offen. Diese Leitlinien beinhalten einen Katalog objektiver Kriterien, die einerseits eine Geldbuße erhöhen, aber auch vermindern können.⁷⁷⁷ Danach wird zunächst ein Grundbetrag berechnet, der sich nach dem Wert der verkauften Waren oder Dienstleistungen im räumlich relevanten Markt richtet, in der Regel der Umsatz im abgelaufenen Geschäftsjahr.⁷⁷⁸ Dieser Wert (bis zu 30% des Umsatzes) wird mit der Anzahl der Jahre der Zuwiderhandlung multipliziert. Der so ermittelte Grundbetrag wird so dann nach unten oder nach oben korrigiert. Erschwerende Umstände sind vor allem die Fortsetzung oder Wiederholung einer Zuwiderhandlung, Verweigerung der Zusammenarbeit oder die Rolle als Anführer oder Anstifter eines Verstoßes.⁷⁷⁹ Als mildernde Umstände werden insbesondere die unverzügliche Einstellung des wettbewerbswidrigen Verhaltens, die aktive Kooperation mit den Behörden bei der Aufklä-

⁷⁷⁶ Ziffer 3 der Leitlinien 2006, Abl. C 210/02.

⁷⁷⁷ Ziffer 13, 15, 19, 22, 28, 29 der Leitlinien 2006, Abl. C 210 vom 01.09.2006, S. 2-5.

⁷⁷⁸ Ziffer 13 der Leitlinien 2006, Abl. C 210/02.

⁷⁷⁹ Ziffer 28 der Leitlinien 2006, Abl. C 210/02.

nung, der Nachweis der nur geringfügigen Beteiligung am Kartell und die Ermutigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens durch die Behörden angesehen.⁷⁸⁰ Das Ermessen der Kommission in Bezug auf die Höhe einer Geldbuße richtet sich daher nach einer Vielzahl objektiver Kriterien. Das so ausgeübte Ermessen ist daher keinesfalls willkürlich oder rein subjektiver Natur, sondern ausschließlich objektiver Natur.

Wenn also innerhalb eines Kartellverfahrens gegen einzelne Unternehmen Geldbußen in verschiedener Höhe verhängt werden, so ist diese Ungleichbehandlung regelmäßig objektiv gerechtfertigt und nicht willkürlich. In dem oben gebildeten Fall, wo innerhalb eines Kartellverfahrens gegen ein Unternehmen eine Geldbuße verhängt wird, ein anderes Unternehmen durch eine informelle Absprache aber davon verschont bleibt, findet der Gleichheitsgrundsatz keine Anwendung, da beide Sachverhalte nicht vergleichbar sind. Selbst wenn sie vergleichbar wären, so läge dafür aufgrund des „objektivierten“ Ermessens der Kommission eine objektive Rechtfertigung vor.

8. Untersuchungsgrundsatz

Durch den Abschluss einer informellen Absprache anstelle einer Abstellungsentscheidung könnte die Kommission gegen den Untersuchungsgrundsatz verstoßen. Danach ist die Kommission nämlich verpflichtet, die für den Nachweis einer Zuwiderhandlung notwendigen Maßnahmen zu ergreifen.⁷⁸¹ Die dafür zur Verfügung stehenden Ermittlungsbefugnisse der Kommission sind vielfältig in der VO 01/03 geregelt. Wenn sich die Kommission also entschließt mit einem Unternehmen, welches im Verdacht steht sich wettbewerbswidrig Verhalten zu haben, eine informelle Absprache abzuschließen, dann könnte sie dadurch ihre Pflicht zum Nachweis einer solchen Zuwiderhandlung dadurch verletzen, dass sie eventuelle weitere Ermittlungen unterlässt oder mögliche Beweismittel nicht vollständig ausschöpft.

Wie bereits untersucht, handelt es sich bei der informellen Absprache von der Rechtsnatur her um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Das betroffene Unternehmen ist daher im Rahmen der Privatautonomie frei einen solchen Vertrag abzuschließen oder nicht. Wenn ein Unternehmen der Kommission aber ein Angebot zum Abschluss einer informellen Absprache durch Übermittlung geeigneter Verpflichtungszusagen macht, dann verzichtet es zugleich auf den vollständigen Nachweis der ihm vorgeworfenen Zuwiderhandlung. Das Unternehmen erkennt zwar im Rah-

⁷⁸⁰ Ziffer 29 der Leitlinien 2006, Abl. C 210/02.

⁷⁸¹ Vgl. *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 5, Rn. 2.

men der informellen Absprache den ihm zur Last gelegten Sachverhalt nicht an, jedoch bestätigt es zumindest den von der Kommission geäußerten Verdacht einer Zuwiderhandlung. Insoweit ist daher von einem Verzicht in Bezug auf den vollständigen – gerichtsfesten – Nachweis einer solchen Zuwiderhandlung seitens des Unternehmens auszugehen.

Ein Verzicht auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz setzt freilich voraus, dass dieser auch disponibel ist. Insoweit allgemeine Rechtsgrundsätze auch Grundrechte der Europäischen Union sind könnte auf die diesbezüglichen Regelungen der Grundrechtecharta verwiesen werden. Eine Einschränkung von Grundrechten kommt gem. Art. 52 Abs. 1 EGRC aber nur durch Gesetz in Betracht und nur dann, wenn der Wesensgehalt des Grundrechts erhalten bleibt. Von einem Verzicht des Grundrechtsträgers ist hier keine Rede.

Im deutschen Recht wurde früher ein Grundrechtsverzicht für generell unzulässig erklärt, da es sich bei den Grundrechten um objektive Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung handele die nicht zur Disposition des Einzelnen stehen.⁷⁸²

Eine Gegenmeinung aus der Literatur hält dagegen einen Grundrechtsverzicht für generell zulässig, da auch der Verzicht selbst den Gebrauch des Grundrechtes darstellt.⁷⁸³

Die aktuelle Rechtsprechung ist von der generellen Unzulässigkeit des Grundrechtsverzichts jedoch abgerückt und hält unter folgenden Voraussetzungen einen Grundrechtsverzicht für zulässig.⁷⁸⁴ Danach ist ein Verzicht auf das Grundrecht der Menschenwürde generell ausgeschlossen, da diese nicht disponibel sei. Auch bei eindeutig entgegenstehendem Wortlaut des Grundrechts sei ein Verzicht unzulässig. Zuletzt könne auf Grundrechte an deren Ausübung ein öffentliches Interesse bestehe nicht verzichtet werden.⁷⁸⁵

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien wäre ein Verzicht auf die weitere Ausübung des Untersuchungsgrundsatzes nur dann unzulässig, wenn man ein öffentliches Interesse an eben dieser Ausübung erkennen wollte. Ein öffentliches Interesse liegt im Bereich des Kartellverfahrensrechts insbesondere in der Ermittlung und Sanktionierung von Kartellverstößen. Insoweit ein Unternehmen von sich aus ein wettbewerbswidriges Verhalten eingesteht und sich verpflichtet dieses abzustellen, ist dem öffent-

⁷⁸² BVerfG NJW 1962, 1534, 1546.

⁷⁸³ Geiger NVwZ 1989, 35, 37.

⁷⁸⁴ BVerwGE 64, 274, 279.

⁷⁸⁵ Vgl. dazu, Pietzcker, Der Staat, 1978, 527 (540).

lichen Interesse diesbezüglich abgeholfen. Die weitere, über das konkrete Eingeständnis des Unternehmens hinausgehende, Untersuchung des Wettbewerbsverstoßes durch die Kommission liegt daher nicht mehr im öffentlichen Interesse.

Ein Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz durch das Unterlassen weiterer Ermittlungen nach dem Abschluss einer informellen Absprache liegt durch die Kommission daher nicht vor.

V. Ergebnis

Die informelle Absprache zwischen der Kommission und Unternehmen zur Beendigung eines Kartellverfahrens verstößt nicht gegen die oben genannten allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts. Dies gilt selbstverständlich nur für die informelle Absprache als Institution, die in ständiger Kommissionspraxis sowohl unter der Geltung der VO 17/62, als auch unter der VO 01/03 angewandt wird. Ob eine informelle Absprache im konkreten Einzelfall im Widerspruch zu den genannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen steht kann hier nicht beurteilt werden.

Teil 4 Zusammenfassung

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind fester Bestandteil des Primärrechts der Europäischen Union auch wenn sie nicht, wie jüngst die Grundrechtecharta, als formelles Recht kodifiziert und damit als „Katalog“ für jeden sichtbar gemacht wurden. Allgemeine Rechtsgrundsätze wurden schon früh vom EuGH durch Rechtsvergleichung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten entwickelt, insbesondere zur Schließung von Lücken im Gemeinschaftsrecht. Fällt schon das Auffinden eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes schwer, so ist es umso mühsamer anhand der Rechtsprechung des EuGH dessen Reichweite und Umfang zu bestimmen. Die Mühe lohnt sich jedoch, denn nicht selten können diese vor dem EuGH in einem streitigen Verfahren den Ausschlag geben. Dies gilt insbesondere für die gerichtliche Überprüfung von Kartellverfahren gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV i.V.m. der VO 01/03, denn im Rahmen der Untersuchungsverfahren die von der Kommission durchgeführt werden und der Beweisermittlung dienen, kann bereits der falsche Umgang mit nur einem Dokument wegen Verstoßes gegen den Grundsatz auf die Gewährung rechtlichen Gehörs zur Rechtswidrigkeit der Kartellrechtsentscheidung führen. Bei den nicht selten mehrere Büroräume oder DVDs füllenden Verfahrensakten kann dies fatale Folgen haben. Auch dies ein Grund warum die informelle Absprache zwischen der Kommission und den betroffenen Unternehmen zur Beendigung eines Kartellverfahrens so beliebt ist, denn nicht selten kommt es vor, dass ein kartellrechtswidriges Verhalten zwar vorliegt aber nicht bewiesen werden kann.

Das Kartellverfahrensrecht der Europäischen Union ist wesentlich geprägt von allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Insbesondere die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen wurden durch den Grundsatz auf Durchführung eines fairen Verfahrens und dem darin enthaltenen Anspruch auf rechtliches Gehör überhaupt erst geschaffen und etabliert. Daneben sind die Ermittlungsbefugnisse der Kommission der Prüfung durch allgemeine Rechtsgrundsätze unterworfen. Die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze wurde durch den EuGH vor allem im Rahmen der früher geltenden VO 17/62 vorgenommen. Zahlreiche Entscheidungen der Kommission litten unter der nur unzureichenden Berücksichtigung von Verteidigungsrechten durch die VO 17/62, weshalb der EuGH sich gezwungen sah diese, wie sie in beinahe allen Verwaltungsverfahren der Mitgliedstaaten bereits vorhanden waren, auch für das

Europäische Kartellverfahren zur Anwendung zu bringen. Die Kehrseite der Stärkung der Verteidigungsrechte der Unternehmen im Kartellverfahren war der enorme Aufwand, der von der Kommission betrieben werden musste, um bereits bei der Durchführung ihrer Ermittlungen keine Anhaltspunkte für die Rechtswidrigkeit einer Verbots- bzw. Bußgeldentscheidung zu liefern. Die Durchführung eines Kartellverfahrens wurde sowohl für die Kommission, als auch für die betroffenen Unternehmen daher zu einer endlosen Achterbahnfahrt mit ungewissem Ausgang. Es war daher nur folgerichtig von der Kommission mit den betroffenen Unternehmen informelle Absprachen zu treffen, um diese „Achterbahnfahrt“ vorzeitig zu beenden.

Diese informellen Absprachen wurden von der Kommission als ein Handlungsinstrument eingeführt, um ein Kartellverfahren ohne förmlichen Beschluss im Wege des Konsenses mit dem betroffenen Unternehmen zu beenden. Wesentlicher Inhalt einer informellen Absprache ist, dass das Unternehmen sich verpflichtet die von der Kommission zur Last gelegten wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen abzustellen bzw. Maßnahmen zu ergreifen, damit wieder wettbewerbsgemäße Zustände hergestellt werden. Die Kommission hingegen verpflichtet sich das Kartellverfahren zu beenden ohne eine Abstellungsentscheidung und vor allem ohne eine Bußgeldenentscheidung zu erlassen. Die Kommission hat dabei ein scharfes Schwert welches sie in die Verhandlungen über eine informelle Absprache einbringen kann, nämlich die Möglichkeit gegen das betroffene Unternehmen eine Geldbuße in Höhe von 10% des Jahresumsatzes mitunter in Milliardenhöhe zu verhängen. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn ein materieller Kartellverstoß gem. Art. 101 AEUV auch gerichtlicher Überprüfung standhält. Gerade im Hinblick auf die umfangreichen Verteidigungsrechte der Unternehmen und auch die Schwierigkeit für die Kommission ein kartellrechtswidriges Verhalten aufzuspüren und zu beweisen, kann es für beide Parteien geboten sein ein Kartellverfahren informell zu beenden. Dadurch werden schnell Fakten geschaffen, die rechtlichen Probleme fangen dann aber erst an, denn bislang war die rechtliche Einordnung der informellen Absprache ungeklärt.

Im Rahmen dieser Untersuchung wurde die Rechtsnatur der informellen Absprache als Verwaltungsvertrag als Unterform des öffentlich-rechtlichen Vertrages bestimmt. Die Abgabe von Verpflichtungszusagen eines Unternehmens gegenüber

der Kommission ist dabei als Angebot auf den Abschluss eines solchen Verwaltungsvertrages anzusehen. Die Annahme erfolgt durch die Kommission, indem sie die Verpflichtungszusagen akzeptiert. Demnach stellt die informelle Absprache eben keinen Rechtsakt der Kommission dar der vor den europäischen Gerichten überprüft werden kann. Eine Verkürzung des Rechtsschutzes für Unternehmen kann hierin aber nicht gesehen werden, da die betroffenen Unternehmen in ihrer Entscheidung einen solchen Verwaltungsvertrag abzuschließen letztlich frei sind.⁷⁸⁶

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die informelle Absprache gewohnheitsrechtlich zulässig ist. Diesem Ergebnis steht auch nicht entgegen, dass die informelle Absprache nicht ausdrücklich in der Kartellverfahrensverordnung geregelt ist. Zuletzt kann auch die neu eingeführte Verpflichtungszusage gem. Art. 9 VO 01/03 an der Zulässigkeit der informellen Absprache nichts ändern, weil diese, trotz der erheblichen Parallelen in Bezug auf den Regelungsgehalt und die Interessenlage der Parteien, nur eine alternative Handlungsmodalität der Kommission darstellt. Der Gesetzgeber mag zwar beabsichtigt haben durch Einführung der Verpflichtungszusage der informellen Absprache die Grundlage zu entziehen, jedoch ohne Erfolg, denn die informelle Absprache ist und bleibt für die Kommission ein Mittel das Kartellverfahren im Wege des Konsenses mit den betroffenen Unternehmen zu beenden.

Zuletzt wurde in der Untersuchung gezeigt, dass die informelle Absprache nicht gegen die oben untersuchten allgemeinen Rechtsgrundsätze verstößt. Dies ist insbesondere deshalb bedeutsam, weil dadurch – zumindest abstrakt – geklärt ist, dass die in den vergangenen vierzig Jahren getroffenen informellen Absprachen zulässig und wirksam waren. Ein Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze hätte mitunter zur Folge gehabt, dass sowohl auf Seiten der Kommission, als auch auf Seiten der Unternehmen erhebliche Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit von informellen Absprachen entstehen würde. Es soll jedoch nicht unerwähnt bleiben, dass die informelle Absprache durch Einführung der Verpflichtungszusage eine starke Konkurrenz bekommen hat. In diesem Fall gilt, wie im gesamten Wettbewerbsrecht: „Möge der Bessere gewinnen“.

⁷⁸⁶ Was für den Menschen gilt, muss insoweit auch für Unternehmen gelten, die von Menschen geführt werden; BGHSt 2, 194, 200.



Literaturverzeichnis

- Anweiler, Jochen* Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Diss., Univ., Göttingen, 1997.
- Basedow, Jürgen* Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, Tübingen, 1992; zitiert: Basedow, Wirtschaftsverfassung.
- ders.* Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: Festschrift für Ulrich Everling, Hrsg: Due, Lutter, Schwarze, Band 1, Baden-Baden 1995, 49-68; zitiert: Basedow in: FS Everling.
- Baudisch, Ilja* Die Sanktionierung von grenzüberschreitenden Kartellsachverhalten – Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zum Grundsatz „ne bis in idem“ im europäischen und internationalen Wettbewerbsverfahren, European Law Reporter (ELR) 2007, 216-222.
- Bechtold, Rainer* Kleine und mittlere Unternehmen im europäischen Kartellrecht, EWS 2007, 433-438.
- ders.* EG-Kartellrecht, Kommentar, München 2005; zitiert: Bechtold, EG-Kartellrecht.

- ders. Grundlegende Umgestaltung des Kartellrechts: Zum Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle, DB 2004, 235-241.
- Bechtold, Rainer*
Bosch, Wolfgang
Brinker, Ingo
Hirsbrunner, Simon EG-Kartellrecht, Kommentar, München 2005; zitiert: Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner.
- Behrens, Peter* Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft, in: Brüggemeier, Verfassung für ein ziviles Europa, Baden-Baden 1994, Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (ZERP), Band 20, (1994), 73-90.
- Benjamin, Vincents Okechukwu* The application of EC Competition Law and the European Convention on Human Rights, ECLR 2006, 693-699.
- Beutler, Bengt*
Bieber, Roland
Pipkorn, Jörn
Streil, Jochen Die Europäische Union, 5. Auflage, Baden-Baden 2001; zitiert: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil.
- Bieber, Roland*
Epiney, Astrid
Haag, Marcel Die Europäische Union, 7. Auflage, Baden-Baden 2006; zitiert: Bieber/Epiney/Haag.
- Biermann, Jörg* Neubestimmung des deutschen und europäischen Kartellsanktionenrechts: Reformüberlegungen, Determinanten und Perspektiven einer Kriminalisierung von



- Verstößen gegen das Kartellrecht, *ZweR* 2007, 1-48.
- Bleckmann, Albert* Die öffentlichrechtlichen Verträge der EWG, *NJW* 1978, 464-467.
- ders.* Der Verwaltungsvertrag als Handlungsmittel der Europäischen Gemeinschaften, *DVBl.* 1981, 889-898.
- ders.* Europarecht, Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Auflage, Köln 1997; zitiert: *Bleckmann, Europarecht.*
- Bornkamm, Joachim* Anwendung der Art 85, 86 EWG-Vertrag im Zivilprozess, in: *Henssler/Kolbeck/Moritz/Rehm, Europäische Integration und globaler Wettbewerb, Heidelberg 1993, 555-562.*
- Böse, Martin* Der Grundsatz des *ne bis in idem* im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft und Art. 54 SDÜ, *EWS* 2007, 202-210.
- Bruhin, Roland* Die Zwischenstaatlichkeitsklausel des europäischen Wettbewerbsrechts in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, *Diss., Univ., Freiburg/Schweiz 1993.*
- Buckenleib, Iris* Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 – Probleme, erste Erfahrungen und Einordnung des europäischen Kartellverfahrensrechts in das Gesamtsystem des Europarechts,

- insbesondere des gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts, Diss., Univ., Augsburg 2006.
- Bühler, Margit* Die Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, Diss., Univ., Tübingen 2003/04.
- Burnley, Richard* Interstate Trade Revisited – The Jurisdictional Criterion for Articles 81 and 82 E.C., ECLR 2002, 217-226.
- Calliess, Christian*
Ruffert, Matthias EUV / EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 3. Auflage, München 2007; zitiert: Bearbeiter in: Calliess/Ruffert.
- Caspar, Johannes* Zur Vergemeinschaftung von Verwaltungsverfahren am Beispiel von Gentechnik und reformiertem Lebensmittelrecht, DVBl. 2002, 1437-1446.
- Coing, Helmut* Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln und Opladen 1959.
- Constantinesco, Léontin-Jean* Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Band 1, Das institutionelle Recht, 1. Auflage, Baden-Baden 1977.



Dahlheimer, Dorothe
Feddersen, Christoph
Miersch, Gerald

EU-Kartellverfahrensverordnung, Kommentar zur VO 01/2003, München 2005; zitiert: Bearbeiter in: Dahlheimer/Feddersen/Miersch.

Daig, Hans-Wolfram

Zu Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift für Konrad Zweigert, Hrsg: Bernstein, Drobnig, Kötz, Tübingen 1981, 395-415; zitiert: Daig in: FS Zweigert.

de Bronett, Georg-Klaus

Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht, 1. Auflage, München 2005.

Durchlaub, Wolfgang

Zugaben beim Erwerb vorgeschriebener Waren, DB 1976, 1946-1948.

Durner, Wolfgang

Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt – Zu den Loyalitätspflichten nationaler Gerichte gegenüber der EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts, EuR 2004, 547-574.

Ehlermann, Claus-Dieter

The Modernisation of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution, Common Market Law Review (CMLR) Vol. 37, No. 3, June 2000. 537-590.

Ehlers, Dirk

Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage, Berlin 2005.



- Eilmansberger, Thomas* Ne bis in idem und kartellrechtliche Drittstaatsanktionen, EWS 2004, 49-55.
- Eisner, Carolin* Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union, Gefahr oder Fortschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?, Diss., Univ., Würzburg 2004.
- Emmerich, Volker* Kartellrecht, 10. Auflage, München 2006.
- ders.* Kommentar: Zur Mär von der Arbeitsüberlastung der Kommission, WuW 2001, 3.
- Enneccerus, Ludwig
Nipperdey, Hans Carl* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959.
- Europäische Kommission* Bericht über die Wettbewerbspolitik, Ziff. 1. (1971), 5. (1976), 14. (1984), 24. (1994), 33. (2003), 35. (2005) und 36. (2006), Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Luxemburg; zitiert: Ziff. WB.
- Furse, Mark* The Decision to Commit: Some Pointers from the US, ECLR 2004, 5-10.
- Fuss, Ernst-Werner* Der Grundrechtsschutz in den europäischen Gemeinschaften aus deutscher Sicht, Heule 1975.



- Geiger, Andreas* Die Einwilligung in die Verarbeitung von persönlichen Daten als Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NVwZ 1989, 35-38.
- Gillessen, Benedikt* Lockerung des Freistellungsmonopols zugunsten der EU Staaten, Diss., Univ. Freiburg 1998.
- Girнау, Marcus* Die Stellung der Betroffenen im EG-Kartellverfahren, Diss., Univ. Bonn 1991.
- Gleiss, Alfred*
Hirsch, Martin
Burkert, Thomas O.J. Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1, 4. Auflage, Heidelberg 1993; zitiert: Gleiss/Hirsch.
- Grabitz, Eberhard* Europäisches Verwaltungsrecht – Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze des Verwaltungsverfahren, NJW 1989, 1779-1783.
- Grabitz, Eberhard*
Hilf, Meinhard Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Loseblattsammlung, München, Band I und III, Stand 33. Ergänzungslieferung Oktober 2007; zitiert: Bearbeiter in: Grabitz/Hilf.
- Groeben, Hans v.d.*
Schwarze, Jürgen Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 4, 6. Auflage, Baden-Baden 2003; zitiert: Bearbeiter in: Groeben/Schwarze.



- Groeben, Hans v.d.*
Thiesing, Jochen
Ehlermann, Claus-Dieter
- Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 4, 5. Auflage, Baden-Baden 1997; zitiert: Bearbeiter in: GTE.
- Groger, Thomas*
Janicki, Thomas
- Weiterentwicklung des Europäischen Wettbewerbsrechts, WuW 1992, 991-1005.
- Grunwald, Jürgen*
- Die nicht-völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1984, 227-267.
- Gumbel, Tim*
- Grundrechte im EG-Kartellverfahren nach der VO 17/62, Diss., Univ., Mainz 2000.
- Gutsche, Martin*
- Die Bindungswirkung der Urteile des Europäischen Gerichtshofes, Göttingen 1967.
- Hailbronner, Kay*
Wilms, Heinrich
- Das Recht in der Europäischen Union, Band III, Loseblattsammlung, Stand 13. Lieferung: Dezember 2006; zitiert: Hailbronner/Wilms.
- Hassold, Gerhard*
- Strukturen der Gesetzesauslegung in: Festschrift für Karl Larenz zum achtzigsten Geburtstag, Hrsg: Canaris, Diederichsen, München 1983, 211-240; zitiert: Hassold in: FS Larenz.
- Helberg, Klaus*
Leibholz, Gerhard
Rinck, Hans-Justus
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Köln 1966.



- Hilf, Meinhard* Sekundäres Gemeinschaftsrecht und deutsche Grundrechte, Zum Beschluss des BVerfG vom 20.05.1974, ZaöRV 35 (1975), 51-107.
- Hossenfelder, Silke*
Lutz, Martin The new Regulation on the implementation of Articles 81 and 82 of the Treaty, WuW 2003, 118-129.
- Immenga, Ulrich*
Mestmäcker, Ernst-Joachim Wettbewerbsrecht, Band 1 / Teil 2: EG, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007; zitiert: Bearbeiter in: Immenga/Mestmäcker. EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band 1, München 1997; zitiert: Bearbeiter in: Immenga/Mestmäcker, Band 1, 1997. EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band 2, München 1997; zitiert: Bearbeiter in: Immenga/Mestmäcker, Band 2, 1997.
- Ipsen, Hans Peter* Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- Jansen, Nils*
Zimmermann, Reinhard Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2007, 1113-1126.
- Jarass, Hans D.* EU-Grundrechte, München 2005.
- Jones, Alison*
Sufrin, Brenda EC Competition Law, Text, Cases and Materials, Oxford 2001.
- Kirchhof, Ferdinand* Der Verwaltungsakt auf Zustimmung, DVBl. 1985, 651-661.

- Kirchhoff, Wolfgang* Die Bedeutung des Europäischen Gerichtshofs für Europa und für die einzelnen Marktteilnehmer, DB 1989, 2261-2264.
- Klees, Andreas* Europäisches Kartellverfahrensrecht, Köln-Berlin-München 2005.
- Koch, Eva*
Schneider, Ulrich Flächenrecycling durch kontrollierten Rückbau, Ressourcenschonender Abbruch von Gebäuden und Industrieanlagen, Berlin 1997.
- Koenigs, Folkmar* Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten als Abgrenzungskriterium zwischen dem EWG-Kartellrecht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, in: Festschrift für Gerd Pfeiffer, Hrsg: von Gamm, Raisch, Tiedemann, Köln 1988, 569-588.
- Kuck, Tobias* The acknowledgement of the principle of „non bis in idem“ in European Community competition law and its application in international antitrust cases, WuW 2002, 89-698.
- Kutscher, Hans* Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht des Richters, in: EuGH, Begegnung von Justiz und Hochschule, 1976, I-23.



- Lampert, Thomas*
Niejahr, Nina
Kübler, Johanna
Weidenbach, Georg
- EG-Kartell-VO, Praxiskommentar zur Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Heidelberg 2004.
- Larenz, Karl*
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991.
- Lecheler, Helmut*
- Neue allgemeine Rechtsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht?, in: Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, Vorlesungen und Vorträge, Hrsg. Gerte Reichelt, Wien 2004, Heft 19.
- ders.*
- Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, Berlin 1971.
- Le More, Pauline*
- Kartellbekämpfung, Verpflichtungszusagen und Grundrechte: eine schwierige „Ménage à trois“ – Anmerkung zum Urteil des EuG vom 11.02.2007 in der Rechtsache Alrosa, EuZW 2007, 722-726.
- Lippert, André*
- Abwägungsentscheidungen im Europäischen Wettbewerbsrecht – Neuorientierung durch Verfassungsvertrag und Vertrag von Lissabon?, DVBl. 2008, 492-499.
- Lorenz, Werner*
- Rechtsvergleichung am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Band II, München 1965, 797-814.



- Lorenzo Alonso, Manuel* Die Neuausrichtung der Zwischenstaatlichkeitsklausel der Art. 81, 82 EG, Diss., Univ., Frankfurt 2003.
- Mäger, Thorsten* Europäisches Kartellrecht, Baden-Baden 2006.
- Mahlmann, Matthias* Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, ZeuS 2000, 419-444.
- Maunz, Theodor*
Dürig, Günter Grundgesetz, Kommentar, Band I, Loseblattsammlung, Stand 50. Ergänzungslieferung, September 2007; zitiert: Bearbeiter in: Maunz/Dürig.
- Meessen, Karl M.* Zur Theorie allgemeiner Rechtsgrundsätze des internationalen Rechts: Der Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JIR, Band 17 (1974), 291.
- Meier, Gert* Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 12.11.1969 – Rs. 29/69 –, DVBl. 1970, 614-615.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*
Schweitzer, Heike Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2004; zitiert: Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht.
- Meyer, Michael* Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg – der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand, GRUR 2006, 27-33.

- Montag, Frank*
Rosenfeld, Andreas
- A solution to the Problems? Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure, *ZweR* 2003, 107-135.
- Möschel, Wernhard*
- Eine Verfassungskonzeption für die Europäische Union, in: Gröner/Schüller, *Die europäische Integration als ordnungspolitische Aufgabe*, Stuttgart 1993, 21-37.
- Müller-Graff, Peter-Christian*
- Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheit und Sozialgestaltung, in: Hatje, *Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe*, *EuR Beiheft* 1/2002, Baden-Baden 2002, 7-73.
- Müller-Ibold, Till*
- Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, Diss., Univ., Hamburg 1989.
- Hirsch, Günther*
Montag, Frank
Säcker, Franz Jürgen
- Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), *Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle*, Band 1 *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München 2007; zitiert: Bearbeiter in: *MünchKomm.*
- Mussler, Werner*
- Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel, Diss., Univ. Jena 1997.
- Nicolaysen, Gert*
- Der Gerichtshof, Funktion und Bewährung der Judikative, *EuR* 1972, 375-390.



- ders.* Zur Theorie von den implied powers in den Europäischen Gemeinschaften, EuR 1966, 129-142.
- Nolte, Georg* Jurisdiktionsübergreifende Wirkung des Mehrfachverfolgungsverbots (Art. 103 Abs. 3 GG)?, in: Ipsen/Schmidt-Jortzig (Hrsg), Recht, Staat, Gemeinwohl, Festschrift für Dietrich Rauschning, Köln 2001; zitiert: Nolte in: FS Rauschning, 173-182.
- Oppermann, Thomas* Europarecht, 3. Auflage, München 2005.
- Ossenbühl, Fritz* Allgemeine Rechts- und Verwaltungsgrundsätze – eine verschüttete Rechtsfigur?, in: Schmidt-Assmann, Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, Köln 2003, 289-304.
- Pache, Eckhard* Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Zur Einheitlichkeit administrativer Beschlussfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – Versuch einer Modernisierung, Tübingen 2001; zitiert: Pache, Tatbestandliche Abwägung.
- ders.* Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 1994; zitiert: Pache, Der Schutz der finanziellen Interessen.

- ders.* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1999, 1033-1040.
- Pache, Eckhard*
Rösch, Franziska Die neue Grundrechtsordnung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, EuR 2009, 769-790.
- Park, Jeong Hoon* Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, Diss., Univ. Göttingen 1996.
- Pernice, Ingolf* Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1979.
- Pescatore, Pierre* Bestand und Bedeutung der Grundrechte in den Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 1978, 441-445.
- ders.* Les recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparasion des droits des Etats membres, RIDC 1980, 337-359.
- Pietzcker, Jost* Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat, Band 17, 1978, 527-542.
- Reich, Norbert* Die Bedeutung der Binnenmarktkonzeption für die Anwendung der EWG-Wettbewerbsregeln, in: Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin 1990, 1065-1084.

Rengeling, Hans-Werner

Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Köln 1977; zitiert: Rengeling, Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug.

ders.

Die Entwicklung verwaltungsrechtlicher Grundsätze durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1984, 331-360.

ders.

Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, München 1993; zitiert: Rengeling, Grundrechtsschutz.

Reysen, Marc

Die formlose Einstellung des Kartellverwaltungsverfahrens durch die Kommission betreffend Anträge auf Negativattest und Anmeldungen zur Erlangung der Einzelfreistellung, Diss. Bonn, 2000.

Ritter, Lennart

Gotti Tedeschi, Ricardo

The New Procedure under Article 9 Regulation 1/2003: Advantages and Weaknesses, *Contratto e Impresa Europa*, 2005, 383.

Rocca, Gianfranco

Gauer, Céline

Dalheimer, Dorothe

Kjobye, Lars

DeSmitjer, Eddy

Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules, in: *EC Competition Policy Newsletter*, No. 1 – Spring 2003, 3-8, Competition Directorate-General of the European Commission.

Rodriguez Iglesias, Gil Carlos

Gedanken zur Entstehung einer Europäischen Rechtsordnung, *NJW* 1999, 1-9.



- Ross, Andreas* Die Auskunftsverweigerungsrechte im Europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht, Diss., Univ., Regensburg 1988.
- Schermers, Henry G.* Non Bis In Idem, in: Du droit international au droit de l'intégration, Festschrift für Pierre Pescatore, Hrsg: Capotorti, Ehlermann, Frowein u.a., Baden-Baden 1987, 601-612.
- Schmidt, Karsten* Umdenken im Kartellverfahrensrecht!, BB 2003, 1237-1245.
- Schneider, Moritz* Kronzeugenregelung im EG-Kartellrecht, Diss., Univ., Passau 2004.
- Schöler, Florian* Die Reform des Europäischen Kartellverfahrensrechts durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Diss., Univ., Köln 2004.
- Schroeder, Dirk* Kronzeugenregelungen im Kartellrecht, in: Recht und Wettbewerb, Festschrift für Rainer Bechtold, Hrsg: Brinker, Scheuing, Stockmann, München 2006, 437-453.
- Schröter, Helmuth*
Jacob, Thinam
Mederer, Wolfgang Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, zitiert: Bearbeiter in: Schröter/Jakob/Mederer.
- Schwaiger, Henning* Mitgliedstaatliche Verfassungsmässigkeit und sekundäres Gemeinschaftsrecht, AWD (18) 1972, 265-273.



- Schwarze, Jürgen* Die Befugnis zur Abstraktion im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1976.
- ders.* Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2005.
- Schwarze, Jürgen*
Gündisch, Jürgen Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung, 1. Auflage, Baden-Baden 1983; zitiert: Bearbeiter in: Schwarze/Gündisch.
- Schwarze, Jürgen*
Weitbrecht, Andreas Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, Baden-Baden 2004.
- Schweitzer, Michael* Europarecht, 5. Auflage, Heidelberg 1995.
- Sedemund, Joachim* Allgemeine Prinzipien des Verwaltungsverfahrensrechts, dargestellt am Beispiel des europäischen Verwaltungsverfahrensrechts in Kartellsachen, in: Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1. Auflage, Baden-Baden 1982, 45-62.
- Sevón, Leif* General Principles of Community Law – Concluding Remarks, in: Bernitz/Nergelius, General Principles of European Community Law, Den Haag, 2000, 219-222; zitiert: Sevón, in: Bernitz/Nergelius.



- Stein, Thorsten* „Gut gemeint...“ – Bemerkungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: Festschrift für Helmut Steinberger, Cremer, Giegerich u.a., Berlin 2002, 1425-1436.
- Steindorff, Ernst* Aufgaben und Zuständigkeiten im europäischen Kartellverfahren, ZHR 162 (1998), 290-317.
- Stelkens, Ulrich* Die „Europäische Beschluss“ als Handlungsform des direkten Unionsrechtsvollzugs nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, ZeuS 2005, 61-97.
- Stelkens, Paul*
Bonk, Heinz Joachim
Sachs, Michael Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Auflage, München 2001.
- Stillfried, Georg*
Stockenhuber, Peter Vollzug des EG-Kartellrechts nach der neuen EG-Verfahrensverordnung Nr. 1/2003, ÖZW 2003, 45-54.
- Stree, Walter* In dubio pro reo, Tübingen 1962.
- Streinz, Rudolf* Bundesverfassungsrechtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1989.
- ders.* Europarecht, 7. Auflage, Heidelberg 2005.
- Temple Lang, John* Commitment Decisions Under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind



- of Competition Decision, ECLR 2003, 347-356.
- Terhechte, Jörg Philipp* Verfassung ohne Rhetorik – Zur neuen Gestalt der Europäischen Union, EuZW 2007, 521.
- Tiedemann, Klaus* Entwicklungstendenzen der strafprozessualen Rechtskraftlehre, Tübingen 1969.
- v. Meibom, Hanspeter* Der EWG-Vertrag und die Grundrechte des Grundgesetzes, DVBl. 1969, 437-442.
- van Bael, Ivo* The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission, CMLR 23 (1986), 61-90.
- van Bael, Ivo* Competition Law of the European Community, 4. ed., The Hague 2005.
- Bellis, Jean-Francois*
- Vedder, Christoph* Europäischer Verfassungsvertrag, Handkommentar, Baden-Baden 2007.
- Heintschel von Heinegg, Wolff*
- Vogt, Matthias* Die Beschluss als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Diss., Univ., Heidelberg, 2005.
- Weiss, Wolfgang* Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, Diss., Univ., Freiburg 1994/95.
- Wetter, Irmgard* Die Grundrechtscharta des Europäischen Gerichtshofes, Diss., Univ., Münster 1997.



- Wiedemann, Gerhard* Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts, Band 1, Köln 1989; zitiert: *Wiedemann*, GVO.
- ders.* Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, 2006; zitiert: *Wiedemann*, Kartellrecht.
- ders.* Auf der Suche nach der verlorenen Rechtssicherheit – Eine Zwischenbilanz zwei Jahre nach Inkrafttreten der EG-Kartellverfahren-Verordnung Nr. 1/2003, in: Recht und Wettbewerb, Festschrift für Rainer Bechtold, München 2006, Hrsg: Brinker, Scheuing, Stockmann, 627-645.
- Woll, Artur* Volkswirtschaftslehre, 15. Auflage, München 2007.
- Würfel, Wolfgang* Informelle Absprache in der Abfallwirtschaft, Ausdruck rechtlicher Regelungsschwäche oder ein im Abfallrecht verankertes Instrument der Executive?, Diss. Univ. Freiburg, 1994.
- Zieger, Gottfried* Das Grundrechtsproblem in den Europäischen Gemeinschaften, Tübingen 1970.
- ders.* Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Eine Untersuchung der allgemeinen Rechtsgrundsätze, JÖR (Band 22) 1973, 299-356.



Zippelius, Reinhold

Juristische Methodenlehre, 10. Auflage,
München 2006.

Zuleeg, Manfred

Die Auslegung des Europäischen Ge-
meinschaftsrechts, EuR 1969, 97-108.

Zweigert, Konrad

Der Einfluss des Europäischen Gemein-
schaftsrechts auf die Rechtsordnung der
Mitgliedstaaten, RabelsZ, Band 28,
(1964), 601-643.

Zwiener, Julia

Die Auswirkungen der Verordnung Nr.
1/2003 auf das europäische und deut-
sche Kartellverfahren, Diss., Univ. Würz-
burg 2004.



