

European Commission  
Directorate-General for Competition  
Unit A1  
1049 Brussels  
Belgium

[www.studienvereinigung.de](http://www.studienvereinigung.de)  
Feldmühleplatz 1  
40545 Düsseldorf | Deutschland  
Postfach 10 17 43  
40008 Düsseldorf | Deutschland  
Büroanschrift des Vorsitzenden:  
Karl-Scharnagl-Ring 6  
80539 München | Deutschland  
Tel: +49 89 21667 0  
Fax: +49 89 21667 111  
[ingo.brinker@gleisslutz.com](mailto:ingo.brinker@gleisslutz.com)

**An English translation of this document will follow!**

5. Oktober 2022

**Referenznummer HT.6033**

**Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e. V. im Rahmen der Konsultation der Europäischen Kommission "Evaluation of Regulations 1/2003 and 773/2004 – detailed questionnaire"**

### ***Einleitung***

- (1) Die Studienvereinigung Kartellrecht („Studienvereinigung“) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und dem mehr als 1.300 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz angehören. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen in Verfahren vor der Europäischen Kommission („Kommission“) und den nationalen Wettbewerbsbehörden sowie vor europäischen Gerichten.
- (2) Die Studienvereinigung begrüßt die Absicht der Kommission, das Funktionieren des kartellrechtlichen Verfahrensrahmens vor dem Hintergrund der seit dem Erlass der Verordnungen 1/2003 und 773/2004 eingetretenen Veränderungen der Marktdynamik neu zu bewerten.
- (3) Die Studienvereinigung nimmt hierzu nachfolgend Stellung, wobei sie sich an dem Fragenbogen der Kommission orientiert hat.

VORSTAND: Dr. Ingo Brinker (Vorsitz) | Prof. Dr. Albrecht Bach | Anne Federle | Mag. Dr. Axel Reidlinger | Mario Strebel | Prof. Dr. Daniela Seeliger | Marc Besen | Dr. Kathrin Westermann | Dr. Thorsten Mäger

EHRENVORSITZENDE: Dr. Frank Montag

EHRENMITGLIEDER: Prof. Dr. Rainer Bechtold | Jochen Burrichter | Prof. Dr. Gerhard Wiedemann | Prof. Dr. Dirk Schroeder | Dr. Franz Hoffet

## **Stellungnahme**

### **A. General Questions**

1. **In your view, has Regulation 1/2003 achieved its objective of an effective and uniform application of Article 101 TFEU in the EU?**

Yes  / No  / Don't know

#### ***Wirksame Anwendung von Artikel 101***

- (4) Die Wirksamkeit der Anwendung von Artikel 101 AEUV ist letztlich daran zu messen, inwieweit die Umsetzung im Verfahren dazu beitragen konnte, den Wettbewerb in der Union vor Verfälschungen zu schützen.
- (5) Die Verordnung 1/2003 versteht sich als Durchführungs-Verordnung. Sie setzt auf der unmittelbaren Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf. Insoweit unterscheidet sie sich nicht von der VO 17/62, die in ihrem Artikel 1 betonte, Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen der in [jetzt: Artikel 101 Abs. 1 AEUV] bezeichneten Art seien verboten, ohne dass es einer vorherigen Entscheidung bedarf.
- (6) Die Frage der Wirksamkeit lässt sich unter verschiedenen Aspekten betrachten. Zunächst kann zwischen einer öffentlichen und einer privaten Durchsetzung von Artikel 101 AEUV unterschieden werden. Für die Aspekte der **öffentlichen Durchsetzung** stellt sich die Frage, inwieweit die geeigneten Organe mit der Durchsetzung beauftragt wurden und inwieweit diesen Organen die erforderlichen Werkzeuge für eine wirksame Anwendung zur Verfügung stehen.
- (7) Im Hinblick auf die Institutionen, die mit der Durchsetzung von Artikel 101 AEUV beauftragt wurden, hat die Verordnung 1/2003 eine gewisse Modifikation herbeigeführt. Die VO 17/62 hat in ihrem Artikel 9 Nr. 3 nur geregelt, dass die Behörden der Mitgliedstaaten für die Anwendung der [damaligen] Artikel 85 Abs. 1 und 86 des Vertrages zuständig blieben, solange die Kommission noch kein Verfahren eingeleitet hatte. Dagegen enthält die VO 1/2003 in Artikel 5 eine ausdrückliche Regelung über die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für die Anwendung von Artikel 101 und 102 AEUV in Einzelfällen. Die Regelung ist zunächst vor dem Hintergrund der Artikel 103 und 104 AEUV zu verstehen. Ihre praktische Bedeutung variiert nach Mitgliedstaaten. Nach zutreffender Auffassung hatte Artikel 5 VO 1/2003 für Deutschland im Wesentlichen klarstellenden Charakter. An der Kompetenz des Bundeskartellamts, neben den Bestimmungen des GWB auch die europäischen Wettbewerbsregeln anzuwenden, bestand zu Recht kaum Zweifel.

In anderen Mitgliedstaaten hat die Regelung in Artikel 5 VO 1/2003 bestehende Unsicherheiten beseitigt und die Voraussetzung dafür geschaffen, dass die jeweiligen Wettbewerbsbehörden grundsätzlich auch die Wettbewerbsregeln des Vertrages durchsetzen.

- (8) Dieses ausdrückliche Bekenntnis zu einer Durchsetzung der Wettbewerbsregeln auch durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ist aus Sicht der Studienvereinigung zu begrüßen. In der Tat ist es kaum vorstellbar, dass in einer Union von 27 Mitgliedstaaten eine wirksame behördliche Durchsetzung der Wettbewerbsregeln erfolgen könnte, ohne dass dies neben der Kommission auch Aufgabe der nationalen Wettbewerbsbehörden wäre. Aus Sicht der Studienvereinigung dürfte allein das Bekenntnis und die damit verbundene Aufteilung der Verantwortung zwischen Kommission und nationalen Behörden zu einer wirksameren Durchsetzung von Artikel 101 AEUV geführt haben.
- (9) Davon zu trennen ist die Frage, inwieweit den zuständigen Behörden mit der VO 1/2003 auch diejenigen Befugnisse erteilt wurden, die zu einer wirksamen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln erforderlich sind und wie diese in der Praxis zur Anwendung kamen. Was die Befugnisse der Kommission anbetrifft, ist dies Gegenstand spezifischer Fragen im Rahmen der Evaluierung und soll daher auch in Bezug auf die einzelnen Befugnisse analysiert werden. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nach Auffassung der Studienvereinigung die Kommission mit der VO 1/2003 die erforderlichen Befugnisse für eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsregeln erhalten hat. Die Interpretation und Anwendung der erhaltenen Befugnisse geht jedoch teilweise über das Erforderliche hinaus und stellt in einzelnen Fällen einen übermäßigen Eingriff in die Rechte der Betroffenen dar.
- (10) Dagegen hat die VO 1/2003 darauf verzichtet, eindeutige Regelungen über die Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln des Vertrages aufzunehmen. Artikel 5 VO 1/2003 enthält insoweit nur eine allgemeine Ermächtigungs- und Zuständigkeitsnorm, die der Ausgestaltung und Detaillierung durch die Mitgliedstaaten bedarf.<sup>1</sup> Mit Artikel 5 VO 1/2003 war nur klargestellt, dass nationale Wettbewerbsbehörden jedenfalls im Verhältnis zur Union zu den dort bezeichneten Maßnahmen berechtigt sind. Die Ausgestaltung der jeweiligen Eingriffsbefugnisse nach nationalem Recht war höchst uneinheitlich. Insoweit erwies sich die Regelung in Artikel 5 VO 1/2003 als unzureichend.

---

<sup>1</sup> Dazu OLG Düsseldorf NZKart 2013, 166 Silostellgebühren II.

- (11) Dieses Defizit wurde in der Mitteilung " Zehn Jahre Kartellrechtsdurchsetzung auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 – Ergebnisse und Ausblick" adressiert und mit der ECN-Plus-Richtlinie sowie deren Umsetzung in nationales Recht im Wesentlichen behoben.
- (12) Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass erst im Zusammenwirken mit der ECN-Plus-Richtlinie die nach Artikel 5 VO 1/2003 grundsätzlich ermächtigten Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten durchgehend in die Lage versetzt wurden, zu einer wirksamen Anwendung der Wettbewerbsregeln beizutragen. Eine Einschätzung, inwieweit dies tatsächlich zu einer wirksamen Durchsetzung von Artikel 101 AEUV beigetragen hat, erscheint verfrüht.
- (13) In einem System, in dem neben der Kommission auch nationale Wettbewerbsbehörden zur Durchsetzung von Artikel 101 AEUV ermächtigt sind, kann die Wirksamkeit der Anwendung von Artikel 101 AEUV auch durch Unklarheiten im Verhältnis zu Regeln des nationalen Wettbewerbsrechts beeinträchtigt werden. Insoweit hat die VO 1/2003 mit den Regelungen in Artikel 3 VO 1/2003 zu einer Verbesserung beigetragen. Im Einzelnen gehen wir auf die Frage der parallelen Anwendbarkeit einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts im Zusammenhang mit Frage 3 ein.
- (14) Im Hinblick auf die **private Durchsetzung** der Wettbewerbsregeln hat die VO 1/2003 nur geringe Auswirkungen im Hinblick auf deren Wirksamkeit gehabt. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln stand außer Frage. Die zivilrechtliche Unwirksamkeit von Vereinbarungen, die gegen Artikel 101 AEUV verstoßen, ergibt sich unmittelbar aus Artikel 101 Abs. 2 AEUV. Gewisse Verbesserungen im Hinblick auf die Durchsetzung eines zivilrechtlichen Kartelleinwands ergaben sich durch den Wechsel zum System der Legalausnahme. Mit ihm entfiel die Möglichkeit, durch die Anmeldung einer Vereinbarung nach Artikel 4 VO 17/62 die Aussetzung eines Zivilrechtsstreits erreichen zu können. Die sich daraus ergebenden Verbesserungen bei der Geltendmachung des Kartelleinwands bleiben jedoch von untergeordneter Bedeutung.
- (15) Unter dem Aspekt der Wirksamkeit kann schließlich auch die Frage betrachtet werden, inwieweit mit einem Wechsel vom System der Einzelfreistellung zum System der Legalausnahme ein besserer Schutz vor Verfälschungen des Wettbewerbs erreicht wurde. Dabei ist zwischen dem wirksamen Schutz unverfälschten Wettbewerbs einerseits und dem effizienten Einsatz von Ressourcen der Wettbewerbsbehörden zu trennen.

- (16) Nach Auffassung der Studienvereinigung führte der Wechsel zum System der Legalausnahme zu einer einheitlichen Anwendung von Artikel 101 Abs. 1 und 3 AEUV in dem Sinne, dass ein Fehlen der Voraussetzungen der Legalausnahme als negatives Tatbestandsmerkmal von Artikel 101 Abs. 1 AEUV zu verstehen ist. Diese einheitliche Anwendung von Verbots- und Freistellungsvoraussetzungen führt dazu, dass Maßnahmen zur Durchsetzung der Wettbewerbsregeln von vornherein auf diejenigen potentiellen Verstöße begrenzt werden können, in denen – ungeachtet einer Anmeldung – die Voraussetzungen der Legalausnahme nicht vorliegen. Eine solche Anwendung der Wettbewerbsregeln ist konzeptionell vorzugswürdig und in diesem Sinne auch als wirksamer zu verstehen.
- (17) Durch das mit dem Systemwechsel verbundene unmittelbare Eingreifen der Freistellungstatbestände des Artikel 101 Abs. 3 AEUV entsteht notwendigerweise ein gewisses Dunkelfeld bei Sachverhalten, die vorher eine Prüfung durch die Kommission erforderten, die aber nach dem Systemwechsel ausschließlich der Selbsteinschätzung durch die beteiligten Unternehmen unterliegen. Insoweit kann es durch den Verzicht auf eine vorherige Information der Kommission in Randbereichen tatsächlich zu einer Verminderung der Wirksamkeit der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln gekommen sein. Entsprechende Risiken liegen aufgrund der Schwierigkeiten, die mit einer Beurteilung, ob ein Verhalten nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV freistellungsfähig ist, auch nicht fern. Sie sind allerdings systemimmanent und mit Blick auf die mit dem Systemwechsel verbundenen Vorteile bei der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln aus Sicht der Studienvereinigung hinzunehmen.
- (18) Die Frage, inwieweit eine Abkehr vom System der Einzelfreistellung zu einer effizienteren Anwendung von Artikel 101 AEUV führte, wird gesondert im Zusammenhang mit Frage 7 beantwortet.

### ***Einheitliche Anwendung von Artikel 101 AEUV***

- (19) Der Beitrag der VO 1/2003 zu einer einheitlichen Anwendung von Artikel 101 AEUV ist nach Auffassung der Studienvereinigung überschaubar geblieben. Zu einer einheitlichen Anwendung kann eine Durchführungsverordnung in erster Linie im Hinblick auf die behördliche Durchsetzung von Artikel 101 AEUV führen. Dagegen bestehen allenfalls geringe Möglichkeiten, mit einer solchen Verordnung die Anwendung der Wettbewerbsregeln in Verfahren vor den nationalen Gerichten zu vereinheitlichen. In diesem Kontext ist eine Vereinheitlichung in erster Linie über das Verfahren der Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 267 AEUV zu erwarten. Die in Artikel 15 VO 1/2003 geregelte Zusammenarbeit mit Gerichten der Mitgliedstaaten ermöglicht der Kommission über Stellungnahmen zwar eine gewisse Einflussnahme

auf Entscheidungen nationaler Gerichte. Eine Vereinheitlichung der Anwendungspraxis ist davon aber nicht zu erwarten. Zunächst liegt es ausschließlich bei den nationalen Gerichten, inwieweit sie die Kommission überhaupt um Informationen oder Stellungnahmen ersuchen. Darüber hinaus besteht keine Bindung des ersuchenden Gerichts an Stellungnahmen der Kommission.

- (20) Auch im Verhältnis zu den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten setzt die VO 1/2003 in erster Linie auf einen kooperativen Mechanismus im Rahmen des ECN. Beratung und Austausch im Rahmen des ECN mögen zu einer gewissen Vereinheitlichung in der Anwendungspraxis beigetragen haben. Für Außenstehende ist dies aber schwer erkennbar.
- (21) Festzustellen ist, dass die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten und die Kommission in Einzelfällen Artikel 101 AEUV in Einzelfällen unterschiedlich ausgelegt und uneinheitlich auf vergleichbar gelagerte Sachverhalte angewandt haben.<sup>2</sup> Das gilt insbesondere für Sachverhalte, für deren Beurteilung nicht auf Rechtsprechung der europäischen Gerichte oder Leitlinien der Kommission zurückgegriffen werden konnte.
- (22) Die der Kommission mit der VO 1/2003 an die Hand gegebenen Möglichkeiten haben in der Praxis insoweit nicht wirklich zu einer Vereinheitlichung der Bewertung ähnlich gelagerter Sachverhalte auf mitgliedstaatlicher Ebene beitragen können.
- (23) Das gilt zum einen für die Unterrichtungspflicht der mitgliedstaatlichen Behörden aus Artikel 11 Abs. 4 VO 1/2003. Dasselbe gilt für Artikel 11 Abs. 6 VO 1/2003, nach dem zwar grundsätzlich die Möglichkeit der Kommission besteht, selbst ein Verfahren einzuleiten und damit den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit zu entziehen. Von dieser Möglichkeit hat die Kommission aber nur in Ausnahmefällen und nicht mit dem Ziel einer einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregeln Gebrauch gemacht.
- (24) Gewisse Möglichkeiten zur Vereinheitlichung der Anwendbarkeit ergeben sich theoretisch aus Artikel 10 VO 1/2003. Die Kommission hat auch diese Möglichkeiten aber praktisch nicht genutzt.
- (25) Zu einer einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregeln führten nach Auffassung der Studienvereinigung in erster Linie die Rechtsprechung der europäischen Gerichte

---

<sup>2</sup> Vgl. hierzu Fälle zu weiter Bestpreisklausel bei Hotelbuchungsplattformen (Booking) und Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb (Coty und Asics).

sowie, im Sinne einer „*soft harmonization*“, die Leitlinien der Kommission, die letztlich außerhalb des Regelungsbereichs der VO 1/2003 liegen. Diesbezüglich ist außerdem anzumerken, dass keine formale Bindungswirkung der nationalen Wettbewerbsbehörden an diese besteht. Insofern können auch diese nur begrenzt zu einer einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregeln in den Mitgliedstaaten beitragen.

- (26) Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Beitrag der VO 1/2003 zu einer einheitlichen Anwendung von Artikel 101 AEUV eher gering geblieben ist.

**2. In your view, has Regulation 1/2003 achieved its objective of an effective and uniform application of Article 102 TFEU in the EU?**

Yes  / No  / Don't know

***Wirksame Anwendung von Artikel 102 AEUV***

- (27) Auch im Hinblick auf Artikel 102 AEUV sind die Fragen der Wirksamkeit und der Einheitlichkeit gesondert zu beantworten.

(28) Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist unabhängig von der VO 1/2003 unmittelbar anwendbar. Im Vordergrund steht daher die Frage, inwieweit die VO 1/2003 die Voraussetzungen für eine wirksame behördliche Durchsetzung geschaffen hat. Auch im Hinblick auf Artikel 102 AEUV ist die ausdrückliche Ermächtigung der nationalen Wettbewerbsbehörden in Artikel 5 VO 1/2003 zur Anwendung des Missbrauchsverbots als positiver Beitrag zur wirksamen Durchsetzung dieser Norm anzusehen. Ebenso wie im Hinblick auf Artikel 101 AEUV hat diese klarstellende Ermächtigung in den einzelnen Mitgliedstaaten eine unterschiedliche Bedeutung erlangt. In Deutschland war nach zutreffender Auffassung auch vor Inkrafttreten der Verordnung 1/2003 anerkannt, dass das Bundeskartellamt Entscheidungen unmittelbar auf Artikel 102 AEUV stützen kann.

(29) Voraussetzung einer wirksamen Anwendung von Artikel 102 AEUV ist die Zurverfügungstellung der erforderlichen Eingriffsbefugnisse für die Wettbewerbsbehörden. Die Frage, inwieweit der Kommission die für die wirksame Durchsetzung von Artikel 102 AEUV erforderlichen Werkzeuge zur Verfügung stehen, ist jeweils anhand der einzelnen Befugnisse zu beantworten.

(30) In Bezug auf die Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden für eine wirksame Durchsetzung blieb die Verordnung 1/2003 defizitär. Das Defizit wurde mit der ECN-Plus-Richtlinie und deren Umsetzung im Wesentlichen behoben.

- (31) Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nach Auffassung der Studienvereinigung die Verordnung 1/2003 die erforderlichen Befugnisse für eine wirksame Durchsetzung von Art. 102 durch die Kommission zur Verfügung stellt.

### ***Einheitliche Anwendung von Artikel 102 AEUV***

- (32) Hinsichtlich des Ziels einer einheitlichen Anwendung von Artikel 102 AEUV gilt zunächst das in der Antwort auf Frage 1 Gesagte. Die Verordnung setzt über die Mechanismen des ECN im Wesentlichen auf „*soft harmonization*“. Zu einer Vereinheitlichung der Anwendung von Artikel 102 AEUV hat im Wesentlichen die Rechtsprechung der europäischen Gerichte geführt. Mit Artikel 11 Abs. 6 VO 1/2003 steht der Kommission zwar ein Instrument zur Verfügung, das auch zu einer einheitlichen Anwendungspraxis beitragen kann. Von der Möglichkeit, ein Verfahren nach dieser Vorschrift an sich zu ziehen, hat die Kommission jedoch gerade im Hinblick auf die Anwendung von Artikel 102 AEUV praktisch nicht Gebrauch gemacht.
- (33) Insgesamt hat die Frage einer einheitlichen Anwendung von Artikel 102 AEUV insoweit geringeres Gewicht, als den Mitgliedstaaten nach Artikel 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 ausdrücklich die Möglichkeit belassen wurde, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden.
- (34) Gerade Deutschland hat von den Möglichkeiten zum Erlass strengerer innerstaatlicher Vorschriften in erheblichem Umfang Gebrauch gemacht. Artikel 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 erwies sich damit, wie teilweise von Anfang an befürchtet, als Einfallstor für abweichende nationale Rechtssetzung und Rechtsanwendung, die dem ursprünglichen Ziel eines „*level playing field*“ entgegenstehen.
- (35) Der Studienvereinigung ist bewusst, dass die Regelung in Artikel 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 Ausdruck eines politischen Kompromisses ist, auf den insbesondere Deutschland gedrungen hat. Auch die Position der Mitglieder der Studienvereinigung zur wettbewerbpolitischen Sinnhaftigkeit der Vorbehaltsklausel in Artikel 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 ist uneinheitlich. Befürwortern einer einheitlichen europäischen Lösung stehen Befürworter einer stärker ausdifferenzierten und auf die einzelne Fallgestaltung ausgerichteten nationalen Lösung gegenüber.
- (36) Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die VO 1/2003 im Hinblick auf das Missbrauchsverbot von vornherein nicht den Anspruch einheitlicher Rahmenbedingungen für Unternehmen erhoben hat. Die Unterschiede ergeben sich

aber weniger aus einer divergierenden Anwendungspraxis zu Artikel 102 AEUV als vielmehr aus divergierenden nationalen Regelungen zur Unterbindung einseitiger Handlungen. Die VO 1/2003 hat damit ihr – von vornherein begrenztes – Ziel im Hinblick auf die einheitliche Anwendung von Artikel 102 AEUV aus Sicht der Studienvereinigung durchaus erreicht.

**3. In your view, has the system of parallel enforcement of Article 101 TFEU by the European Commission and the National Competition Authorities introduced by Regulation 1/2003 led to increased and more effective enforcement across the EU?**

Yes  / No  / Don't know

- (37) Der Frage scheint die Vorstellung zugrunde zu liegen, erst die VO 1/2003 habe die parallele Durchsetzung von Artikel 101 AEUV durch die Kommission und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ermöglicht. Dies ist aus Sicht der Studienvereinigung nicht zutreffend. Artikel 101 AEUV ist unmittelbar geltendes Primärrecht und kann unabhängig von sekundärrechtlichen Normen auch von Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten durchgesetzt werden. Davon ging erkennbar auch schon die VO 17/62 aus. Daher hat das Bundeskartellamt auch schon vor Inkrafttreten der VO 1/2003 über die Möglichkeit verfügt, Untersagungsentscheidungen auf die Wettbewerbsregeln der Europäischen Verträge zu stützen. Die Regelung in Artikel 5 VO 1/2003 hat insoweit nur klarstellenden Charakter.
- (38) Jedenfalls in Bezug auf Deutschland ist aus Sicht der Studienvereinigung nicht festzustellen, dass die Regelung in Artikel 5 VO 1/2003 zu einer verstärkten und wirksameren behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung geführt hat.
- (39) Der Wechsel vom System der Einzelfreistellung zum System der Legalausnahme hat dagegen die parallele Anwendung von Artikel 101 AEUV durch Behörden der Mitgliedstaaten in gewissem Umfang effizienter gestaltet. Darauf wurde bereits in der Antwort auf Frage 1 hingewiesen. Maßgeblich dafür ist die einheitliche Anwendung von Artikel 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV und damit die Konzentration von Durchsetzungsmaßnahmen auf solche Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, in denen die Freistellungs Voraussetzungen erkennbar nicht vorliegen.
- (40) Die Fragestellung zielt möglicherweise auf die Bedeutung der in Artikel 3 Abs. 1 und Abs. 2 VO 1/2003 getroffenen Regelungen zum Verhältnis zwischen dem nationalen Recht und dem Wettbewerbsrecht der Union. Nach Auffassung der Studienvereinigung haben die ausdrücklichen Regelungen zum Vorrang der

europäischen Wettbewerbsregeln, die in den Vorschriften über die parallele Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV enthalten sind, erheblich zur wirksamen Anwendung von Artikel 101 AEUV beigetragen. Die Verordnung 1/2003 hat zu Recht von der in Artikel 103 Abs. 2 Buchstabe e) AEUV ausdrücklich eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, das Verhältnis zwischen innerstaatlichem Recht und den europäischen Wettbewerbsregeln ausdrücklich zu regeln. Sie hat dadurch die Rechtssicherheit für alle Beteiligten, Behörden, Unternehmen und Berater, erheblich erhöht.

(41) Die ausdrücklichen Regelungen zum Vorrang des Unionsrechts haben zu einer starken Angleichung der nationalen Regelungen an Artikel 101 AEUV beigetragen und insoweit zu einer, aus Sicht der Studienvereinigung begrüßenswerten, Vereinheitlichung des regulatorischen Umfelds geführt.

(42) Die klaren Regelungen in Artikel 3 VO 1/2003 haben allerdings die Unsicherheit fortbestehen lassen, die mit der Reichweite der Zwischenstaatlichkeitsklausel in Artikel 101 und 102 AEUV verbunden ist. Die Studienvereinigung verkennt nicht, dass insoweit aufgrund der Vorgaben der europäischen Rechtsprechung nur geringer Handlungsspielraum besteht. Dieser Spielraum sollte jedoch genutzt werden, um für mehr Rechtssicherheit im Hinblick auf den Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln zu sorgen.

**4. In your view, has the system of parallel enforcement of Article 102 TFEU by the European Commission and the National Competition Authorities introduced by Regulation 1/2003 led to increased and more effective enforcement across the EU?**

Yes  / No  / Don't know

(43) Wir hatten schon in der Antwort auf Frage 3 darauf hingewiesen, dass die parallele Durchsetzung der Wettbewerbsregeln durch Kommission und nationale Wettbewerbsbehörden nicht durch die VO 1/2003 eingeführt wurde, sondern primär-rechtlich bedingt und auch in der VO 17/62 vorausgesetzt ist. Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten verfügten daher auch vor der VO 1/2003 über die Möglichkeit, Artikel 102 AEUV anzuwenden. Einzelne Mitgliedstaaten mögen durch die ausdrückliche Regelung zur parallelen Anwendung von Artikel 102 zu einer verstärkten Anwendung dieser Vorschrift motiviert worden sein. Für Deutschland ist dies jedenfalls nicht zu beobachten.

(44) Aufgrund der Öffnungsklausel in Artikel 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 hat die Möglichkeit zur parallelen Anwendung von Artikel 102 AEUV durch die nationalen Wettbewerbsbehörden eine deutlich eingeschränktere Bedeutung.

Wettbewerbsbehörden, die sich auf strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen stützen können (wie z.B. das Bundeskartellamt), werden dies ungeachtet der Möglichkeit tun, die weniger strengen Regelungen in Artikel 102 AEUV anzuwenden.

(45) Nach Auffassung der Studienvereinigung hat die Verordnung 1/2003 im Hinblick auf Artikel 102 AEUV keine Auswirkungen auf die verstärkte oder effizientere Durchsetzung.

5. **In your view, has Regulation 773/2004 been effective in empowering the Commission to regulate certain aspects of proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFEU (notably concerning the initiation of proceedings, the Commission's powers of investigation, the handling of complaints, the exercise of the right to be heard, access to the file, the limitations to the use of information obtained and time-limits)?**

Yes  / No  / Don't know

(46) Die ausdrückliche Ermächtigung der Kommission in Artikel 33 VO 1/2003 zum Erlass von Durchführungsvorschriften hat sich nach Auffassung der Studienvereinigung als sinnvoll erwiesen. Verbindliche und eindeutige Regelungen über die Ausgestaltung des Verfahrens tragen einerseits zur wirksamen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln bei. Sie sind andererseits erforderlich, um die legitimen Rechte der Verfahrensbeteiligten sowie der übrigen Stakeholder zu wahren.

(47) Die Studienvereinigung regt an, die Durchführungsvorschriften im Zusammenhang mit einer neuen Verfahrensverordnung ebenfalls zu modernisieren. Dabei sollte folgenden Aspekten Rechnung getragen werden:

**a) Verfahrenseinleitung**

(48) Die rechtliche Funktion der Verfahrenseinleitung bleibt unklar. Einerseits soll die Kommission auch schon außerhalb eines förmlichen Verfahrens über Eingriffsbefugnisse wie etwa im Rahmen einer Nachprüfung verfügen, andererseits ist mit der Verfahrenseinleitung keine ausdrückliche Rechtsfolge oder grundsätzliche Änderung der Rechtsposition des Adressaten verbunden. Aus Sicht der Studienvereinigung muss sichergestellt werden, dass ab dem Zeitpunkt, in dem sich Maßnahmen der Kommission auf ein konkretes Unternehmen oder eine konkrete mögliche Zuwiderhandlung beziehen, die legitimen Rechte der beteiligten Unternehmen im Rahmen eines fairen Verfahrens gesichert werden. Die Einleitung des Verfahrens ist im jetzigen Konzept zu stark an den internen Abläufen der Kommission ausgerichtet.

### ***b) Ermittlungsbefugnisse***

- (49) Im Zusammenhang mit den Ermittlungsbefugnissen der Kommission sollten nach Auffassung der Studienvereinigung klare Regelungen zum Umgang mit dem Anwaltsprivileg getroffen werden, was auch in den Durchführungsvorschriften reflektiert werden sollte. Dazu gehört der Schutz von Unterlagen, die vom Anwaltsprivileg erfasst sind. Wie weiter unten detailliert dargelegt (Frage 15), sollte das Privileg bei dieser Gelegenheit auch auf Syndikusanwälte sowie Anwälte aus Drittstaaten erstreckt werden. Darüber hinaus ist es nicht nachvollziehbar, warum das Anwaltsprivileg nur die rein kartellrechtliche Beratung erfassen soll. Dies gilt zumindest für die Fälle, in denen die Kommission auch Vorwürfe in Schnittstellenbereichen erhebt. Beschränken. Um einen einheitlichen Schutz zu gewährleisten und Abgrenzungsschwierigkeiten aufzulösen, sollte sich das Anwaltsprivileg auf die gesamte, mit dem Vorwurf im Zusammenhang stehende rechtliche Beratung erstrecken. Darüber hinaus ist regelungsbedürftig, dass sich die von der Kommission befragten Personen jederzeit des Beistands eines von ihnen ausgewählten Anwalts bedienen dürfen.

### ***c) Beschwerden***

- (50) Wie unten (Frage 19) weiter dargelegt wird, haben Beschwerdeführer häufig zu hohe Hürden zu überwinden, bevor die Kommission erste Verfahrensschritte vornimmt. Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass klare zeitliche Vorgaben zur Bearbeitung von Beschwerden gemacht werden sollten. Bloße Bemühungsbekundungen der Kommission, in welchem Zeitraum sie dem Beschwerdeführer mitteilt, wie sie vorzugehen beabsichtigt, sind hier nicht ausreichend. Dies gilt umso mehr für den Beschwerdegegner, gegen den dann Ermittlungen geführt werden. In dessen Rechtssphäre wird durch Ermittlungshandlungen massiv eingegriffen, so dass es angezeigt ist, den dadurch entstandenen Zustand der Rechtsunsicherheit möglichst schnell zu beseitigen. In jedem Fall regt die Studienvereinigung hier ein größeres Maß an Transparenz an.

### ***d) Rechtliches Gehör und Akteneinsicht***

- (51) Rechtliches Gehör gehört als Bestandteil des „Rechts auf eine gute Verwaltung“ zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, die auch nach Artikel 41 der Grundrechtscharta der Union (GrCh) geschützt sind. Nach Auffassung der Studienvereinigung ist daher auch in künftigen Verfahrensregeln sicherzustellen, dass sich die betroffenen Unternehmen grundsätzlich in jeder Phase des Verfahrens in Kenntnis der Akte äußern können. Das Recht auf Akteneinsicht muss als wichtiger Bestandteil des rechtlichen Gehörs dabei auch künftig nicht nur ausdrücklich geregelt werden. Es muss auch jederzeit möglich sein. Rechtliches Gehör kann nicht auf die formale Möglichkeit der Stellungnahme begrenzt werden. Die Verfahrensbeteiligten

müssen vielmehr die Möglichkeit haben, sich umfassend, also zu allen ihre Interessen berührenden Aspekten des Verfahrens, äußern zu können.<sup>3</sup>

***e) Rolle des Anhörungsbeauftragten***

- (52) Rolle und Befugnisse des Anhörungsbeauftragten sollten bei der Neufassung der Durchführungsverordnung ausdrücklich geregelt und nicht nur dem Mandat des Anhörungsbeauftragten überlassen werden. Dabei könnte man erwägen, seine Aufgaben noch auszuweiten, und diesen ggf. noch mehr als bisher zur Klärung von *ad hoc* Streitthemen einzubeziehen. Ferner wäre es im Sinne größtmöglicher Transparenz geboten, seine Zwischenberichte nicht nur der Kommission (u.a. in Person des zuständigen Direktors), sondern auch den betroffenen Unternehmen zugänglich zu machen.

***f) Fristenregelungen***

- (53) Die Aufnahme von Mindestfristen ist angebracht, um die Rechte der betroffenen Unternehmen zu wahren. Angesichts der zunehmenden Komplexität der von der Kommission geführten Verfahren müssen die heute in Artikel 17 VO 773/2004 geregelten Mindestfristen deutlich ausgeweitet werden. Sie können sonst ihre Funktion nicht erfüllen, den Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör in angemessenem Umfang zu gewährleisten. Rechtliches Gehör kann nicht auf die formale Möglichkeit der Stellungnahme begrenzt werden. Die Verfahrensbeteiligten müssen, wie bereits zuvor erwähnt, vielmehr die Möglichkeit haben, sich zu allen ihre Interessen berührenden Aspekten des Verfahrens angemessen zu äußern. Solche Stellungnahmen benötigen Zeit und sind allenfalls in Ausnahmefällen während des Laufs der in Artikel 17 vorgesehenen Mindestfristen realistisch zu erstellen.

- 6. In your view, has the system of parallel enforcement of Articles 101 and 102 TFEU by the European Commission and the National Competition Authorities introduced by Regulation 1/2003 led to more efficient enforcement across the EU, compared to the previous centralised system set up by Regulation No 17?**  
Yes  / No  / Don't know

- (54) Kennzeichen des zentralisierten Systems der VO 17/62 war das Freistellungsmonopol der EU-Kommission nach Artikel 9 VO 17/62. Vorbehaltlich der Nachprüfung der Entscheidung durch den EuGH war ausschließlich die Kommission zuständig, das Kartellverbot bei Vorliegen der jetzt in Artikel 101 Abs. 3 AEUV geregelten Voraussetzungen für nicht anwendbar zu erklären. Daneben bestand auch unter dem System der VO 17/62 ein System der parallelen Durchsetzung durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. So bestimmte Artikel 9 Nr. 3 VO 17/62

---

<sup>3</sup> Siehe ferner unten (Antwort zu Frage 26).

ausdrücklich, dass die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig bleiben, das Kartellverbot und das Missbrauchsverbot anzuwenden, solange die Kommission kein Verfahren eingeleitet hat.

(55) Nach Auffassung der Studienvereinigung hat der Wechsel zum System der Legalausnahme grundsätzlich zu einer effizienteren Durchsetzung der Wettbewerbsregeln geführt. Die nationalen Wettbewerbsbehörden sind dadurch, ebenso wie die nationalen Gerichte, gehalten, Artikel 101 AEUV in seiner Gesamtheit anzuwenden und jeweils mitzuprüfen, inwieweit die Freistellungsvoraussetzungen nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV vorliegen, selbst wenn dies ein gewisses Maß an Inkohärenz mit sich bringen mag.

(56) Ungeachtet der Frage, ob sich ein System paralleler Durchsetzung durch Kommission und nationale Wettbewerbsbehörden tatsächlich aus der VO 1/2003 ergibt, ist ein derartiges System unabdingbar für die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsregeln. Schon angesichts der wirtschaftlichen, sprachlichen, rechtlichen und kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten erscheint eine Durchsetzung der Wettbewerbsregeln ausschließlich durch die Kommission nicht wirklich vorstellbar. Sie wäre jedenfalls mit Sicherheit nicht effizient.

**7. In your view, has the removal of the system of notification of business agreements to the Commission resulted in a more efficient application of Article 101 TFEU?**

Yes  / No  / Don't know

(57) Nach Auffassung der Studienvereinigung ist es an der Zeit, über die mit dem Wegfall des Anmeldesystems verbundenen Nachteile offen und unvoreingenommen zu diskutieren. Dabei geht es in keiner Weise darum, historische Diskussionen wiederzubeleben. Es steht außer Frage, dass der Wechsel zum System der Legalausnahme nicht nur zu einer massiven Entlastung der Kommission, sondern insgesamt zu praktikableren Ergebnissen geführt hat. Umgekehrt ist unverkennbar, dass der vollständige Verzicht auf Einzelentscheidungen zu Artikel 101 Abs. 3 AEUV zu Nachteilen geführt hat, die im Lichte der aktuellen Bedingungen unbefangen beurteilt werden sollten.

(58) Ein wesentlicher Nachteil liegt aus Sicht der Studienvereinigung darin, dass die Kommission seit Inkrafttreten der VO 1/2003 über praktisch keine Entscheidungspraxis im Bereich vertraglicher Vereinbarungen mit potentiell wettbewerbsbeschränkender Wirkung mehr verfügt. Damit fehlt der Kommission das gesamte Erfahrungswissen, das aus der konkreten Rechtsanwendung im Einzelfall

resultieren würde. Dieses fehlende Erfahrungswissen ist nach Auffassung der Studienvereinigung in vielen Bereichen erkennbar. So ist die Kommission in der Abfassung ihrer Leitlinien kaum in der Lage, auf eigene Fallpraxis zurückzugreifen. Viele Ausführungen haben einen stärker theoretisch geprägten Hintergrund oder greifen Entscheidungen auf, die nationale Wettbewerbsbehörden getroffen haben. Letztlich ergibt sich erst in der Rechtsanwendung im Einzelfall die Notwendigkeit, genaue Grenzlinien zu ziehen. Konkrete Einzelfallentscheidungen entfalten dann eine Orientierungsfunktion auch für alle anderen Rechtsanwender in vergleichbaren Fallgestaltungen.

- (59) Das zweite Defizit besteht unbestreitbar im Bereich der Rechtssicherheit für die Unternehmen. Deutliche Einschränkungen der Rechtssicherheit wurden beim Wegfall des Anmeldesystems ausdrücklich in Kauf genommen. Umgekehrt sind die bei Verabschiedung der VO 1/2003 diskutierten Maßnahmen zur Kompensation reduzierter Rechtssicherheit nicht oder nicht in demjenigen Umfang genutzt worden, wie dies ursprünglich in Aussicht gestellt worden war. So fehlt praktisch jede Entscheidungspraxis der Kommission im Bereich der Feststellung der Nichtanwendbarkeit nach Artikel 10 VO 1/2003. Auch die Zahl der Gruppenfreistellungsverordnungen hat sich seit Inkrafttreten der VO 1/2003 nicht etwa erhöht, sondern reduziert.
- (60) Die Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten zu den Voraussetzungen des Artikel 101 Abs. 3 AEUV vermag der Rechtsunsicherheit nicht entgegenzuwirken, sondern trägt teils noch zu deren Verstärkung bei. Denn auf Ebene der Mitgliedstaaten unterscheidet sich nicht nur die Praxis der Behörden, welche Kriterien im Rahmen von Artikel 101 Abs. 3 AEUV zu berücksichtigen sind (z. B. auch Nachhaltigkeitserwägungen) und wann eine solche Einzelfreistellung als erfüllt angesehen werden kann, sondern auch das Maß der bei den Wettbewerbsbehörden und Gerichten vorhandenen (kartellrechtsspezifischen) ökonomischen Expertise.
- (61) Die Kommission hat zwar die von ihr veröffentlichten Leitlinien deutlich umfassender ausgestaltet, insbesondere auch im Entwurf der derzeit im Entwurf vorliegenden überarbeiteten Horizontal-Leitlinien. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu berücksichtigen, dass Leitlinien schon aufgrund ihrer Rechtsnatur nur in eingeschränktem Umfang in der Lage sind, Rechtssicherheit zu vermitteln. Darüber hinaus fehlt den Leitlinien erkennbar das Erfahrungswissen aus entsprechender einzelfallbezogener Entscheidungspraxis. Darüber hinaus decken die Leitlinien nur ausgewählte Bereiche vertraglicher Vereinbarungen ab.

- (62) Die Studienvereinigung verkennt nicht, dass teilweise versucht wurde, durch eine Ausweitung der Beratungspraxis durch die Wettbewerbsbehörden Defizite im Bereich der Rechtssicherheit zu reduzieren. Die Praxis der einzelnen Wettbewerbsbehörden dazu ist sehr unterschiedlich ausgeprägt. Im Umfeld der jüngsten Krisenentwicklungen (Covid 19, Ukraine-Krieg, Energie-Preiserhöhungen) hat sich die Beratungspraxis auf Kommissionsebene und die Bereitschaft der Kommission zum Abgeben schriftlicher Guidance allerdings wieder intensiviert. Letztlich verbleiben aber gravierende Defizite, auch in eher "klassischen Bereichen" – insbesondere dann, wenn Unternehmen über hohe Investitionen in Verbindung mit erheblichen Rückabwicklungsrisiken zu entscheiden haben. Eine gewisse Rechtssicherheit kann und sollte sich zumindest schon im Wege eines *Comfort Letters* erzielen lassen.
- (63) Nach Auffassung der Studienvereinigung ist es an der Zeit, über praktikable Maßnahmen zur Erhöhung der Rechtssicherheit in zweierlei Hinsicht offen zu diskutieren. Zum einen sollten bei einer Neufassung von Artikel 10 VO 1/2003 Bereiche definiert werden, die sich für eine Feststellung der Nichtanwendbarkeit durch die Kommission in besonderer Weise eignen. Insbesondere sollte die bislang vorgenommene faktische Einschränkung auf grundlegend neuartige Sachverhalte entfallen.
- (64) Darüber hinaus muss nach Auffassung der Studienvereinigung auch offen über einen Wegfall des bisherigen Monopols der Kommission im Bereich der Feststellung der Nichtanwendbarkeit gesprochen werden. Im Hinblick auf die Kompetenzen und die Leistungsfähigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden ist die Situation heute nicht mit derjenigen vergleichbar, die bei Erlass der VO 1/2003 kurz nach der starken Erweiterung der Union bestand. In einer geänderten Durchführungsverordnung sollten die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten daher ermächtigt werden, in bestimmten klar identifizierbaren Konstellationen ebenfalls eine Feststellung der Nichtanwendbarkeit treffen zu können. Die dafür geeigneten Sachverhalte könnten u.a. auch nach ihrem geographischen Schwerpunkt abgegrenzt werden. Durch die Ausgestaltung der Zusammenarbeit im ECN, ggf. verbunden mit einer Einbindung der Kommission in den Entscheidungsprozess, kann eine Kohärenz der entsprechenden Feststellungspraxis erreicht werden.
- (65) Eine Ausweitung möglicher Feststellungen der Nichtanwendbarkeit soll nach Auffassung der Studienvereinigung nicht zur Wiedereinführung eines Anmeldesystems führen. Dem kann durch die Begrenzung der für eine solche Feststellung geeigneten Fälle Rechnung getragen werden. In diesem Zusammenhang sollte den Wettbewerbsbehörden ein gewisses Ermessen eingeräumt werden. Sie sollten beispielsweise auch in der Lage sein, auf die Klärung vergleichbarer

Fragestellungen in vorangegangenen Entscheidungen über die Feststellung der Nichtanwendbarkeit zu verweisen. Gerade die Orientierungsfunktion solcher Entscheidungen für vergleichbare Fallgestaltungen sollte in ihrer Wirkung für die Rechtssicherheit aller Beteiligten nicht unterschätzt werden.

**8. In your view, have the procedures set up in Regulation 1/2003 and Regulation 773/2004 generally contributed to a timely and efficient enforcement of Articles 101 and 102 TFEU?**

Yes  / No  / Don't know

- (66) Nach Auffassung der Studienvereinigung verfügt die Kommission auf der Basis der Verordnung 1/2003 über die erforderlichen Instrumente zur wirksamen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln. Nach Umsetzung der ECN-Plus-Richtlinie gilt dies auch für die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten.
- (67) Nach Auffassung der Studienvereinigung besteht ein generelles Interesse an einem zügigen Abschluss von Verfahren zur Durchsetzung der Wettbewerbsregeln. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund sich rasch ändernder Marktverhältnisse gerade unter dem Eindruck fortschreitender Digitalisierung und Globalisierung. Dabei ist jedoch zwischen Verfahren zu unterscheiden, die in erster Linie die Ahndung von Verstößen in der Vergangenheit zum Gegenstand haben und solchen Verfahren, die vorrangig der Offenhaltung von Märkten dienen. Das Bedürfnis einer zeitnahen und zügigen Entscheidung stellt sich insbesondere dort, wo Verfahren die Offenhaltung von Märkten oder die Wiederherstellung von Wettbewerb zum Gegenstand haben.
- (68) Die in der Verordnung 773/2004 enthaltenen Verfahrensvorschriften dienen in erster Linie einer Wahrung der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen. Die mit einer Wahrung dieser Rechte verbundenen Verfahrensverzögerungen sind nach Auffassung der Studienvereinigung aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und des fairen Verfahrens hinzunehmen.
- (69) Derartige Verfahrensverzögerungen fallen dort nicht ernsthaft ins Gewicht, wo es in erster Linie um die Ahndung von Zuwiderhandlungen in der Vergangenheit geht. Die Achtung der Verteidigungsrechte ist aber auch in denjenigen Verfahren geboten, die auf eine Offenhaltung der Märkte gerichtet sind.
- (70) Aus Sicht der Studienvereinigung ergeben sich vermeidbare Verzögerungen daraus, dass die Kommission Verfahren zur Durchsetzung der Wettbewerbsregeln annähernd immer als Bußgeldverfahren führt und damit zwangsläufig die Notwendigkeit begründet, dass die betroffenen Unternehmen ihre Verteidigungsrechte in vollem Umfang wahrnehmen. Nach Auffassung der Studienvereinigung führt die

Kommission gerade im Bereich der Digitalwirtschaft zu wenige Verfahren, die primär auf das künftige Verhalten der betroffenen Unternehmen gerichtet sind. Nach Einschätzung der Studienvereinigung ließen sich solche Verwaltungsverfahren in Form von Abstellungsverfügungen ohne ahndenden Charakter deutlich rascher abschließen, als dies bei Bußgeldverfahren der Fall ist.<sup>4</sup>

(71) Ein erhebliches Defizit für die zeitnahe Durchsetzung der Wettbewerbsregeln besteht nach Auffassung der Studienvereinigung darin, dass die Kommission von der Möglichkeit, einstweilige Maßnahmen nach Artikel 8 VO 1/2003 zu erlassen, nur in unzureichendem Umfang Gebrauch gemacht hat. Für einstweilige Maßnahmen stellt die VO 1/2003 das erforderliche Instrumentarium zur Verfügung. Die Defizite liegen im Bereich der Anwendung durch die EU-Kommission.

**9. In your view, are the objectives of an effective and uniform application of Article 101 TFEU of Regulation 1/2003 still relevant?**

Yes  / No  / Don't know

(72) Aus Sicht der Studienvereinigung hat sich an der Bedeutung des Ziels einer wirksamen und einheitlichen Anwendung von Artikel 101 AEUV seit Inkrafttreten der VO 1/2003 nichts geändert.

**10. In your view, are the objectives of an effective and uniform application of Article 102 TFEU of Regulation 1/2003 still relevant?**

Yes  / No  / Don't know

(73) Aus Sicht der Studienvereinigung hat sich an der Bedeutung des Ziels einer wirksamen und einheitlichen Anwendung von Artikel 102 AEUV seit Inkrafttreten der VO 1/2003 nichts geändert.

**11. In your view, is the procedural framework established by Regulations 1/2003 and 773/2004 still relevant in light of the developments of the global and European economy, e. g. digitalization and the move towards sustainable development? If you reply in the negative, please explain which developments have affected the relevance of the procedural framework in your view.**

Yes  / No  / Don't know

(74) Nach Auffassung der Studienvereinigung führen vor allem die Veränderungen im Bereich der Digitalwirtschaft zu geänderten Anforderungen für die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsregeln. Verfahren, die mit einer Zielsetzung der Offenhaltung von Märkten eingeleitet werden, müssen zu zeitnahen Ergebnissen

---

<sup>4</sup> Auch das Bundeskartellamt führt typischerweise Verfahren in Graubereichen und vor allem in Missbrauchsverfahren als Verwaltungsverfahren.

führen. Dazu sollte stärker als in der Vergangenheit das Instrument einstweiliger Maßnahmen herangezogen werden. Darüber hinaus ist generell zu prüfen, durch welche Maßnahmen zu einer Verfahrensbeschleunigung beigetragen werden kann. Dabei steht nach Auffassung der Studienvereinigung im Vordergrund, dass Verfahren stärker auf die Offenhaltung von Märkten über Abstellungsverfügungen als auf die Ahndung vergangener Verstöße ausgerichtet werden und dass die Generaldirektion Wettbewerb ihre personellen Ressourcen in dem Umfang verstärkt, wie dies zu einer zeitnahen Verfahrensbeendigung erforderlich ist. Umgekehrt kann eine Verfahrensbeschleunigung nicht dadurch erreicht werden, dass die legitimen Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen eingeschränkt werden.

- (75) Nach Auffassung der Studienvereinigung ist das bestehende Instrumentarium der Durchführungsverordnungen in der Lage, mit den Anforderungen einer stärker globalisierten Wirtschaft Schritt zu halten. Die verstärkte Berücksichtigung von Fragen der Nachhaltigkeit im Bereich der Wettbewerbsregeln bedarf ebenfalls keiner verfahrensrechtlichen Änderungen.

**12. In your view, are Regulations 1/2003 and 773/2004 overall coherent with other EU legislation and EU policies?**

Yes  / No  / Don't know

- (76) Nach Auffassung der Studienvereinigung fügen sich die Durchführungsverordnungen in das von den Europäischen Verträgen begründete System unverfälschten Wettbewerbs im Grundsatz kohärent ein.
- (77) Eine gewisse Inkohärenz mit anderen EU-Politikfeldern könnte durch die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV durch die nationalen Wettbewerbsbehörden entstehen. Hier hat die Praxis gezeigt, dass zuweilen unterschiedliche Ansätze in Bezug auf Nachhaltigkeitserwägungen im Zusammenhang mit einer Verhaltensweise, die gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt, verfolgt werden. Während einige Behörden solche nicht-ökonomischen Vorteile berücksichtigen, lehnen andere dies ab. Dies bringt das Risiko einer unzureichenden Berücksichtigung von EU-Nachhaltigkeitszielen, wie sie beispielsweise im European Green Deal der Kommission formuliert sind, mit sich.
- (78) Darüber hinaus besteht jedenfalls Anlass, die Durchführungsverordnungen im Hinblick auf das Prinzip der Subsidiarität auf den Prüfstand zu stellen. Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass unter den aktuellen Bedingungen kein Grund dafür besteht, Entscheidungen nach Artikel 10 VO 1/2003 über die Feststellung der Nichtanwendbarkeit ausschließlich der Kommission vorzubehalten. Vielmehr können derartige Entscheidungen auch nationalen Wettbewerbsbehörden

übertragen werden, die sie im Hinblick auf national geprägte Sachverhalte auch sachnäher prüfen können.

- 13. In your view, have Regulations 1/2003 and 773/2004 contributed to ensuring the effective and uniform application of Articles 101 and 102 TFEU in a manner that goes beyond what would have been achieved by Member States alone?**  
Yes  / No  / Don't know

(79) Die herausragende Rolle der Kommission bei der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln ergibt sich aus den Europäischen Verträgen und steht nicht zur Disposition des Sekundärrechts. Eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsregeln bedarf nach Auffassung der Studienvereinigung unzweifelhaft auch der Durchsetzung durch eine europaweit agierende Institution. Auch ein koordiniertes Zusammenwirken der nationalen Wettbewerbsbehörden kann dies nicht ersetzen. Die Verordnung 1/2003 enthält die geeigneten Mittel zur Koordination zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für die Durchsetzung der Europäischen Wettbewerbsregeln.

**B. Powers of Investigation (Articles 17 to 22 of Regulation 1/2003, Articles 3 and 4 of Regulation 773/2004)**

Vorbemerkung

(80) Die Frage nach der Effektivität der Ermittlungsbefugnisse der Kommission ist aus Sicht der Studienvereinigung in einer Gesamtschau aller Ermittlungsbefugnisse zu beantworten. Die Ermittlungsinstrumente ergänzen sich gegenseitig, wie z.B. die Möglichkeit der Kommission, Mitarbeiter der Unternehmen nach Art. 19 VO 1/2003 zu befragen, nach Art. 18 VO 1/2003 Auskunftsverlangen an die Unternehmen zu richten und von Mitarbeitern der Unternehmen im Rahmen der Nachprüfung Informationen zu einzelnen Dokumenten nach Art. 20 VO 1/2003 zu verlangen.

(81) In der Gesamtbetrachtung sind aus Sicht der Studienvereinigung die durch die VO 1/2003 zur Verfügung gestellten Ermittlungsbefugnisse der Kommission gut geeignet und damit effektiv, um Verstöße gegen das Kartellrecht umfassend zu verfolgen. Die Verwaltungspraxis zeigt, dass die Kommission bislang stets in der Lage war, auf sämtliche Daten- und Informationssammlungen der Unternehmen zuzugreifen, die sie für ihre Untersuchung benötigte, auch wenn es sich dabei um Daten und Informationen geht, die einem besonderen gesetzlichen Schutz unterliegen.

(82) Die Ermittlungshandlungen der Kommission sind jedoch regelmäßig nicht effizient.

Stattdessen sind sie häufig von einer unverhältnismäßigen, zuweilen nicht sehr fokussiert anmutenden Datenerhebung geprägt und überschreiten häufig die Grenzen des Erforderlichen. Dies geht zu Lasten der Rechtssicherheit, der Verteidigungsrechte der Unternehmen und der Privatsphäre der von einzelnen Maßnahmen ebenfalls betroffenen natürlichen Personen.

(83) Aus Sicht der Studienvereinigung kann die Effizienz der Ermittlungsbefugnisse insbesondere durch folgende Maßnahmen verbessert werden:

- Kodifizierung eines umfassenden Anwaltsprivilegs für alle Ermittlungsbefugnisse der Kommission;
- Kodifizierung der Vorgehensweise für die Sichtung und Selektion von digitalen Daten durch die Kommission im Rahmen einer Nachprüfung sowie Stärkung der Unternehmensrechte und der Privatsphäre der natürlichen Personen in diesem Zusammenhang;
- Erhöhung des Schutzniveaus für Unternehmen und natürliche Personen im Fall von Auskunftsverlangen der Kommission; entsprechende Kodifizierung für die Vorgehensweise der Kommission bei sog. „Suchwort-Anfragen“;
- Erhöhung des Schutzniveaus bei einer Nachprüfung der Kommission in Privaträumen.

**14. In your view, do the following investigative tools provided by Regulation 1/2003 provide for an effective means to detecting and investigating potential infringements of Articles 101 or 102 TFEU?**

**a. Investigations into sectors of the economy and into types of agreements (Article 17 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

(84) Im Vergleich zu ihrer Vorgängerverordnung 17/62, die in Art. 12 nur Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige ermöglichte, wurde die Kommission in der VO 1/2003 in die Lage versetzt, gemäß Art. 17 VO 1/2003 auch sektorübergreifend bestimmte Arten von Vereinbarungen zu untersuchen. Soweit ersichtlich, wurde von diesem Mehr an Befugnissen zumindest in den letzten Jahren jedoch nicht Gebrauch gemacht. Schon vor diesem Hintergrund könnten Zweifel an der Effektivität der entsprechend erweiterten Vorschrift erhoben werden. Im Übrigen deutet aber die Vielzahl der tatsächlich von der Kommission vorgenommenen Untersuchungen und die umfassenden darin gewonnenen Erkenntnisse in Bezug auf bestimmte Sektoren eine gewisse Effektivität des Art. 17 VO 1/2003 an. Dies wird durch die sehr geringen Eingriffsschwellen weiter unterstützt. Denn erforderlich für eine Untersuchung soll nach dem Wortlaut allein eine Vermutung, nicht aber der konkrete Anfangsverdacht

einer Zuwiderhandlung sein. Dass insoweit ernsthafte und überprüfbare Indizien vorliegen müssen, ist jedoch offensichtlich. Schließlich stehen der Kommission durch die Einleitung einer Untersuchung nach Art. 17 VO 1/2003 die Ermittlungsbefugnisse der Art. 18-20 VO 1/2003 zur Verfügung. Eine Klarstellung im Hinblick auf die Notwendigkeit des Vorliegens von überprüfbaren Indizien wäre jedoch aus Sicht der Studienvereinigung insoweit sachgerecht.

- (85) Die praktische Handhabung des Art. 17 VO 1/2003 vermittelt vielmehr den Eindruck, dass die Vorschrift der Kommission geradezu übereffektive Ermittlungsbefugnisse einräumt. Dies gilt nicht zuletzt für die im Rahmen von Art. 17 VO 1/2003 gestattete Vornahme von Nachprüfungen. Eine solche Befugnis im Zusammenhang mit einer Sektoruntersuchung ist enorm weitgehend. Eine Nachprüfung stellt einen außerordentlich massiven Eingriff in die Rechtssphäre der Unternehmen (und ggf. der betroffenen natürlichen Personen) dar. Dies ist mit Blick auf die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, fragwürdig. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt dann als verletzt, wenn eine Maßnahme das Unternehmen ungebührlich belastet. Die gewählte Ermittlungshandlung muss daher stets das mildeste verfügbare Mittel darstellen. Im Rahmen von Art. 17 VO 1/2003 wird es jedoch stets ein mildereres, aber ebenso effektives Mittel geben, nämlich das Auskunftsverlangen gemäß Art. 18 VO 1/2003. Daran ändert auch nichts, dass die Kommission im Rahmen der Sektoruntersuchung im Pharmabereich verlautbart hat, von Nachprüfungen im Rahmen von der Sektoruntersuchungen nur ausnahmsweise Gebrauch zu machen. Bereits die Befugnis bei vergleichsweise niedrigen Schwellen ist als solche bedenklich. Auch die Möglichkeit, die Nachprüfung mittels Nichtigkeitsklage anzufechten, vermag hier keinen angemessenen Ausgleich schaffen. Denn die erhebliche Rechtsverletzung ist durch den Eingriff bereits eingetreten. Es gilt ohnehin zu beachten, dass das Auswahlermessen der Kommission von der Rechtsprechung in aller Regel weit ausgelegt wird. Mithin ist es in der Praxis *per se* äußerst schwierig, Ermittlungshandlungen wegen Ermessensmissbrauch gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV erfolgreich anzugreifen.
- (86) Da auch im Rahmen von Sektoruntersuchungen im erheblichen Maße interne Dokumente zur Verfügung gestellt werden müssen, stellt sich auch an dieser Stelle (wie auch bei den anderen Ermittlungsbefugnissen der Kommission) die Frage nach einer sachgerechten Kodifizierung und zeitgemäßen Anwendung des Anwaltsprivilegs. Das Anwaltsprivileg sollte im Rahmen der VO 1/2003 ausdrücklich geregelt werden. Hier gelten die Ausführungen im Rahmen der unter Frage 15 b. gemachten Vorschläge zum Anwaltsprivileg.

**b. Requests for information (Article 18 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

- (87) In der Gesamtbetrachtung sind aus Sicht der Studienvereinigung die durch die VO 1/2003 zur Verfügung gestellten Ermittlungsbefugnisse der Kommission gut geeignet, um Verstöße gegen das Kartellrecht umfassend zu ermitteln. Die Kommission interpretiert ihre Ermittlungsbefugnisse insbesondere auch bei Auskunftsverlangen sehr weit und macht von ihnen in der Praxis entsprechend weitgehend Gebrauch. Die Verwaltungspraxis zeigt, dass die Kommission bislang stets in der Lage war, auf sämtliche Daten- und Informationssammlungen der Unternehmen zuzugreifen, die sie für ihre Untersuchung benötigte, auch wenn es sich dabei um Daten und Informationen handelt, die einem besonderen gesetzlichen Schutz unterliegen (private Daten, Anwaltskorrespondenz, Daten außerhalb des Untersuchungsgegenstands). Im Lichte der zunehmenden Digitalisierung wird die Kommission hierzu in Zukunft weiter und in verstärktem Maße in der Lage sein. Soweit im Zeitraum 2017 bis 2019 die Dauer der Kartelluntersuchungen zugenommen hat, lässt sich daraus keine mangelnde Effektivität der Untersuchungsinstrumente ableiten. Vielmehr ist die Wahrnehmung der Studienvereinigung, dass die Kommission mit Hilfe ihrer umfangreichen Befugnisse immer mehr Daten und Informationen einsammelt und dadurch mehr Zeit für deren Auswertung benötigt. Ihre Sammlung an Daten und Informationen ist extensiver und weniger am Untersuchungsgegenstand ausgerichtet als bei den nationalen Wettbewerbsbehörden, wie etwa die des Bundeskartellamts. Die komplexe Auswertung exorbitant großer Datenmengen bei gleichzeitig beschränkt zur Verfügung stehenden Ressourcen resultiert häufig in einer übermäßig langen Verfahrensdauer, was bereits mit Blick auf den Beschleunigungsgrundsatz nach Art. 6 EMRK bedenklich erscheint. Dies stellt aber nicht die Effektivität der vorhandenen Ermittlungsbefugnisse in Frage, sondern die Effizienz des Vorgehens der Kommission und die überschießende Intensität der Eingriffe in die Sphäre der betroffenen Unternehmen.
- (88) Zudem gehen die Befugnisse der Kommission teilweise weit über die Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden und Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinaus: Beispielsweise gibt Art. 18 VO 1/2003 der Kommission ein wirksames Instrument der Sachverhaltsaufklärung mittels Auskunftsverlangen, das nationalen Wettbewerbsbehörden wie etwa dem Bundeskartellamt zumindest nicht in diesem Umfang und Nachdrücklichkeit (Bebußung) zur Verfügung steht. Des Weiteren sind die betroffenen Unternehmen gegenüber der Kommission zur umfangreichen Kooperation verpflichtet, was auf mitgliedstaatlicher Ebene – trotz Umsetzung der

ECN-Plus-Richtlinie – häufig nicht oder nur eingeschränkt vorgesehen ist.<sup>5</sup> Vor diesem Hintergrund ist nach Auffassung der Studienvereinigung die Effektivität der vorhandenen Ermittlungsbefugnisse gegeben. Es besteht jedenfalls kein Bedarf sie weiter auszuweiten.

**c. Power to take statements (Article 19 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

- (89) Soweit ersichtlich, findet die Befugnis zur freiwilligen Befragung in der Praxis hauptsächlich im Rahmen der Kronzeugenregelung Anwendung und wird gegenüber natürlichen Personen eingesetzt. Die Kommission ist in der Regel bemüht, ihre über Befragungen erlangten Erkenntnisse durch Dokumente zu belegen. Damit ergänzt die Befragung die klassischen Ermittlungsinstrumente häufig lediglich nachrangig. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Effektivität der Vorschrift nicht hinter dem zurücksteht, was eigentlich mit ihr bezweckt wurde. Nachdem der EuGH jedoch in der Rs. *Intel* klargestellt hat, dass Art. 19 VO 1/2003 nicht nur auf förmliche Befragungen, sondern auch auf informelle Gespräche anzuwenden ist, dürfte seine Relevanz zunehmen. Doch die Vorschrift führt in der Praxis immer wieder zu Abgrenzungsproblemen mit der Befugnis der Kommission, im Rahmen von Nachprüfungen Erläuterungen zu Tatsachen oder Unterlagen zu erlangen. Letztere wird sehr weit interpretiert bzw. (situationsbedingt) durchgesetzt und nicht etwa, wie der Wortlaut klarstellt, nur auf bereits vorgefundene Tatsachen oder Unterlagen begrenzt. Eine weitere Differenzierung bzw. Klarstellung erschiene insoweit angemessen. Letzteres gilt auch für die noch nicht anschließend geklärte Frage, ob aus Art. 19 VO 1/2003 auch eine Pflicht für die Kommission zur Befragung folgt, wenn sich ein Entlastungszeuge (oder Unternehmen) dazu anbietet. Dies sollte aus Sicht der Studienvereinigung schon aus dem Gebot der rechtsstaatlichen Verfahrensführung und der Wahrung der Verteidigungsrechte geboten sein.

**d. Powers of inspection (Article 20 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

- (90) Sowohl in der Gesamtschau aller Instrumente als auch mit Blick auf die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission sieht die Studienvereinigung keinen Bedarf, die Ermittlungsbefugnisse auszuweiten. Zahlreiche Nachprüfungen in den vergangenen Jahren haben gezeigt, dass die Kommission während der Nachprüfung hinreichend in der Lage ist, alle im Unternehmen vorhandenen bzw. gespeicherten Informationen zu sichten und zu selektieren.

---

<sup>5</sup> Zur Rechtmäßigkeit dieser Abweichung vom nationalen Recht etwa EuGH v. 28.01.2021, C-466/19P – Qualcomm, Rn. 143.

**e. Inspections of other premises (Article 21 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

- (91) Sowohl in der Gesamtschau aller Instrumente als auch mit Blick auf die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission beurteilt die Studienvereinigung die Befugnisse als effektiv. Es besteht keinen Bedarf, die Ermittlungsbefugnisse auszuweiten. Schon die bestehenden Durchsuchungsbefugnisse können im Fall der Durchsuchung von Privatwohnungen einen sehr intensiven Eingriff in die Rechte der Betroffenen darstellen. Es wäre aus Sicht der Studienvereinigung falsch, die mögliche Intensität des Eingriffs durch die Erweiterung der Befugnisse noch weiter zu erhöhen. Vielmehr besteht Bedarf nach zusätzlichem Schutzniveau für die Betroffenen und deren Privatsphäre.

- 15. In your view, are the following investigative tools provided by Regulation 1/2003 an efficient means to collect evidence related to potential anti-competitive conduct prohibited by Articles 101 and 102 TFEU? In order to answer this question, please take into account, on the one hand, the type and importance of the evidence that can be collected by means of each specific investigative tool and, on the other hand, the administrative burdens on both the Commission and third parties.**

**a. Investigations into sectors of the economy and into types of agreements (Article 17 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

- (92) Ermittlungshandlungen sind häufig von einer unverhältnismäßigen, zuweilen nicht sehr fokussiert anmutenden Datenerhebung geprägt. Schon die Übermittlung solcher Daten erweist sich für die Unternehmen häufig durch die nicht gerade von Benutzerfreundlichkeit geprägte elektronische Plattform der Kommission als Herausforderung. Aber auch die komplexe Auswertung sehr großer Datenmengen im Rahmen von Sektoruntersuchungen bei gleichzeitig beschränkt zur Verfügung stehenden Ressourcen resultiert in übermäßig langen Verfahren, was, wie bereits zuvor erwähnt, bereits mit Blick auf den Beschleunigungsgrundsatz nach Art. 6 EMRK bedenklich erscheint. Das gilt insbesondere für Sektoruntersuchungen. Hier kommt noch hinzu, dass Art. 17 VO 1/2003 keine Regeln bezüglich der Veröffentlichung der entsprechenden Berichte enthält. Der Inhalt, deren Zeitplan und auch die Art der Veröffentlichung liegt daher im völligen Ermessen der Kommission. Konkrete Vorgaben könnten hier aus Sicht der Studienvereinigung effizienzsteigernd wirken. Angesichts des mit der Sektoruntersuchung verbundenen Aufwands auch für die befragten Unternehmen sollte die Veröffentlichung zur Regel werden. Vorgaben sind auch hinsichtlich des Zeitraums bis zum Abschluss der Untersuchung sinnvoll, da sonst nicht mehr sichergestellt werden kann, dass die Datenbasis für die in dem

Bericht getroffenen Schlussfolgerungen hinreichend aktuell ist. Ferner erscheint es sachgerecht, über den Umfang solcher Berichte nachzudenken. Für ausufernde Darstellungen gilt in der Regel die Vermutung, dass diese nicht effizient sind. Nicht nur manchmal ist weniger mehr. Hier könnte bereits im Vorfeld mit einer etwas fokussierteren Fragenstellung Abhilfe geschaffen werden.

**b. Requests for information (Article 18 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

- (93) Bei einer Gesamtbetrachtung der vorhandenen Ermittlungsbefugnisse der Kommission sind diese aus Sicht der Studienvereinigung in der heutigen Form zwar ausreichend, um Verstöße gegen Art. 101 und 102 AUEV effektiv aufzuklären. Die Anwendung durch die Kommission überschreitet jedoch oft die Grenzen des Erforderlichen. Dies geht zu Lasten der Rechtssicherheit, der Verteidigungsrechte der Unternehmen und der Privatsphäre der natürlichen Personen. Nach Ansicht der Studienvereinigung kann die Effizienz der einzelnen Maßnahmen verbessert werden, indem insbesondere die Verteidigungsrechte der Betroffenen und der Schutz der Privatsphäre kodifiziert und gestärkt werden. Ferner muss der klare Fokus der Maßnahme auf den Untersuchungsgegenstand gestärkt werden. Das gilt erst recht, wenn entgegen der Auffassung der Studienvereinigung die Ermittlungsbefugnisse der Kommission noch stärker ausgeweitet werden sollten.
- (94) Ohne eine klare Kodifizierung der Rechte der betroffenen Unternehmen und Personen besteht letztlich eine erhöhte Gefahr, dass die Ermittlungsmaßnahmen der Kommission höchstrichterlicher Klärung bedürfen, was die Ermittlungsarbeit letztlich ineffizient machen würde. Wie zahlreiche Verfahren der jüngeren Vergangenheit gezeigt haben, mussten die Unionsgerichte Fehler in der Anwendung der Ermittlungsbefugnisse durch die Kommission feststellen.<sup>6</sup> So hat das EuG zum Beispiel im Fall der Durchsuchung von französischen Supermärkten die Nachprüfungsentscheidung der Kommission teilweise aufgehoben, da die Kommission ihren Anfangsverdacht teilweise nicht hinreichend begründet hatte.<sup>7</sup> Soweit die Rechte der betroffenen Unternehmen und Personen klar begrenzt und kodifiziert sind und die Kommission sich in den Grenzen ihrer kodifizierten Befugnisse bewegt, besteht eine geringere Gefahr dafür, dass Untersuchungen der Kommission aufgrund längerer Rechtsstreitigkeiten auf formaler Ebene erschwert werden. Dabei sollten die Verteidigungsrechte der Betroffenen und der Schutz der Privatsphäre umfassender ausgestaltet werden, als dies der heutigen Praxis entspricht.

---

<sup>6</sup> Beispielhaft für Fehler in den Auskunftsverlangen der Kommission: EuGH, Urt. v. 10.03.206, C-267/14 P – Buzzi Unicem SpA; EuGH, Urt. v. 10.03.2016, C-268/14P – Italmobilare; EuG, Urt. v. 14.3.2014, T-306/11 – Zement (Schwenk); zu fehlerhaften Anwendung der Nachprüfungsbefugnisse etwa EuGH, Urt. v. 18. Juni 2015, C-583/13 P – Deutsche Bahn; EuG, Urt. v. 5.10.2020, T-254/17 – Intermarché Casino Achats.

<sup>7</sup> EuG, Urt. v. 5.10.2020, T-254/17 – Intermarché Casino Achats.

- (95) Um dies zu verbessern, wäre zunächst – wie bereits oben erwähnt – eine Kodifizierung und Stärkung des Anwaltsprivilegs in der Verordnung nicht nur für den Fall eines Auskunftsverlangens, sondern für alle Ermittlungsbefugnisse der Kommission sinnvoll. Auch weitere Beschränkungen der Ermittlungsbefugnisse hielten wir für sinnvoll.

***Kodifizierung und Stärkung des Anwaltsprivilegs für alle Ermittlungsbefugnisse***

- (96) Eine effizientere und effektivere Gestaltung der Ermittlungsbefugnisse darf nicht zu Lasten des Anwaltsprivilegs gehen. Vielmehr sollte die Gelegenheit der Überarbeitung der Kartellverfahrensverordnung genutzt werden, das Anwaltsprivileg nicht nur zu festigen, sondern auch zu stärken. Die Grundlage des Anwaltsprivilegs bildet insbesondere das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht ausreichend, dieses elementare Recht lediglich in den Best Practices der Kommission abzubilden.
- (97) Die Unionsgerichte erkennen zwar das Anwaltsprivileg in ständiger Rechtsprechung an.<sup>8</sup> Seine Kodifizierung wäre aus Sicht der Studienvereinigung aber begrüßenswert und überfällig. Das Anwaltsprivileg sollte zudem weitreichender sein. Syndikusanwälte<sup>9</sup> und Anwälte aus Drittstaaten sollten mit umfasst werden. Das Gleiche gilt auch für Beratung, die nicht kartellrechtsspezifisch erfolgt, jedoch in Zusammenhang mit dem Vorwurf der Kommission steht. So ließe sich ein einheitlicher Schutz gewährleisten und immer wieder aufkommende Abgrenzungsschwierigkeiten auflösen.
- (98) Bei der Kodifizierung sollte der Trugschluss aufgelöst werden, dass lediglich externe Rechtsanwälte in den persönlichen Schutzbereich des Anwaltsprivilegs fallen, da nur diese unabhängig seien. Die Begründung, dass Syndikusanwälte aufgrund ihrer Abhängigkeit von ihrem Arbeitgeber eine Einheit mit dem Unternehmen bilden und deshalb eine viel stärkere Identifizierung mit dem Unternehmen haben als externe Anwälte, die eine Vielzahl von Mandanten betreuen,<sup>10</sup> greift aus Sicht der Studienvereinigung zu kurz: Zwar sind Syndikusanwälte Arbeitnehmer eines Unternehmens. Ihnen kommt dennoch eine besondere Rolle zu, die schutzwürdig ist. Syndikusanwälte sind, wie externe Anwälte auch, Teil der Rechtspflege und stellen im Rahmen des allgemeinen Interesses sicher, dass das Gesetz im Unternehmen richtig angewendet wird. Ihnen kommt innerhalb des Unternehmens eine rechtsberatende Funktion zu und sie ersetzen – insbesondere in großen Unternehmen – häufig den ansonsten von externen Anwälten eingeholten Rechtsrat.

---

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 18.5.1982, Rs. 155/79 – AM&S; EuGH, Urt. v. 14.9.2010, C-550/07 P, Akzo Nobel.

<sup>9</sup> Für Syndikusanwälte und Anwälte wird aufgrund der besseren Lesbarkeit im Text das generische Maskulinum verwendet. Gemeint sind jedoch immer alle Geschlechter.

<sup>10</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 14.9.2010, C-550/07 P, Akzo Nobel, Rn. 45 ff.

Daher benötigen Unternehmen die Sicherheit, dass ihre Syndikusanwälte intern Rechtsrat erteilen können, ohne dass dieser Rechtsrat der Gefahr der Offenbarung gegenüber Behörden oder Gerichten unterliegt. Zudem gibt es hier bereits heute zahlreiche Unklarheiten der Anwendung, z.B. wenn Rechtsrat eines externen Anwalts von einem Syndikusanwalt unternehmensintern weitergegeben wird. Jedenfalls die interne Kommunikation externen Rechtsrats muss aus Sicht der Studienvereinigung zwingend vom Anwaltsprivileg umfasst sein. Hier fällt das Schutzniveau in der Union deutlich hinter dem Schutzniveau auf nationaler Ebene, wie z.B. Frankreich, zurück.

- (99) Darüber hinaus sollten auch Anwälte aus Drittstaaten vom Anwaltsprivileg umfasst werden und die geschützte Kommunikation sollte sich nicht nur auf die kartellrechtliche Beratung beschränken.
- (100) Im Zeitalter der internationalen Konvergenz und der zunehmenden extraterritorialen Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften scheint es alles andere als sachgerecht, einem Unternehmen schlechthin ein schutzwürdiges Vertrauen auf den Rechtsrat eines außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums zugelassenen Rechtsanwalts abzusprechen. Werden Korrespondenz und Arbeitsprodukte mit und von in Drittstaaten zugelassenen Anwälten sowie Anwälten mit Schwerpunkt in anderen Rechtsbereichen nicht umfasst, führt dies zu einer Aushöhlung des Anwaltsprivilegs und erschwert eine umfassende Rechtsberatung. Zudem ist dies bei der Beratung global tätiger Unternehmen mit Anwälten aus verschiedenen Jurisdiktionen oft kaum praktikabel. Bisher wurde die Erstreckung des Anwaltsprivilegs auf Anwälte aus Drittstaaten mit der Begründung abgelehnt, dass außerhalb der Union oft die gegenseitige Anerkennung des Anwaltsprivilegs fehle und eine effiziente Verwaltungszusammenarbeit mit den Behörden in Drittstaaten nicht in jedem Fall garantiert werde.<sup>11</sup> Die Kommission sollte das Anwaltsprivileg jedoch nicht aus nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und der effizienten Behördenzusammenarbeit schützen, sondern es als das elementare rechtsstaatliche Prinzip begreifen, welches es ist. Insbesondere etwa der Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Union würde ansonsten bedeuten, dass der Rechtsrat der nur dort zugelassenen Rechtsanwälte in der juristischen Sekunde des Austritts seine Schutzwürdigkeit verloren hat. Im Übrigen kann dies häufig zu einer Rechtsunsicherheit führen, wenn nicht von vorneherein klar ist, ob ein Anwalt in einem Mitgliedstaat zugelassen ist oder nicht. Viele Anwälte im Vereinigten Königreich haben unterdessen z.B. eine weitere Zulassung in Irland oder Belgien. Hier dürfte es in Zukunft zahlreiche Unklarheiten geben, ob bzw. ab wann deren Korrespondenz geschützt ist.

---

<sup>11</sup> Vgl. GA Kokott, Schlussantrag v. 29. April 2010, C-550/07 P - *Akzo Nobel*, Rn. 189.

(101) Des Weiteren muss das Anwaltsprivileg aus Sicht der Studienvereinigung jedwede Beratung umfassen, die in einem direkten Zusammenhang mit dem gegen das Unternehmen erhobenen Vorwurf steht. Liegt dieser beispielsweise darin, dass IP-Rechte unrechtmäßig eingesetzt oder der gebotene regulatorische Rahmen missbräuchlich ausgenutzt worden sein soll, muss auch die IP- bzw. regulatorische, mithin nicht genuin kartellrechtliche Rechtsberatung geschützt sein. Nichts Anderes folgt aus der Rechtsprechung des EuGH (z.B. in den Rs. *Akzo Nobel* oder *AM&S*), selbst wenn die Kommission diese anders interpretiert.

(102) Ein umfassendes Anwaltsprivileg macht die Ermittlungen der Kommission auch effizienter, da dafür weniger Zeit und Aufwand erforderlich ist, um im Einzelfall festzustellen, ob eine Kommunikation von einem zu eng interpretierten Anwaltsprivileg gedeckt ist oder nicht. Die Novellierung der VO 1/2003 sollte daher nach Auffassung der Studienvereinigung genutzt werden, das Anwaltsprivileg entsprechend zu erweitern und insbesondere zu kodifizieren.

#### ***Verbesserungsbedarf bei den Auskunftsverlangen***

(103) Auch für die Auskunftsverlangen der Kommission in Art. 18 VO 1/2003 sieht die Studienvereinigung Verbesserungsbedarf. Die Voraussetzungen für den Erlass der einfachen und der verpflichtenden Auskunftsverlangen sind in der Norm nur rudimentär geregelt und mussten von der Rechtsprechung der Unionsgerichte systematisch weiterentwickelt werden. Um die Rechtssicherheit zu erhöhen, schlägt die Studienvereinigung vor, die von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben zu kodifizieren. Dazu gehören insbesondere folgende Aspekte:

- Anforderungen an die Begründung des Auskunftsverlangens<sup>12</sup>
- Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Auskunftsverlangens<sup>13</sup>
- Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung<sup>14</sup>
- Absoluter Schutz der Anwaltskommunikation<sup>15</sup>

#### ***Insbesondere: Anfragen nach Dokumenten über den Einsatz von Suchbegriffen***

(104) Die Kommission geht bei ihren Auskunftsverlangen immer mehr dazu über, wie im Fall Facebook<sup>16</sup>, nach allen Dokumenten zu fragen, die auf den Servern des Unternehmens gespeichert sind und bestimmte Suchbegriffe enthalten. Es ist nicht

---

<sup>12</sup> Dazu EuGH, Urt. v. 10.03.2016, C-247/1 – Heidelberg Cement Rn. 39; EuG, Urt. v. 14.03.2014, T-302/11 – Heidelberg Cement Rn. 35.

<sup>13</sup> Dazu EuGH, Urt. v. 22.10.2002, C-94/00 – Roquette Frères, Rn. 79 f.

<sup>14</sup> Dazu EuGH, Urt. v. 18.10.1989, 374/87 – Orkem, Rn. 29 ff.

<sup>15</sup> Dazu EuGH, Urt. v. 14.09.2010, C-550/07, Akzo Nobel, Rn. 40 ff.

<sup>16</sup> EuG, Beschluss v. 29.10.2020, T-451/20 R und T-452/20 R – Facebook.

auszuschließen, dass die Kommission auch in Zukunft solche Suchbegriff-Anfragen verwenden wird. Dies ist in mehrfacher Hinsicht problematisch. Zunächst besteht das Risiko, dass das Auskunftsinstrument zu einer durch das Risiko des Zwangsgelds und Bußgelds erzwungenen Nachprüfung mutiert, sodass faktisch nicht die Kommission selbst nach Art. 20 VO 1/2003 eine Nachprüfung durchführt, sondern – über ein Auskunftsverlangen – dem Unternehmen die Durchführung der Nachprüfung bei sich selbst aufzwingt. Zudem sind die Anfragen für die Unternehmen sehr aufwendig zu beantworten und mit einer Reihe von Rechtsunsicherheiten verbunden. Das gilt vor allem für die Mitwirkungspflicht der Unternehmen.

- (105) Es ist etwa unklar, welche Datenbestände das Unternehmen durchsucht haben muss, um der Mitwirkungspflicht zu genügen und damit das Risiko eines Zwangsgelds oder Bußgelds zu vermeiden. Es stellt sich etwa die Frage, inwieweit die Unternehmen dafür auf private Geräte, private Messenger-Dienste oder private E-Mail-Ordner ihrer Mitarbeiter zugreifen dürfen und müssen. Deshalb sollten diese Form der Auskunftsverlangen gesondert geregelt und insbesondere folgende Aspekte kodifiziert werden.

#### **1. Verfahren zur Korrektur der Auswahl von Suchbegriffen**

- (106) Bei der Bearbeitung der Anfragen der Kommission, die auf Suchbegriffen basieren, kommt es immer wieder vor, dass ein Suchbegriff oder eine Suchbegriffkombination systematisch Dokumente erfasst, die keinen Bezug zum Untersuchungsgegenstand haben. Dies gilt beispielsweise für Suchbegriffe, die sich im E-Mail-Disclaimer oder der Signatur des Unternehmens oder eines seiner Geschäftspartner wiederfinden (z.B. der Suchbegriff "confidential"). Dann werden alle E-Mails als relevant erfasst, die den E-Mail-Disclaimer bzw. die Signatur enthalten. Es gibt viele weitere Konstellationen, in denen ein Suchbegriff zu einer übermäßigen Anzahl an falschen Treffern führt, etwa weil der Name eines bestimmten Produktes als Suchbegriff verwendet wird, sodass nahezu jedes Dokument des betroffenen Geschäftsbereichs als relevant identifiziert wird. Vor allem vor dem Hintergrund der kurzen Fristen für die Beantwortung der Auskunftsverlangen der Kommission besteht deshalb ein Bedarf nach einem festgelegten rechtssicheren Verfahren, um kurzfristig die Auswahl der Suchbegriffe zu beanstanden und deren Anpassung zu verlangen. Deshalb schlägt die Studienvereinigung vor, ein solches Verfahren zu kodifizieren.

#### **2. Klare Eingrenzung des zu durchsuchenden Datenbestands auf Unternehmensdaten**

- (107) Zudem bestehen bei Suchwort-Anfragen Rechtsunsicherheiten in mehrfacher Hinsicht. Ein Aspekt ist der zu durchsuchende Datenbestand. Es ist insbesondere unklar, ob das Unternehmen auch private Daten seiner Mitarbeiter durchsuchen muss, um das Risiko eines Zwangsgelds oder Bußgelds zu vermeiden. Aus Sicht der

Studienvereinigung ist dies klar abzulehnen. Das Auskunftsverlangen der Kommission darf nicht über das hinausgehen, was die Kommission selbst im Rahmen einer Nachprüfung nach Art. 20 VO 1/2003 beim Unternehmen erlangen kann. Anderenfalls werden die Schutzmechanismen des Art. 21 VO 1/2003 zum Schutz der Privatsphäre der natürlichen Personen umgangen. Deshalb muss klargestellt werden, dass sich alle Fragen der Kommission, insbesondere die Suchwort-Anfragen, nur auf Unternehmensdaten beziehen und nicht auf private Daten. Das gilt auch für private Datenmedien der Mitarbeiter, etwa private E-Mail-Ordner und private Messenger-Dienste, die sich auf den Unternehmensgeräten befinden.

### **3. Verfahren zum Schutz privater Daten**

(108) Wie der Fall Facebook<sup>17</sup> gezeigt hat, kann die Suchbegriff-Anfrage der Kommission dazu führen, dass eine Vielzahl an Dokumenten einschlägig ist, die keinen Bezug zum Untersuchungsgegenstand haben, dafür aber sensible private Informationen über das Personal oder Kunden des Unternehmens enthalten. Es gibt kein berechtigtes Interesse der Kommission, einen unbeschränkten Zugang zu solchen Dokumenten zu erhalten. Aus diesem Grund sollten folgende Aspekte kodifiziert werden:

- Dokumente mit privaten Informationen und ohne Bezug zum Untersuchungsgegenstand genießen einen besonderen Schutz. Sie können nicht Gegenstand des Auskunftsverlangens sein, selbst wenn sie einem der gewählten Suchwörter entsprechen.
- Ein effizientes Verfahren, in dem die Unternehmen gegenüber der Kommission darlegen können, für welche Dokumente mit Privatinformationen die Schutzvoraussetzungen vorliegen.
- Ein effizientes Verfahren für die Klärung der Streitfragen, falls die Kommission und das Unternehmen sich nicht einig sind, ob das Dokument herausgegeben werden muss.

(109) Grundsätzlich eignet sich nach Auffassung der Studienvereinigung die Vorgehensweise, die das EuG im Fall Facebook vorgeschlagen hat. Es sollte den Unternehmen ermöglicht werden, die von der Kommission verlangten Dokumente zu identifizieren und der Kommission auf einem separaten elektronischen Datenträger zu übermitteln. Diese Dokumente werden dann in einen virtuellen Datenraum eingestellt, zu dem nur eine begrenzte Anzahl von Mitgliedern des Case Teams und die gleiche Anzahl an Anwältinnen und Anwälten des Unternehmens Zugang erhält. Das Case Team wählt dann die fraglichen Dokumente aus und gibt den anwaltlichen Vertretern des Unternehmens die Möglichkeit, sich zu den ausgewählten

---

<sup>17</sup> EuG, Beschluss v. 29.10.2020, T-451/20 R und T-452/20 R – Facebook.

Dokumenten zu äußern, bevor die Dokumente zur Akte genommen werden. Dies scheint ein effizienter Weg zu sein, eine faire Auswahl der für das Auskunftsverlangen der Kommission relevanten Dokumenten zu treffen. Das EuG hat vorgeschlagen, dass bei Uneinigkeit über die Relevanz eines Dokuments der Direktor für Information, Kommunikation und Medien innerhalb der GD Wettbewerb entscheidet. Eine derartige Funktion innerhalb der GD Wettbewerb zu belassen, ist aus Sicht der Studienvereinigung nicht angemessen. Dies sollte vielmehr unverzüglich von einer unabhängigen Stelle oder gerichtlich im Wege eines effizienten einstweiligen Rechtsschutzes geklärt werden. Nur so kann eine neutrale rechtssichere Entscheidung gewährleistet werden.

#### **4. Verfahren zum Schutz des Anwaltsprivilegs**

(110) Ein weiteres Problemfeld bei der Beantwortung der „Suchbegriff-Anfragen“ der Kommission ist die Wahrung des Schutzes der Anwaltskommunikation. Um zu ermitteln, ob die einschlägigen Dokumente diesen Schutz genießen, müssen sie vor der Herausgabe an die Kommission inhaltlich durchgesehen werden. Regelmäßig sind die insoweit von der Kommission zur Verfügung gestellten Zeitfenster nicht ausreichend.

(111) Vor diesem Hintergrund sollten folgende Aspekte für die Suchwort-Anfragen kodifiziert werden:

- Das Unternehmen ist berechtigt, alle einschlägigen Dokumente darauf zu überprüfen, ob sie durch das Anwaltsprivileg geschützt sind. Handelt es sich um Dokumente digitaler Natur, wäre ein ähnliches Vorgehen denkbar, wie es das EuG im Facebook-Verfahren für die Auswahl an relevanten Dokumenten vorgeschlagen hat. Allerdings sollten Uneinigheiten durch gesonderten Rechtsbehelf im einstweiligen Rechtsschutz geklärt werden (siehe oben unter „Verfahren zum Schutz privater Daten“).
- Das Unternehmen bekommt dafür eine angemessene Frist.

#### **5. Regelung zum Umgang mit passwortgeschützten Dokumenten**

(112) Eine weitere Rechtsunsicherheit besteht in Bezug auf den Umgang mit passwortgeschützten Dokumenten. Aus Gründen der IT-Sicherheit und auch, um verschiedenen rechtlichen Regelungen zu genügen, schützen Mitarbeiter freiwillig oder auf Anweisung ihre Dokumente durch Passwörter. In vielen Fällen ist das Passwort nur einer Person bekannt. Problematisch ist, wenn solche Dokumente als Anhang zu einer E-Mail von der Suchwort-Anfrage erfasst werden.

(113) In vielen Fällen können die Unternehmen dem Verlangen der Kommission nicht entsprechen, den Passwortschutz zu beseitigen bzw. das Passwort für das Dokument

zur Verfügung zu stellen, z.B. wenn das Dokument älter ist oder die Person, die das Dokument erstellt hat, das Unternehmen bereits verlassen hat. Selbst wenn es technische Möglichkeiten gibt, unbekannte Passwörter zu entschlüsseln, benötigen derartige Entschlüsselungsprogramme hierfür häufig Wochen bzw. Monate. Dies sprengt regelmäßig den Rahmen der Frist für die Beantwortung eines Auskunftsverlangens und setzt damit das Unternehmen dem Risiko eines Zwangsgeld nach Art. 24 VO 1/2003 oder eines Bußgelds nach Art. 23 Abs. 1 lit. b VO 1/2003 aus.

- (114) Vor diesem Hintergrund sollte aus Sicht der Studienvereinigung das Verfahren für die Suchbegriff-Anfragen der Kommission eine Regelung zum Umgang mit passwortgeschützten Dokumenten enthalten. Insbesondere sollten die Grenzen einer Mitwirkungspflicht für die Unternehmen bei passwortgeschützten Dokumenten festgehalten werden. Die könnte z.B. dergestalt geschehen, dass ein Unternehmen versichern muss, dass es das Passwort nicht besitzt und keine Zugriffsmöglichkeiten auf die Mitarbeiter hat, die es besitzen könnten.

**c. Power to take statements (Article 19 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

- (115) Art. 19 VO 1/2003 enthält keinen Verweis auf Art. 23 oder 24 VO 1/2003. Demzufolge kann eine Befragung zwangsweise nicht durchgesetzt werden. Des Weiteren sind unrichtige, irreführende oder unvollständige Auskünfte grundsätzlich nicht bußgeldbedroht. Vor diesem Hintergrund könnte sich zumindest auf den ersten Blick die Frage nach der Effizienz der Vorschrift stellen. Falsche Angaben können aber für die Unternehmen zu anderen nachteiligen Konsequenzen, wie z.B. Verlust der Kronzeugenermäßigung wegen Verletzung der Kooperationspflicht, führen oder als erschwerender Umstand bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden. Gleichwohl wäre auch unter diesen Gesichtspunkten nach Auffassung der Kommission wünschenswert, die in Art. 19 VO 1/2003 geregelten Befugnisse besser mit denen des Auskunftsverlangens und der Nachprüfung auszutariieren.

**d. Powers of inspection (Article 20 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

- (116) Art. 20 und 21 VO 1/2003 und die darauf aufbauende europäische Rechtsprechung bilden ein relativ klares Regelwerk für die Durchsuchungsbefugnisse der Kommission in Bezug auf die Papierform vorliegende Dokumente. Allerdings hat sich im Zuge der Digitalisierung der Anteil an den Gesamtdaten, die in Papierform vorliegen, marginalisiert und damit auch die Bedeutung der Durchsuchungen von Papierakten. Maßgeblich sind nun die Möglichkeiten der Kommission, im Rahmen der Nachprüfung auf elektronische Daten zuzugreifen, diese zu speichern, auszuwerten und für die weitere Untersuchung zu speichern. Zwar steht außer Frage, dass die

Kommission diese Möglichkeiten grundsätzlich hat. Ihre konkrete Ausgestaltung ist aber in Art. 20 VO 1/2003 und 21 der VO 1/2003 nicht geregelt. Dadurch besteht erhebliche Rechtsunsicherheit über die Mitwirkungspflichten und die Verteidigungsrechte der Unternehmen.

(117) Das Problem verstärkt sich durch die derzeit von der Kommission praktizierten Sichtung der digitalen Daten im Rahmen einer Durchsuchung. In der Praxis werden die Unternehmensdaten auf mitgebrachte Nuix-Server der Kommission aufgespielt, dort aufbereitet, durch Suchbegriffe vorgefiltert und dann auf ihre Relevanz gesichtet (Tagging). Zudem werden die Suchbegriffe im Laufe des Taggings in der Regel weiter angepasst. Die als relevant eingeordneten Daten werden dann auf ein Speichermedium kopiert. Die übrigen Daten werden gelöscht.

(118) Auch wenn die Kommission pandemiebedingt dazu übergegangen ist, die Bildschirme der Ermittlungsbeamten zu spiegeln, damit Unternehmensvertreter – im gebotenen Abstand – der Durchsicht der Daten folgen können, haben sie trotzdem nur einen eingeschränkten Einblick in diesen Vorgang. Sie erhalten zwar eine Kopie der Daten, die die Kommission beabsichtigt, als Kopie mitzunehmen, und können die Auswahl einzelner Dokumente beanstanden, etwa weil sie durch das Anwaltsprivileg (oder als „*out of scope*“) geschützt sind. Sie haben aber keinen uneingeschränkten Einblick in den Suchprozess. Insbesondere werden die verwendeten Suchbegriffe von der Kommission nicht vorab mitgeteilt, sodass sie nicht prüfen können, inwieweit die Kommission eine „*fishing expedition*“ betreibt. Es ist jedenfalls gesetzlich nicht geregelt, inwieweit Unternehmensvertreter die Sichtung und das Tagging der Dokumente begleiten und ggf. beanstanden können.

(119) Vor diesem Hintergrund besteht nach Ansicht der Studienvereinigung Verbesserungsbedarf, um einen hinreichenden Schutz der Unternehmensrechte, der Privatdaten und des Anwaltsprivilegs zu gewährleisten.

#### ***Zulassung der Unternehmensvertreter zur Sichtung der digitalen Daten***

(120) Es ist gefestigte Rechtsprechung, dass eine Prüfung privater Daten durch die Kommission nur mit einer vorherigen Genehmigung eines einzelstaatlichen Gerichts (Art. 21 Abs. 3 VO 1/2003) erfolgen kann.<sup>18</sup> Ferner ist die Kommission nicht einmal zu einer groben Sichtung der durch das Anwaltsprivileg geschützten Dokumente berechtigt.<sup>19</sup> Die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission sind durch ihren Auftrag, in dem der Gegenstand und Zweck der Prüfung bezeichnet sind, eng eingegrenzt. Zudem ist das Recht der betroffenen Unternehmen auf die Hinzuziehung eines

---

<sup>18</sup> EuG, Urt. v. 6.09.2013, T-289/11, T-290/11 und T-521/11 – Deutsche Bahn, Rn. 80.

<sup>19</sup> EuG, Urt. v. 17.09.2007, T-125. 253/03 – Akzo Nobel, Rn. 86.

juristischen Beistands höchstrichterlich anerkannt.<sup>20</sup>

- (121) Neben der in der Praxis häufig stattfindenden frühen Einbeziehung von Anwälten durch das Unternehmen bedarf es auch einer gesetzlichen Regelung, um die Einhaltung dieser Aspekte zu gewährleisten und damit die Eingriffsintensität der Durchsuchungsmaßnahmen auf das rechtlich Erforderliche und Gebotene zu beschränken. Deswegen sollte es nach Ansicht der Studienvereinigung klar kodifiziert werden, dass die anwaltlichen Vertreter des durchsuchten Unternehmens schon frühzeitig Zugang zu den Dokumenten und den verwendeten Suchwörtern erhalten, um den Auswahlprozess der Kommission zu begleiten und frühzeitig einschreiten zu können. Anders lässt sich ein faires Verfahren und eine effektive Verteidigung nicht gewährleisten.

***Effektives Verfahren für Streitentscheidungen über gesichtete und ausgewählte Dokumente***

- (122) Sichtet die Kommission private oder anwaltlich geschützte Dokumente während der Durchsuchung, verwendet sie Suchbegriffe, die nicht zum Untersuchungsgegenstand gehören, oder beabsichtigt sie, anderweitig geschützte Dokumenten in Kopie mitzunehmen, gibt es außer der Möglichkeit einer Versiegelung kein Verfahren, damit die betroffenen Unternehmen und natürliche Personen diese Vorgänge isoliert, schnell und effizient beanstanden und unterbinden können. Eine gerichtliche Kontrolle des Ablaufs der Nachprüfungen ist nur im Rahmen der Nichtigkeitsklage gegen die endgültige Sanktionsentscheidung der Kommission nach Art. 101 AEUV möglich. Diese kann in vielen Situationen nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen, obwohl Art. 47 der EU-Grundrechte Charta ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht garantiert, ebenso Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK. Aus Sicht der Studienvereinigung ist es deshalb erforderlich, einen entsprechenden Rechtsbehelf zu kodifizieren und damit einen effizienten einstweiligen Rechtsschutz durch die europäischen Gerichte zu ermöglichen.

***Schutz der Privatdaten durch die vorherige richterliche Kontrolle***

- (123) Die Kommission benötigt bereits heute grundsätzlich eine vorherige richterliche Genehmigung, um sich einen Zugang zu privaten Daten zu verschaffen. Das gebietet auch Art. 8 EMRK.<sup>21</sup> Gleichzeitig ist es verbreitete Unternehmenspraxis, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ihre dienstliche E-Mail-Adresse auch für private Zwecke oder ihre vom Arbeitgeber überlassenen Endgeräte auch privat nutzen können. Emails werden häufig in einem dafür vorgesehenen PRIVATE-Ordner gespeichert, auf den das Unternehmen nicht ohne Weiteres zugreifen kann. Die

---

<sup>20</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1989, Rs. 46/87 und 227/88 – Hoechst, Rn. 16.

<sup>21</sup> EGMR, Urt. v. 2.4.2015, Az. 63629-10 und 60567/10.

Speichermedien des Unternehmens enthalten daher häufig zahlreiche rein private Daten. Darüber hinaus lassen es viele Unternehmen zu, dass ihr Personal mit privaten Geräten (*Bring-Your-Own-Device-Policy*) arbeiten.

- (124) Durchsucht die Kommission solche gemischt genutzten E-Mail-Konten oder Geräte, macht sie dies bislang regelmäßig ohne richterliche Genehmigung. So kann jedoch kein hinreichender Schutz der Privatdaten gewährleistet werden. Deshalb muss kodifiziert werden, dass im Fall der beschriebenen gemischten Nutzung die Kommission entweder mit einer vorherigen richterlichen Genehmigung handelt (Art. 21 Abs. 3 VO 1/2003) oder technisch ein Verfahren anwendet, bei dem sichergestellt ist, dass keine Sichtung der Privatdaten stattfindet.

**e. Inspections of other premises (Article 21 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

- (125) Zum Umgang mit elektronischen Daten sieht die Studienvereinigung grundsätzlich denselben Verbesserungsbedarf wie bei den Nachprüfungen in Unternehmen (siehe dazu oben bei Frage 16 lit. d.)

- (126) Die Kommission hat angekündigt, dass in Zukunft Durchsuchungen von Privatwohnungen von Mitarbeitern der Unternehmen angesichts des verstärkten Trends des „*Working from home*“ zunehmen werden.<sup>22</sup> Die Durchsuchung von Privatwohnungen ist ein drastischer Eingriff in die Privatsphäre. Die betroffenen Personen sind in dieser Situation in der Regel als Laien auf sich alleine gestellt. Anders als bei der Nachprüfung im Unternehmen sind hier regelmäßig keine Unternehmensjuristen oder andere für den Fall einer Nachprüfung geschulte Personen vor Ort. Außerdem ist in einer Privatwohnung das Risiko, private Informationen zu sichten, die einen Einblick in den höchstpersönlichen Lebensbereich geben, deutlich größer. Daher muss aus Sicht der Studienvereinigung das Schutzniveau von Nachprüfungen in privaten Räumen deutlich erhöht werden. Das bisherige Erfordernis eines Durchsuchungsbeschlusses eines nationalen Gerichts für die Durchsuchung von Privatwohnungen (Art. 21 Abs. 3 VO 1/2003) reicht hierfür nicht aus. Aus diesem Grund schlägt die Studienvereinigung vor, das Schutzniveau zu erhöhen, indem der europäische Gesetzgeber in die neue Kartellverfahrensordnung die Pflicht aufnimmt, dass bei der Durchsuchung von Privatwohnungen grundsätzlich die Gegenwart einer anwaltlichen Vertretung des betroffenen Unternehmens gewährleistet werden muss. Es ist schließlich das Unternehmen, das Ziel der Nachprüfung ist und dieses sollte daher auch seine Verteidigungsrechte entsprechend wahrnehmen können. Zudem sollte eine Pflicht kodifiziert werden, die

---

<sup>22</sup> So bereits die Verlautbarungen von einzelnen Kommissionsvertretern, wie z.B. Maria Jaspers in ihrem Vortrag vom 5. April 2022.

betroffenen Privatpersonen selbst auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass sie auch persönlich anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen dürfen. Darüber hinaus sollte eine angemessene Zeit für das Eintreffen des Anwalts oder der Anwältin des Unternehmens und/oder der Privatperson gewährt werden. Zusätzlich sollte auch hier bei der Sichtung der gesammelten Dokumente und Dateien das vom EuG im Verfahren Facebook<sup>23</sup> vorgeschlagene Verfahren angewendet werden (siehe oben bei Frage 15), um auch im Nachgang der Durchsuchung den Sichtungsprozess der Kommissionsbeamten anwaltlich begleiten zu können.

**16. In your view, do the following investigative tools provided by Regulation 1/2003 continue to be relevant when it comes to detecting and investigating potential infringements of Articles 101 or 102 TFEU, notably in light of the increasing trend towards a more digitised economy?**

**a. Investigations into sectors of the economy and into types of agreements (Article 17 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

(127) Die Studienvereinigung sieht keinen Bedarf, die vorhandenen Ermittlungsbefugnisse der Kommission in einer zunehmend digitalen Wirtschaft anders zu gestalten. Vielmehr ist das vorhandene Handwerkszeug der Kommission bereits effektiv, um auch im zunehmend digitalen Raum zu ermitteln.

**b. Requests for information (Article 18 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

(128) Aus Sicht der Studienvereinigung gibt es keine Notwendigkeit, die vorhandenen Ermittlungsbefugnisse der Kommission in einer zunehmend digitalen Wirtschaft anders zu gestalten. Vielmehr ist das vorhandene Handwerkszeug der Kommission bereits effektiv, um auch im zunehmend digitalen Raum zu ermitteln. Art. 18 VO 1/2003 ermöglicht der Kommission bereits jetzt im Wege des Auskunftsverlangens auch im digitalen Bereich zu ermitteln. Vielmehr geht hier die Anwendung durch die Kommission oft über die Grenzen des Erforderlichen hinaus. Hierzu haben wir oben bei Frage 15 Vorschläge gemacht.

**c. Power to take statements (Article 19 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

(129) Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass selbst unter Berücksichtigung des in der Praxis sehr reduzierten Anwendungsbereichs die vorhandenen Ermittlungsbefugnisse der Kommission in einer zunehmend digitalen Wirtschaft anders gestaltet werden sollten. Vielmehr ist das vorhandene Handwerkszeug der

---

<sup>23</sup> EuG, Beschluss v. 29.10.2020, T-451/20 R und T-452/20 R – Facebook.

Kommission bereits effektiv, um auch im zunehmend digitalen Raum zu ermitteln.

**d. Powers of inspection (Article 20 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

- (130) Die Studienvereinigung sieht keinen Bedarf, die vorhandenen Ermittlungsbefugnisse der Kommission in einer zunehmend digitalen Wirtschaft anders zu gestalten. Vielmehr ist das vorhandene Handwerkszeug der Kommission bereits effektiv, um auch im zunehmend digitalen Raum zu ermitteln. Hierbei gelten allerdings die oben bei Frage 15 vorgeschlagenen Einschränkungen.

**e. Inspections of other premises (Article 21 of Regulation 1/2003)**

Yes  / No  / Don't know

- (131) Die Studienvereinigung vertritt die Auffassung, dass die vorhandenen Ermittlungsbefugnisse der Kommission in einer zunehmend digitalen Wirtschaft nicht anders gestaltet werden sollten. Vielmehr sind die vorhandenen Ermittlungsmethoden der Kommission bereits effektiv, um auch im zunehmend digitalen Raum zu ermitteln. Hierbei gelten allerdings die oben bei Frage 15 vorgeschlagenen Einschränkungen.

**17. In your view, are the Commission's investigative tools provided by Regulation 1/2003 coherent with other EU legislation and EU policies?**

Yes  / No  / Don't know

- (132) Grundsätzlich sind die Ermittlungsbefugnisse der Kommission aus Sicht der Studienvereinigung mit anderen europäischen Normen und Politiken kohärent. Nach Auffassung der Studienvereinigung geht allerdings die Art und Weise, wie die Kommission diese Ermittlungsbefugnisse in der Praxis anwendet, teilweise über das rechtlich Gebotene hinaus. Dies betrifft insbesondere die Wahrung der Verteidigungsrechte der Unternehmen und der Privatsphäre der natürlichen Personen (siehe oben zu Frage 15).

- (133) Die Erfordernisse der ECN-Plus-Richtlinie gehen allerdings teilweise über die Befugnisse der Kommission nach der VO 1/2003 hinaus und zudem verdeutlicht die unklare und bisweilen wenig zufriedenstellende Lösung im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (z.B. das Beweisverwertungsverbot aus § 59 Abs. 3 Satz 4 GWB), dass auch auf EU-Ebene die Selbstbelastungsfreiheit für natürliche Personen klarer geregelt werden muss.

- (134) In Artikel 31 Abs. 1 ECN-Plus-Richtlinie gibt es allein die Möglichkeit, zugunsten der natürlichen Personen ein Verwendungsverbot zu normieren. Es ist jedoch zweifelhaft, ob dies den hohen Schutzvoraussetzungen des grundrechtlich anerkannten nemo-tenetur-Prinzips genügen kann. Hier muss sowohl für die

einzelstaatlichen Rechtsordnungen wie auch für das Kommissionsverfahren selbst eine klarere Regelung getroffen werden.

(135) Artikel 6 Abs. 1 S. 2 lit. e ECN-Plus-Richtlinie erfordert, dass Wettbewerbsbehörden von allen Vertretern oder Mitarbeitern des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung Erläuterungen zu Fakten oder Unterlagen verlangen können, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Nachprüfung in Zusammenhang stehen. Außerdem sieht die ECN-Plus-Richtlinie in Art. 8 S. 1 und 3 vor, dass Wettbewerbsbehörden von Unternehmen verlangen können, alle für die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV erforderlichen und ihnen zugänglichen Informationen innerhalb einer festgesetzten und angemessenen Frist zu erteilen. Die ECN-Plus-Richtlinie erfordert zudem, dass auch gegenüber (anderen) natürlichen Personen ein Auskunftsverlangen durchgesetzt werden kann (Artikel 8 S. 4 ECN-Puls-Richtlinie). Im Zuge der 10. GWB-Novelle wurden diese Vorgaben in das deutsche Recht implementiert (§ 59 Abs. 3 S. 3 GWB und § 59 Abs. 4 GWB).

(136) Die zuvor im GWB geltende Selbstbelastungsfreiheit wurde durch die Implementierung der Erfordernisse der ECN-Plus-Richtlinie aufgeweicht. Nach § 59 Abs. 3 S. 4 GWB findet ein Beweisverwendungsverbot für Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren Anwendung, das das zuvor geltende Selbstbelastungsverbot ersetzen soll. Es wäre aus Sicht der Studienvereinigung wünschenswert, auch im Rahmen der novellierten VO 1/2003 klarzustellen, dass Mitarbeiter und Organe von Unternehmen zwar zur Mitteilung von Informationen verpflichtet sind, die das Unternehmen belasten können. Es bedarf aber des Schutzes vor Fragen, die sie selbst (zusätzlich) als natürliche Person belasten könnten, was z.B. in Verfahren vor den nationalen Wettbewerbsbehörden relevant werden könnte.

(137) Eine solche Auslegung würde auch den Wertungen der ECN-Plus-Richtlinie gerecht werden, die in Artikel 3 die Wahrung der Verteidigungsrechte betont und die Beachtung der EU-Grundrechtecharta im Rahmen des Verwaltungsverfahrens anmahnt, die ebenfalls die Selbstbelastungsfreiheit als Ausfluss von Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 GRCh schützt.

**18. In your view, have the Commission's investigative tools provided by Regulation 1/2003 contributed to ensuring the effective and uniform application of Articles 101 and 102 TFEU compared to, in their absence, a system based on investigative tools conferred exclusively to national administrative and/or judicial authorities?**

Yes  / No  / Don't know

(138) Ja, der Kommission stehen aus Sicht der Studienvereinigung Ermittlungsbefugnisse und entsprechende Mittel zur Verfügung, um eine einheitliche Anwendung der

Artikel 101 und 102 sicherzustellen. Es ist erforderlich, dass die Kommission neben den einzelstaatlichen Behörden und Gerichten eigene Maßnahmen anwenden kann und somit „Herrin“ ihrer eigenen Verfahren ist. Die Studienvereinigung sieht hier keinen Änderungs- oder Verbesserungsbedarf, um eine bessere Vereinheitlichung zu erreichen.

**C. Procedural rights of parties and third parties, handling of complaints (Articles 7(2), 27, 28 and 30 of Regulation 1/2003, Articles 5-9, 10-17 of Regulation 773/2004)**

- 19. In your view, are the provisions of Regulations 1/2003 and 773/2004 adequate to effectively protect the procedural rights of all participants in the Commission's proceedings, i.e. both parties to investigations and other interested parties?**  
Yes  / No  / Don't know

(139) Die Position der an einem Wettbewerbsverfahren vor der Kommission beteiligten Parteien, sei es des Beschwerdeführers, sei es auf Seiten der Normadressaten, und die Durchsetzung ihrer verfahrensmäßigen Rechte sind in erster Linie abhängig von der Dauer der Verfahren und dem Grad an Transparenz über die nächsten Verfahrensschritte, zu dem die Dienststellen der Generaldirektion Wettbewerb bereit sind. Hier besteht aus Sicht der Studienvereinigung, wie bereits zuvor dargelegt, Verbesserungsbedarf.

(140) Aus Sicht eines Beschwerdeführers besteht die größte Hürde in der Durchsetzung seines Anliegens darin, die Leitung der Generaldirektion und/oder das Case Team überhaupt für die Untersuchung dieses Anliegens zu gewinnen. Oft ist über Monate unklar, ob die Kommission in Antwort auf das Beschwerdevorbringen erste Verfahrensschritte unternommen, ggf. Auskunftsverlangen versandt hat und welche erste Haltung die Kommission zu dem Vorbringen des Beschwerdeführers einnimmt. Die zweite – noch größere – Hürde besteht darin, mit dem Anliegen auf der „Prioritätenliste“ der Kommission eine Position zu erreichen, die es der Leitung der Generaldirektion ermöglicht, für die Bearbeitung des Falles ausreichende Personalressourcen zur Verfügung zu stellen. Dieser Prozess der Suche nach „case priority“ ist für den Beschwerdeführer – aber natürlich auch für den Beschwerdegegner – schwer durchschaubar, langwierig und in gewissem Maße frustrierend. Es bleibt in dieser Phase vielfach unklar, ob der Beschwerdeführer besser beraten wäre, sein Anliegen vor einer nationalen Wettbewerbsbehörde oder in einem Gerichtsverfahren vor den nationalen Instanzen der Justiz zu verfolgen. Ein paralleles Vorgehen (in Brüssel und auf nationaler Ebene) ist in einer solchen Situation aber häufig nicht ratsam, wenn die nationalen Behörden zunächst auf die

Entscheidung der Kommission warten und der Beschwerdegegner vor der nationalen Behörde und erst recht vor dem nationalen Gericht einen ersten Vorteil aus dem Hinweis ziehen kann, die Kommission habe die Beschwerde trotz längerer Untersuchung bisher nicht aufgegriffen, bereits deshalb sei sie offensichtlich unbegründet.

(141) Eng mit der Frage der Priorisierung ist ferner die Frage verbunden, ob aus Sicht der Kommission ein „Unionsinteresse“ an der Verfolgung des Sachverhaltes besteht. Hier ergibt sich aus Sicht eines Beschwerdeführers somit eine weitere – kaum justiziable - Unsicherheit, zumal sich die Haltung der Kommission zu diesen Kriterien (Priorisierung, Unionsinteresse) während der Anhängigkeit eines Beschwerdeverfahrens auch ändern kann.

(142) Der Einsatz des Ombudsmann-Verfahrens oder die Einleitung eines Klageverfahrens wegen Untätigkeit stehen dem Beschwerdeführer in einer solchen Situation zwar offen, führen aber häufig zu einer Verschlechterung der Arbeitsbeziehung zu den Dienststellen der Generaldirektion Wettbewerb und erzeugen auch auf Seiten der Generaldirektion (an sich) unnötigen Verwaltungsaufwand.

(143) All diese Beschwerwnisse betreffen spiegelbildlich selbstverständlich auch die Position der Beschwerdegegner, also der Unternehmen, die als mögliche Normadressaten das Ziel des Beschwerdevorbringens ausmachen. Auch aus Sicht dieser Unternehmen ist es häufig für Monate, wenn nicht für Jahre unklar, ob die Dienststelle der Kommission schon eine Schadenstheorie identifiziert haben und welche Haltung sie grundsätzlich zu dem Streitstand einnimmt, der in dem Verfahren jeweils erreicht ist.

**20. In your view, does the role of the Hearing Officer and the availability of oral hearings contribute to the effective protection of procedural rights of the participants in the Commission's proceedings?**

Yes  / No  / Don't know

(144) Der Anhörungsbeauftragte erfüllt eine wichtige Rolle bei der Sicherstellung der Wahrung der Rechte der Parteien. Es sollte erwogen werden, die Rolle des Anhörungsbeauftragten ggf. noch auszuweiten, und diesen ggf. noch mehr als bisher zur Klärung von *ad hoc* Streitthemen hinzuziehen, z.B. bei der Festlegung des Verfahrens zur Durchsuchung bzw. Durchsicht von elektronischen Dokumenten oder zur Wahrung des Anwaltsprivilegs (siehe oben Abschnitt B.).

- 21. In your view, does the procedural framework provided by Regulations 1/2003 and 773/2004 (e.g. statement of objections, access to file, oral hearing) ensure the efficient exercise of the right to be heard?**

Yes  / No  / Don't know

(145) Nach Ansicht der Studienvereinigung sind die verfahrensrechtlichen Regeln grundsätzlich ausreichend für die Sicherstellung des Rechts auf rechtliches Gehör. Es ist aber wichtig, dass diese Regeln von der Kommission in der täglichen Rechtsanwendung angemessen umgesetzt werden. Dabei lässt sich auch mit den besten Verfahrensregeln nicht ausschließen, dass es im Einzelfall zu Verfahrensfehlern kommen kann. Da die Konsequenzen solcher Fehler für die betroffenen Unternehmen oft erheblich sind (Bußgelder, Schadensersatzkosten, Rechtsvertretungskosten, etc.), ist es wichtig, Wege zu finden, mit denen mögliche Verfahrensfehler möglichst rasch überprüft und ggf. korrigiert werden können. Die Rechtsdurchsetzung von den europäischen Gerichten erfordert sehr viel Zeit. An dieser Stelle könnte daher die Reform ansetzen und über weitere Korrekturmethode nachdenken. Neben Wegen zur Beschleunigung der Rechtsprechung könnte man dabei z.B. auch über Mediationsverfahren vor Dritten, wie etwa Anhörungsbeauftragter oder Ombudsmann, nachdenken.

- 22. In your view, does the procedural framework provided by Regulations 1/2003 and 773/2004 that grants addressees of statements of objections adopted by the Commission access to the file strike the right balance between, on the one hand, the effort required by the Commission and by undertakings in relation to this process and, on the other hand, the ability of undertakings to effectively exercise their rights of defence?**

Yes  / No  / Don't know

(146) Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass der Zugang zur Akte bereits in einem deutlich früheren Verfahrensstadium und sodann fortlaufend möglich sein muss. Das heute vorgesehene Recht zur Einsicht in die Akte für die Adressaten von Beschwerdepunkten (vgl. Art. 15 Abs. 1 VO 773/2004) greift wesentlich zu kurz. Das gilt umso mehr da Verfahren nach der VO 1/2003 oft sehr lange andauern und in dieser Zeit eine sehr umfangreiche Akte entsteht. Diese lässt sich innerhalb der vergleichsweise kurzen Fristen für die Stellungnahme zu Beschwerdepunkten oft nicht mehr effektiv durchsehen bzw. verarbeiten. Das ist anders, wenn die betroffenen Unternehmen fortlaufend Zugang zur Akte bekommen und daher bei Erhalt der Beschwerdepunkte bereits mit dem wesentlichen Inhalt der Akte vertraut sind.

(147) Dabei kommt es auch nicht zu einer unbilligen Belastung der Kommission. Es ist auch bzw. gerade im Interesse der Kommission von vornherein auf eine „saubere“

Aktenführung zu achten, und zu vermeiden, dass aktenrelevante Vorgänge nicht bzw. nur deutlich verspätet bzw. verkürzt dokumentiert werden.<sup>24</sup> Daher sollte in den neuen Verfahrensregeln vorgesehen werden, dass die Kommission eine grundsätzlich von den betroffenen Unternehmen jederzeit einsehbare Akte führt. Etwaig vertrauliche Informationen können hiervon getrennt aufbewahrt werden. Hierdurch entsteht letztlich auch kein echter Mehraufwand für die Bereitstellung der Akte im laufenden Verfahren. Selbstverständlich würde auch eine solche Akteneinsicht weiterhin einen Antrag des betroffenen Unternehmens voraussetzen. Wie die Erfahrung z.B. in Deutschland zeigt, können über die Bescheidung solcher Anträge jedenfalls die Ermittlungsinteressen der Behörde jederzeit gewahrt werden und auch etwa übermäßigen Anträgen oder sonstigen Missbrauchsversuchen ohne Weiteres effizient begegnet werden.

(148) Bei konsequenter Anwendung dieses Prinzips würden sich auch wesentlich besser und deutlich früher im Verfahren als bisher Schlussfolgerungen vermeiden lassen, die auf Informationen beruhen, die die Parteien rasch widerlegen können. Zudem könnte die Kommission so wesentlich besser sicherstellen, dass Entscheidungen nicht auf der Basis von Informationen getroffen werden, die den Parteien aus Vertraulichkeitsgründen nicht zur Verfügung gestellt und daher für eine Entscheidung gegen die Parteien aus Gründen des rechtlichen Gehörs auch nicht verwendet werden dürfen.

**23. In your view, does the procedural framework provided by Regulations 1/2003 and 773/2004 for the handling of formal complaints allow for the efficient handling of these complaints?**  
Yes  / No  / Don't know

(149) Es wäre aus Sicht der Studienvereinigung sinnvoll, wenn die Kommission durch die Änderung der verfahrensrechtlichen Vorschriften, jedenfalls aber durch ein weitgehend bindendes Regularium in einem *Code of Conduct* vorgeben könnte, dass die Dienststellen der Generaldirektion, die mit Verfahren nach der VO 1/2003 befasst sind, in loser Analogie zu dem Verfahren der Fusionskontrolle nach einer angemessenen Zeit mitteilen müssen, ob sie an der vertieften Ermittlung in einem bestimmten Fall interessiert sind oder dem Beschwerdeführer nahelegen, die Beschwerde zurückzunehmen und/oder sein Anliegen vor den nationalen Behörden oder Gerichten zu verfolgen. Wenn es möglich ist, ein komplexes Fusionskontrollverfahren in einer Zeit von 6 – 12 Monaten (ggf. unter Einschluss der Prä-Notifizierung) abzuschließen, müsste es auch den anderen Dienststellen der Generaldirektion gegeben sein, nach etwa einem halben Jahr und einer ersten Runde

---

<sup>24</sup> Vgl. EuG, T-604/18, Google/Android, Rn. 896 ff.

von Ermittlungsmaßnahmen i.S. eines „*early state of play*“ eine Meinung dazu zu äußern, ob es sich für die Kommission – aber auch für die Verfahrensbeteiligten – lohnt, weitere Sachressourcen in die Vertiefung des Beschwerdevorbringens oder aber die Verteidigung auf Seiten der Beschwerdegegner zu investieren.

(150) In ähnlicher Weise ist zu beobachten, dass die Kommission in Kartellverfahren unter Umständen relativ früh bereit ist, auf der Grundlage ihres Ermittlungsstandes erste Gespräche mit den Verfahrensadressaten zu führen, um festzustellen, ob die Bereitschaft zu einem Settlement vorhanden ist.

**24. In your view, does the procedural framework provided by Regulations 1/2003 and 773/2004 for the protection of the rights of parties and third parties to investigations continue to be appropriate?**

Yes  / No  / Don't know

(151) Siehe oben Antwort zu Frage 23.

**25. In your view, is the procedural framework provided by Regulations 1/2003 and 773/2004 for the protection of the rights of parties and third parties to investigations coherent with other EU legislation and other EU policies?**

Yes  / No  / Don't know

(152) Wir können keine grundsätzlichen Widersprüche zwischen dem durch die VO 1/2003 und die VO 773/2004 gesetzten Rahmen für den Schutz der Rechte der Parteien und Dritter erkennen. Allerdings sind die meisten hoheitlichen Maßnahmen der Kommission auf der Grundlage der genannten Verordnungen in höchstem Maße grundrechts- bzw. menschenrechtsnah bzw. -relevant, so dass es in der Fallpraxis von Zeit zu Zeit auch zur Verletzung der Rechte der Parteien oder Dritter kommt. Hier gilt es sicher zu stellen, dass auch in der Zukunft die durch die EMRK und andere Regeln geschützten Rechte von betroffenen hinreichend berücksichtigt und geschätzt bleiben. Es könnte daher wünschenswert sein, wenn die überarbeiteten Verordnungen etwa in der Präambel ausdrücklich Bezug auf die EMRK nehmen würden.

#### **D. Commission Decisions (Articles 7 to 10 Regulation 1/2003)**

**26. In your view, are the following decisional powers granted to the Commission by Regulation 1/2003 adequate to ensure the effective application of Articles 101 and 102 TFEU?**

**a. To require undertakings and associations of undertakings to bring an infringement to an end**

Yes  / No  / Don't know

(153) Die Entscheidungsbefugnisse der Kommission nach Art. 7 sind grundsätzlich angemessen, um eine wirksame Anwendung der Art. 101, 102 AEUV zu gewährleisten. Allerdings geht die Kommission in der Praxis über die ausdrücklich eingeräumten Befugnisse regelmäßig hinaus, insoweit sollte der Normtext der Praxis angepasst werden.

(154) Aus der derzeitigen Praxis der Kommission, Entscheidungen nach Art. 7 praktisch ausschließlich im Rahmen von Bußgeldverfahren zu treffen, ergeben sich erhebliche Defizite bei der wirksamen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln. Dies gilt insbesondere dort, wo Verfahren mit dem Ziel geführt werden, wirksamen Wettbewerb wieder herzustellen oder Märkte zu öffnen. Besonders deutlich zeigt sich dies in Verfahren wegen Marktmachtmissbrauchs, bei denen ein Bußgeldverfahren häufig nicht den gewünschten Effekt auf die Struktur des relevanten Marktes hat. Gerade bei Missbrauchsverfahren sollte aber das Ziel sein, funktionierende Märkte wiederherzustellen. Bußgelder alleine ändern die Marktstrukturen nicht. Rasche wettbewerbliche Effekte können zwar über Zusagenverfahren nach Art. 9 erreicht werden. Es sollte aber nicht von der Bereitschaft des Marktbeherrschers zu Verpflichtungszusagen abhängen, wie sich der Markt entwickeln kann. Vielmehr wäre es vorzugswürdig, wenn die Kommission selbst über geeignete Befugnisse verfügt, wirksamen Wettbewerb zeitnah wiederherzustellen.

(155) Im Einzelnen:

**1. Nutzung von Abstellungsverfügungen und Zusagenverfahren**

(156) Es hängt von der Kooperationswilligkeit von marktbeherrschenden Unternehmen ab, ob sie sich auf eine Zusagenlösung nach Art. 9 einlassen. Ist dies nicht der Fall, muss die Kommission selbst über eine Abstellungsentscheidung nach Art. 7 das Vorgehen definieren, das zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs führen soll. Das erfolgt derzeit praktisch nur im Rahmen von Bußgeldentscheidungen und damit mit erheblicher zeitlicher Verzögerung. Die genaue Umsetzung des Abstellungstenors der Bußgeldentscheidung bleibt dem marktbeherrschenden Unternehmen vorbehalten. Die Kommission hat über den Tenor der Entscheidung die Möglichkeit, die zur Abstellung erforderlichen Maßnahmen zu definieren. Setzt ein Unternehmen jedoch die Entscheidung zu spät, ungenügend oder falsch um, kann die Kommission nur mit Hilfe von Zwangsgeldern nach Art. 24 versuchen, das Unternehmen zur vollständigen

Umsetzung der Entscheidung zwingen. Dadurch vergeht zusätzlich Zeit, bis sich die Marktverhältnisse in Folge der Entscheidung ändern und Wettbewerb wiederhergestellt wird.

(157) Zudem ist es in der Praxis für die Kommission schwierig, Sanktionen wegen der Nichtumsetzung einer Abstellungsentscheidung durchzusetzen, erst recht, wenn es unbestimmte Anordnungen sind; es wird dann jeweils umstritten sein, ob das betreffende Marktverhalten vergleichbar ist mit dem Verhalten, das in der Entscheidung untersagt wurde.<sup>25</sup> Die Kommission muss daher genau verstehen, welche Maßnahmen zur Umsetzung der Entscheidung ergriffen werden. Die Kommission muss auch genau nachvollziehen können, welche Abhilfemaßnahmen sinnvoll sind und welche nicht ausreichen würden, um einen festgestellten Missbrauch zukünftig zu verhindern.

(158) Allerdings hat es sich in der Vergangenheit nicht unbedingt bewährt, wenn die Kommission ganz bestimmte, abschließende Abhilfemaßnahmen in Folge einer Entscheidung nach Art. 7 VO 1/2003 gemacht hat (vgl. dazu etwa das erste Verfahren gegen Microsoft.<sup>26</sup> Inzwischen überlässt die Kommission daher eher den Unternehmen die Entscheidung, welche genauen Maßnahmen im Einzelnen ergriffen werden müssen, um den Verstoß abzustellen. Die Kommission prüft jedoch, ob aus ihrer Sicht die Entscheidung vollständig umgesetzt wurde.<sup>27</sup>

(159) Für die Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs ist entscheidend, dass die von der Kommission vorgegebenen Maßnahmen die angestrebte Wirkung tatsächlich erzielen können. Dies gilt gerade dann, wenn diese Maßnahmen nicht im Detail durch die Kommission festgelegt werden, sondern den Unternehmen breiter definierte Zielvorgaben gemacht werden. Dabei zeigt sich beim Vergleich zwischen einer Abstellungsentscheidung nach Art. 7 VO 1/2009 und einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung nach Art. 9 VO 1/2003 ein entscheidendes Defizit. Zusagen sollen auf der Basis von Art. 27 Abs. 4 im Vorfeld einem Markttest unterzogen werden, d. h. die Kommission lässt den Markt beurteilen, ob die Zusagen ausreichend sind, um den Verstoß abzustellen, bevor sie diese akzeptiert.

(160) Ein solcher Markttest fehlt im Verfahren nach Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003. Damit fehlt der Kommission der Input des Marktumfeldes zur Beurteilung geeigneter Vorgaben bei Erlass einer Abstellungsentscheidung nach Art. 7 VO 1/2003. Ähnlich wie in Fusionskontrollfällen, in denen die Kommission Input von Wettbewerbern

---

<sup>25</sup> Vgl. Immenga/Mestmäcker/Ritter, 5. Aufl., 2012, Art. 7 VO 1/2003, Rz. 39 mit Verweis auf EuG, 22.03.2011, T-419/03, Rz.134 – Althoff Recycling.

<sup>26</sup> Vgl. Kommission ./ Microsoft I – Mediaplayer, COMP/C-3/37.792, „Microsoft I“.

<sup>27</sup> Vgl. dazu Google Search (Shopping), AT.39740, S. 214.

willkommen heißt, um mögliche Vorschläge (auch im Vorfeld eines Markttests) zu prüfen, wird auch hier die Kommission auf Unterstützung von Marktbeteiligten angewiesen sein, um nachvollziehen zu können, ob die Maßnahmen, die vorgeschlagen werden, ausreichen. Entsprechend sollten bei der Ausgestaltung von Abstellungsverfügungen die betroffenen Dritten stärker involviert werden. Insbesondere sollte ihr Input dazu führen, dass die relevanten Maßhilfemaßnahmen den Kern des Problems treffen und für die Kommission leichter nachvollziehbar wird, falls eine Entscheidung in der Folge nicht zufriedenstellend umgesetzt wird. Andernfalls führen Streitigkeiten zwischen der Kommission und betroffenen Dritten in Missbrauchsverfahren (wie etwa bei Google Shopping oder auch Google Android) dazu, dass die Kommission ihre Entscheidungen – gemeinsam mit dem marktbeherrschenden Unternehmen – gegen die betroffenen Dritten verteidigt, nur um den Erfolg ihres Verfahrens nicht in Frage zu stellen. Besser wäre es daher, wenn auch bei Abstellungsverfügungen viel mehr Input von betroffenen Dritten berücksichtigt würde und es nicht dem marktbeherrschenden Unternehmen überlassen wird, wie es die Entscheidung umsetzt.

- (161) Derzeit ist die Kommission darauf angewiesen, aus der Öffentlichkeit zu erfahren, ob und wie die Unternehmen, gegen die sich die Entscheidung richtet, diese umsetzen wollen. Für die Durchsetzung von Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV wäre es hilfreich, wenn die Kommission die Befugnisse hätte, von den Unternehmen einen genauen Zeitplan zu den Umsetzungsmaßnahmen zu verlangen.

## **2. Bestimmtheitsgebot für zukünftige Verpflichtungen**

- (162) Art. 7 gibt der Kommission die Befugnis, die Unternehmen zu verpflichten, eine festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. Die Kommission geht jedoch in ihrer Entscheidungspraxis regelmäßig über einen Abstellungstenor hinaus, indem sie die Unternehmen zugleich für die Zukunft verpflichtet, Maßnahmen zu unterlassen, welche eine ähnliche Wirkung oder einen ähnlichen Zweck wie die beanstandete Zuwiderhandlung haben. Diese Befugnis sieht Art. 7 nicht ausdrücklich vor. Die Vorschrift sollte dahingehend angepasst werden, dass der Kommission diese Befugnis künftig ausdrücklich zugewiesen wird.

- (163) Zugleich sollte aber auch klargestellt werden, dass die Verpflichtung zur Unterlassung zukünftiger „ähnlicher“ Handlungen am Bestimmtheits- und Übermaßverbot zu messen ist. Klargestellt werden sollte vor allem, dass die Einbeziehung von zukünftigen Verhaltensweisen und Handlungen, die einen **ähnlichen** Zweck oder Wirkung verfolgen, gegen das Bestimmtheitsgebot verstoßen. Daher sollte im Gesetzestext festgelegt werden, dass der Tenor von Entscheidungen nicht über eine Verpflichtung zur Abstellung zukünftiger Verhaltensweisen oder Handlungen, die das

„gleiche Ziel“ verfolgen oder sich in „gleicher“ Weise auswirken, wie die festgestellte Zuwiderhandlung, hinausgeht.

**b. To impose behavioural or structural remedies on undertakings and associations of undertakings**

Yes  / No  / Don't know

(164) Die eingeräumten Befugnisse der Kommission nach Art. 7, verhaltensbezogene oder strukturelle Maßnahmen aufzuerlegen, sind nicht angemessen, um eine wirksame Einhaltung der Art. 101, 102 AEUV zu gewährleisten.

(165) Im Einzelnen:

**1. Auferlegung konkreter verhaltensbezogener Maßnahmen**

(166) Wie bereits oben ausgeführt, führt die bisherige Fokussierung auf Bußgeldverfahren insbesondere in Missbrauchsfällen häufig nicht zu dem gewünschten Ergebnis, wirksamen Wettbewerb herzustellen. Bußgelder ändern an den Marktverhältnissen nichts. Die mit Bußgeldentscheidungen verbundenen Verfahrensanforderungen führen zu einer vielfach sachwidrigen Verzögerung der Verfahren. Stattdessen sollte die Kommission stärker die Möglichkeit reiner Feststellungs- und Abstellungsverfügungen nutzen. Effiziente Abstellungsverfügungen setzen voraus, dass die Kenntnis der Marktbeteiligten einbezogen wird. Dazu müssten im Rahmen von Art. 7 die betroffenen Dritten viel intensiver im Vorfeld der Entscheidung involviert werden. Insbesondere sollten die Vorgaben zur Abstellung einem Markttest unterzogen werden.

**2. Klarstellung der Subsidiarität der strukturellen Maßnahme**

(167) Der Begriff der „strukturellen Maßnahme“ ist derzeit zu unbestimmt. Ebenso ist nicht klar erkennbar, ob eine Subsidiarität von strukturellen Maßnahmen gegenüber verhaltensbezogenen Maßnahmen besteht. Art. 7 Abs. 1 S. 3 ist unklar formuliert, da strukturelle Maßnahmen (wenn diese zur Abhilfe geeignet sind) oftmals schneller, dauerhafter und nachdrücklicher und somit wirkungsvoller als verhaltensbezogene Maßnahmen sind und daher die Auferlegung einer strukturellen Maßnahme gerade keine Ausnahme darstellen würde, sondern die Regel.

(168) Der Grundsatz der Subsidiarität sollte daher – mindestens in den Begründungserwägungen – (positiv) klargestellt werden, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 7 Abs. 1 S. 2 gerecht zu werden. Schon bei der Konsolidierung der aktuell geltenden Fassung hatten Deutschland, England, Frankreich, Österreich und Finnland Vorbehalte hinsichtlich der Maßnahmen

struktureller Art. Diese Bedenken hatten auch Dänemark, Griechenland, Italien, Irland, Luxemburg und Spanien. Im Rahmen der Erörterung wurde festgestellt, dass hinsichtlich der Maßnahmen struktureller Art Behutsamkeit geboten ist und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden muss, falls die Kommission ein ausdrückliches Recht erhalten sollte, derartige Maßnahmen in Ausnahmefällen zu ergreifen.<sup>28</sup>

**c. To order interim measures**

Yes  / No  / Don't know

(169) Die Entscheidungsbefugnisse der Kommission sind in der geltenden Fassung von Art. 8 nicht angemessen, um eine wirksame Anwendung von Art. 101, 102 AEUV zu gewährleisten.

**1. Anwendungsdefizit**

(170) Aus Sicht der Studienvereinigung besteht ein erhebliches Anwendungsdefizit im Bereich einstweiliger Maßnahmen. Gerade auf den Märkten digitaler Ökosysteme, die von umfassenden Netzwerkeffekten sowie der besonderen Gefahr der Ausbreitung von Marktmacht auf andere Märkte und dem damit zusammenhängenden hohen Schädigungspotenzial geprägt sind, kommt rasch wirksamen Maßnahmen eine besondere Bedeutung für eine effektive Unterbindung kartellrechtswidriger Praktiken zu.

(171) Das Anwendungsdefizit ist angesichts der immer rascher voranschreitenden Digitalisierung nahezu aller Märkte und immer mächtiger werdender Unternehmen auf digitalen Märkten, besonders gravierend.<sup>29</sup> Die Kommission hat im Jahr 2019 erstmals, nach 18 Jahren, einstweilige Maßnahmen von Amts wegen erlassen. Seit der grundlegenden Entscheidung im Jahr 1980, in der der EuGH der Kommission eine Befugnis zur Anordnung aus Art. 3 Abs. 1 VO 17/62 abgeleitet hatte, hat die Kommission nur neun einstweilige Maßnahmen auf Antrag, welcher der vorherigen Fassung der Verordnung noch gestellt werden konnte, erlassen.<sup>30</sup>

(172) Aktuell entscheidet die Kommission erst nach einem – typischerweise mehrjährigen – Hauptsacheverfahren. Durchschnittlich dauern die Hauptsacheverfahren der

---

<sup>28</sup> Sura, in: Bunte. 14. Aufl. 2022, Art. 7 VO 1/2003 Rn. 4; Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, 66. Lieferung 2008, Art. 7 Rn. 19 f.; vgl. Fn. 42 in Ratsdokument 9999/01 vom 27.06.2001 ([Konsolidierung der geltenden Fassung durch die Mitgliedsstaaten 2001](#)).

<sup>29</sup> Karbaum/Schulz: Einstweilige Maßnahmen der Kartellbehörden – wirksamer Wettbewerbsschutz im Zeitalter digitaler Ökosysteme, NZKart 2019, 407 [410].

<sup>30</sup> Bach: Einstweilige Maßnahmen [im Kartellrecht] – Reformbedarf durch Fehlverständnisse, Festschrift für Gerhard Wiedemann, 727-735; Fischer: Einstweilige Maßnahmen in Kartellverfahren und neue Herausforderungen im Zeitalter der Digitalisierung.

Kommission etwa fünf Jahre. Dies untergräbt dabei den gebotenen Rechtsschutz vor kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen anderer Marktteilnehmer.

## **2. Erleichterte Anwendung einstweiliger Maßnahmen**

- (173) Nach Auffassung der Studienvereinigung sollten die Ursachen des Anwendungsdefizits geprüft und geeignete Maßnahmen ergriffen werden, um einstweilige Maßnahmen zielgerichtet einsetzen zu können. Dazu könnten die Normierung einer Antragsbefugnis ähnlich der Beschwerdebefugnis und eine Klarstellung oder Absenkung der Anwendungsvoraussetzungen gehören.

## **3. Normierung einer Antragsbefugnis**

- (174) Die Erfahrung einzelner Mitgliedstaaten wie etwa Frankreichs zeigt, dass die Initiative für einstweilige Maßnahmen häufig von Unternehmen ausgeht, die von den potentiell wettbewerbswidrigen Maßnahmen unmittelbar betroffenen sind. Unmittelbar betroffenen Unternehmen sollte daher die Befugnis eingeräumt werden, ähnlich wie Beschwerden auch Anträge auf Erlass einstweiliger Maßnahmen einreichen zu können. Derzeit können sie lediglich eine solche Entscheidung anregen. Wird ein Tätigwerden durch die Kommission abgelehnt, steht ihnen kein Rechtsmittel zu.
- (175) Ein Antragsrecht würde auch unterstützend dahingehend wirken, dass mehr einstweilige Maßnahmen erlassen werden, um europaweit gültige schnelle Entscheidungen, vor allem in digitalen Märkten, zu erwirken. Dieses wurde aus der aktuell geltenden Fassung gestrichen, da sich die Kommission sich auf die Verfolgung und Ahndung schwerwiegender Wettbewerbsbeschränkungen konzentrieren wollte.<sup>31</sup> Aufgrund der quasi nicht vorhandenen Nutzung der Befugnis dürfte dieses Ziel verfehlt worden sein.
- (176) Die Darlegungslast hinsichtlich der Zuwiderhandlung, Betroffenheit und Gefährdung für den Wettbewerb sowie der Gründe für ein einstweiliges Eingreifen sollten beim Antragssteller liegen, dabei sollte man aber gleichzeitig seiner begrenzten Ermittlungsmöglichkeit gerecht werden.<sup>32</sup>

## **4. Absenkung der Eingriffsschwelle**

- (177) Im Hinblick auf die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 8 wird immer wieder auf Rechtsunsicherheiten verwiesen, die mit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie dem des „ernsten, nicht wiedergutzumachenden Schadens“

---

<sup>31</sup> Podszun/Deuschle: Einstweilige Maßnahmen im Kartellrecht, WuW 2019, 613 [615].

<sup>32</sup> Karbaum/Schulz: Einstweilige Maßnahmen der Kartellbehörden – wirksamer Wettbewerbsschutz im Zeitalter digitaler Ökosysteme, NZKart 2019, 407 [413].

verbunden sind. Führen diese zu den beschriebenen Anwendungsdefiziten, folgen daraus erhebliche Risiken für den Wettbewerb. Dies gilt gerade im Hinblick auf neuartige Wettbewerbsverstöße, bei denen rechtliche Unsicherheiten hinsichtlich eines Schadens bestehen, da diese noch nicht absehbar sind. Andererseits hat die Rechtsprechung der europäischen Gerichte durchaus zu einer Klärung von Anwendungsvoraussetzungen geführt, die in der Vergangenheit auch den Erlass einstweiliger Maßnahmen abgesichert haben. Im Rahmen der angeregten Prüfung sollte die Rolle möglicher Rechtsunsicherheiten geklärt werden.

(178) Zu einem effektiven Rechtsschutz könnte eine deutlichere Konkretisierung der Anwendungsvoraussetzungen beitragen. Der Wortlaut der Norm suggeriert einen sehr strengen Maßstab. Statt einer prima facie festgestellten Zuwiderhandlung, die gerade bei neuartigen Wettbewerbsverstößen möglicherweise nicht zeitnah festgestellt werden kann, könnte der **vernünftige** Verdacht einer Zuwiderhandlung (über den bloßen Anfangsverdacht hinausgehend, aber weniger als eine überwiegende Wahrscheinlichkeit) ausreichen. Dieser Maßstab könnte gerade aufgrund der schnellen Entwicklung auf digitalen Märkten und den dort herrschenden Netzwerkeffekten, Konzentrationstendenzen und Lock-in Effekten, Vorteile bieten.

(179) Den Interessen der betroffenen Unternehmen könnte insoweit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden, weil der Verdachtsgrad, der drohende Schaden für den Wettbewerb und die Folgen einer Anordnung für das betroffene Unternehmen in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen müssen. In diesem Zusammenhang könnte zudem – im Rahmen der Gesetzesbegründung – klargestellt werden, dass ein abgesenkter Wahrscheinlichkeitsmaßstab für die rechtliche und tatsächliche Bewertung eines Sachverhaltes gilt, um auch neuartige Rechtsverstöße (vor allem in der digitalen Ökonomie) unter diesem Maßstab prüfen zu können.

## **5. Erweiterung des Schutzbereichs**

(180) Im Zusammenhang mit der Einführung einer Antragsbefugnis müsste auch der Schutzbereich der Norm erweitert werden. Aktuell wird lediglich der Wettbewerb als Institution geschützt. Daneben könnte der Individualschutz zugunsten anderer Wettbewerber mitaufgenommen werden (wie in Frankreich und UK der Fall).<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Karbaum/Schulz: Einstweilige Maßnahmen der Kartellbehörden – wirksamer Wettbewerbsschutz im Zeitalter digitaler Ökosysteme (NZKart 2019, 407 [412 f.]).

## 6. Aufnahme von Verfahrensfristen

- (181) Um vor allem Wettbewerbern auf digitalen Märkten wirksamen Schutz zu bieten, sollten die Entscheidungsfristen der Kommission für ein Tätigwerden normiert werden. Dies würde auch die praktische Bedeutung von einstweiligen Maßnahmen stärken, da die von ihnen ausstrahlende Rechtssicherheit erhöht und auch das Tatbestandsmerkmal der Dringlichkeit berücksichtigt würde.
- (182) Während der ersten Phase, der Antragsprüfung, sollten der Kommission max. drei Monate zur Verfügung stehen. Sollte der Antrag nach Ansicht der Kommission erkennbar unbegründet sein, kann sie diesen begründet abweisen. Andernfalls müsste die Kommission eine Anhörung der Beteiligten vornehmen (Weiterleitung der Beschwerdeschrift und der vorläufigen rechtlichen Beurteilung) und ihnen eine Frist für eine schriftliche Stellungnahme setzen. Anschließend sollte eine Anhörung der Parteien erfolgen, bevor die Kommission entscheidet, ob (und ggf. welche) einstweilige Maßnahmen sie anordnet. Inhaltlich sollte sie dabei nicht an den Antrag gebunden sein, sondern hinter diesem zurückbleiben oder über diesen hinausgehen können.<sup>34</sup>

## 7. Höchstdauer

- (183) Überdies sollte eine Höchstdauer von einstweiligen Maßnahmen vorgesehen werden. Das Ermessen der Kommission sollte sich nur in einem gesetzlich fest normierten Rahmen bewegen dürfen. Gerade einer unbefristeten Verlängerbarkeit, wie diese derzeit in Abs. 2 vorgesehen ist, bedarf es nicht. Deutschland hielt schon bei dem Vorschlag der aktuellen geltenden Fassung eine unbefristete Verlängerbarkeit der Geltungsdauer einstweiliger Maßnahmen nicht für erforderlich.<sup>35</sup>

**d. To make binding the commitments offered by undertakings to meet the concerns expressed to them by the Commission in its preliminary assessment**

Yes  / No  / Don't know

- (184) Die Verfahrensrechte im Art. 9 Verfahren müssen sowohl für die Betroffenen als auch für Dritte gestärkt werden. Dies ist über ein Akteneinsichtsrecht der Betroffenen sowie ein Anhörungsrecht Dritter zu erreichen. Um eine effektive und einheitliche Anwendung der Wettbewerbsregeln sicherzustellen, sollten Verpflichtungszusagenentscheidungen künftig auch für nationale Behörden und

---

<sup>34</sup> Karbaum/Schulz: Einstweilige Maßnahmen der Kartellbehörden – wirksamer Wettbewerbsschutz im Zeitalter digitaler Ökosysteme (NZKart 2019, 407 [413 f.]).

<sup>35</sup> (Sura, in: Bunte. 14. Aufl. 2022, Art. 8 VO 1/2003 Rn. 11; Vgl. Fn. 42 in Ratsdokument 9999/01 vom 27.06.2001 ([Konsolidierung der geltenden Fassung durch die Mitgliedsstaaten 2001](#))).

Gerichte bindend sein. Einer Verpflichtungszusagenentscheidung entgegenstehende nationale Entscheidungen stünden im Widerspruch zum allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit.<sup>36</sup> Als Ausdruck der Bindung nationaler Behörden und Gerichte sollte die Anwendung der Artikel 101 und 102 im Anwendungsbereich der Entscheidung gesperrt sein.

### **1. Akteneinsichtsrecht Betroffener**

- (185) Dem Betroffenen einer vorläufigen Beurteilung nach Art. 9 Abs. 1 sollte ein umfassendes Akteneinsichtsrecht nach Art. 27 Abs. 2 zustehen. Aktuell steht dieses Recht nur Betroffenen einer Art. 7-Entscheidung zu, und zwar mit Erhalt der Mitteilung der Beschwerdepunkte (vgl. Art. 15 Abs. 1 VO 773/2004). Die vorläufige Beurteilung einer Art. 9-Entscheidung ist aber durchaus mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte vergleichbar. In beiden Fällen dient die Übermittlung des festgestellten Sachverhaltes sowie der rechtlichen Bewertung der Gewährung rechtlichen Gehörs. Die Verteidigungsrechte der Betroffenen sind in beiden Fällen nur dann angemessen gewahrt, wenn dies mit einem Akteneinsichtsrecht verbunden ist. Hierbei kann es keinen Unterschied machen, ob es sich um eine vermeintlich endgültige oder vorläufige Beurteilung handelt. In beiden Fällen müssen die Betroffenen in die Lage versetzt werden, sich angemessen mit dem Tatvorwurf und der unterrechtlichen Einordnung auseinanderzusetzen und hierzu dezidiert Stellung zu nehmen, die von der Kommission auch entsprechend berücksichtigt werden müssen.
- (186) In der gegenwärtigen Ausgestaltung des Verfahrens besteht die latente Gefahr, dass Unternehmen im Zweifel Zusagen eingehen, die über das hinausgehen, was aus Wettbewerbssicht erforderlich und angemessen wäre. Diese Gefahr besteht deshalb, weil die Kommission jederzeit in ein Art. 7-Verfahren übergehen könnte, welches dann mit einer Abstellungsverfügung und drohenden Geldbußen endet.
- (187) Durch die Gewährung umfassender Akteneinsicht Betroffener kann auch der gelegentlich geäußerten Sorge begegnet werden, die Kommission könne das Instrument der Zusagenentscheidung nach Art. 9 für andere als wettbewerbsrechtliche Zwecke nutzen. Ein weiterer Kritikpunkt an Art. 9 sind nämlich die nicht ausreichend konkret gefassten Handlungsvoraussetzungen für ein Tätigwerden der Kommission. Zunächst ist die Rede von „geeigneten“ Verpflichtungen, was einen ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff darstellt. Ferner stellt die Formulierung „kann“ die Einräumung einer Ermessensentscheidung dar. Es bleibt hier jedoch ohne weitere Anhalts- oder Orientierungspunkte völlig unklar, wie

---

<sup>36</sup> Vgl. EuGH, 28.02.1991, Rs C-234/89 – Delimitis, Rn. 47.

dieses eingeräumte Ermessen gerichtlich überprüft werden kann. Insofern könnte zu befürchten sein, dass sich die Kommission bei dieser Entscheidung von anderen als bloß Erwägungen des Wettbewerbs leiten lässt, da sie selbst sowohl Verwaltungsbehörde als auch politischer Akteur ist.<sup>37</sup>

## **2. Anhörungsrechte Dritter**

(188) Ferner muss Dritten ein gesetzliches Anhörungsrecht eingeräumt werden. Art. 9-Entscheidungen berühren regelmäßig auch die Interessen Dritter. Dies erfordert die Möglichkeit der aktiven Mitwirkung im Verfahren bereits vor Veröffentlichung der vorläufigen Zusagenentscheidung, so wie dies derzeit in Art. 27 Abs. 4 vorgesehen ist. Das Anhörungsrecht aus Art. 27 Abs. 3 könnte auf das Verfahren nach Art. 9 erstreckt werden. Zu überlegen wäre auch, ob dreiseitige Besprechungen (Betroffener, Dritte und Kommission) zu einer angemessenen Berücksichtigung der Interessen aller führen könnten – und dadurch das Verfahren im Vergleich zu heute möglicherweise deutlich effizienter würde.

## **3. Private Enforcement**

(189) Es wird derzeit unterschiedlich beurteilt, ob Verpflichtungszusagen auch für nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte bindend sind. Dementsprechend ist auch nicht gesichert, ob und inwieweit Dritte sich von nationalen Gerichten auf Verpflichtungszusagen berufen und diese gegebenenfalls durchsetzen können.

(190) Um eine einheitliche Anwendung des EU-Rechts zu gewährleisten, sollte gesetzlich klargestellt werden, dass Zusagenentscheidungen auch nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte binden.

### **e. To find that Article 101 and/or Article 102 TFEU are not applicable to a specific case**

Yes  / No  / Don't know

(191) In der derzeitigen Ausgestaltung ist das Instrument der Feststellung der Nichtanwendbarkeit nach Art. 10 VO 1/2003 nicht geeignet, die Durchsetzung der Art. 101, 102 AEUV angemessen zu gewährleisten. Nach Auffassung der Studienvereinigung ist es an der Zeit, über praktikable Maßnahmen zur Erhöhung der Rechtssicherheit im System der Legalausnahme in zweierlei Hinsicht offen zu diskutieren. Zum einen sollten bei einer Neufassung von Artikel 10 Bereiche definiert werden, die sich für eine Feststellung der Nichtanwendbarkeit durch die Kommission

---

<sup>37</sup> Von Graevenitz: Nationale Zivilgerichte im Schatten von Kommissions-Beschlüssen über Verpflichtungszusagen nach Art. 9 I VO 1/2003, EuZW 2021, 246, 250; vgl. auch GA Pitruzzella Schlussanträge v. 7.5.2020, ECLI:EU:C:2020:355 = BeckRS 2020, 7692 Rn. 67-69 – Canal+).

in besonderer Weise eignen. Insbesondere sollte die bislang vorgenommene faktische Einschränkung auf grundlegend neuartige Sachverhalte entfallen. Ergänzend sollte ein Antragsrecht eingeführt werden.

(192) Darüber hinaus muss nach Auffassung der Studienvereinigung auch offen über einen Wegfall des bisherigen Monopols der Kommission im Bereich der Feststellung der Nichtanwendbarkeit gesprochen werden. Im Hinblick auf die Kompetenzen und die Leistungsfähigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden ist die Situation heute nicht mit derjenigen vergleichbar, die bei Erlass der VO 1/2003 kurz nach der starken Erweiterung der Union bestand. In einer geänderten Durchführungsverordnung sollten die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten daher ermächtigt werden, in bestimmten Konstellationen ebenfalls eine Feststellung der Nichtanwendbarkeit treffen zu können. Die dafür geeigneten Sachverhalte könnten u.a. auch nach ihrem geographischen Schwerpunkt abgegrenzt werden. Durch die Ausgestaltung der Zusammenarbeit im ECN, ggf. verbunden mit einer Einbindung der Kommission in den Entscheidungsprozess, kann eine Kohärenz der entsprechenden Feststellungspraxis erreicht werden.

(193) Eine Ausweitung möglicher Feststellungen der Nichtanwendbarkeit soll nach Auffassung der Studienvereinigung nicht zur Wiedereinführung eines Anmeldesystems führen. Dem kann durch die Begrenzung der für eine solche Feststellung geeigneten Fälle Rechnung getragen werden. In diesem Zusammenhang sollte den Wettbewerbsbehörden ein gewisses Ermessen eingeräumt werden. Sie sollten beispielsweise auch in der Lage sein, auf die Klärung vergleichbarer Fragestellungen in vorangegangenen Entscheidungen über die Feststellung der Nichtanwendbarkeit zu verweisen. Gerade die Orientierungsfunktion solcher Entscheidungen für vergleichbare Fallgestaltungen sollte in ihrer Wirkung für die Rechtssicherheit aller Beteiligten nicht unterschätzt werden.

(194) Nach Auffassung der Studienvereinigung sollten Voraussetzungen definiert werden, unter denen die Kommission auf Antrag tätig werden muss. Insbesondere die Erfahrungen aus den unterschiedlichen nationalen Ansätzen im Hinblick auf Drittplattformverbote, sogenannte Bestpreisklauseln und Onlinevertriebsthemen haben verdeutlicht, dass es zu einem Durchsetzungsdefizit auf Seiten der Kommission kommen kann, welches zu erheblicher Rechtsunsicherheit aufgrund national divergierender Entscheidungen führt.

### **1. Antragsrecht bei konkreter Gefahr divergierender nationaler Entscheidungen**

(195) Nach Art 10 Abs. 1 kann die Kommission derzeit nur von Amts wegen durch Entscheidung feststellen, dass Art. 101 AEUV (ex 81 EG) keine Anwendung in einem

bestimmten Einzelfall findet, weil die Voraussetzungen der Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht vorliegen, oder weil die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Nach Art. 10 Abs. 2 gilt dies entsprechend für Art. 102 AEUV (ex 82 EG).

- (196) Ein förmliches Antragsrecht besteht aktuell nicht. Es kann aber durchaus ein berechtigtes Interesse der Unternehmen und gegebenenfalls aller betroffenen Marktteilnehmer an der kartellrechtlichen Bewertung bestimmter Praktiken durch die Kommission bestehen. Dies wird auch durch Erwägungsgrund 38 grundsätzlich anerkannt. Die Kommission hat aber praktisch hohe, restriktive Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit sie bereit ist, sich in informelle Gespräche mit Unternehmen einzulassen oder ggf. Beratungsschreiben an diese zu richten.
- (197) Wie etwa die jüngsten Beispiele in Sachen Pharma<sup>38</sup> zeigen, sind es jeweils nur ganz spezielle Fälle, in denen die Kommission schriftlich und auch nach außen kommuniziert, dass es einen Fall nach Art. 101 oder Art. 102 AEUV geprüft habe. Viel häufiger verweist die Kommission darauf, dass die Unternehmen rechtlich vertreten seien und die Anwälte dazu beraten könnten, was erlaubt und was verboten sei. Diese Auffassung ist aus Unternehmenssicht jedoch äußerst unbefriedigend. Gerade bei hohen Investitionen ist es nachvollziehbar und Gegenstand einer vernünftigen Unternehmensführung, Rechtssicherheit im Vorfeld einer Entscheidung zu haben.
- (198) Wesentlich offener sind insoweit die nationalen Behörden, insbesondere das Bundeskartellamt, aber auch etwa die Wettbewerbsbehörde in den Niederlanden.
- (199) Folge dieser hohen Hürde bei der Kommission ist, dass die Unternehmen für (partielle) Rechtsklarheit zu den mitgliedersstaatlichen Wettbewerbsbehörden gehen, die im Zweifel gesprächsbereiter sind, aber selbstverständlich nur Aussagen für das jeweilige Hoheitsgebiet treffen können und daher weniger Rechtssicherheit bieten. Das gefährdet die einheitliche Anwendung des EU Rechts und kann gerade im Bereich des Vertriebs von Waren oder Dienstleistungen zu national divergierenden Entscheidungen und darauf basierend unterschiedlichen vertraglichen Konstellationen führen. Dies behindert den Binnenmarkt.
- (200) Besonders prägnante Negativbeispiele hierfür sind die langjährigen Auseinandersetzungen zu **Drittplattformverboten** in Vertriebsverträgen sowie zu sogenannten **Bestpreisklauseln** auf Onlinebuchungsplattformen, aber auch die Auslegungen zu **zulässigen Beschränkungen im Onlinevertrieb** (Fall „Stihl“). In derartigen Fällen, in denen in neuartigen Rechtsfragen unterschiedliche nationale

---

<sup>38</sup> Vgl. [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines\\_for\\_europe\\_comfort\\_letter.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf)) und Gaia-X (vgl. [https://gaia-x.eu/wp-content/uploads/files/2021-11/Letter%20to%20Gaia-X\\_update.pdf](https://gaia-x.eu/wp-content/uploads/files/2021-11/Letter%20to%20Gaia-X_update.pdf)).

Ansätze für grenzüberschreitende Sachverhalte erkennbar sind, sollte betroffenen Unternehmen ein Antragsrecht für eine Art. 10 Entscheidung zustehen.

(201) Ein solches Antragsrecht mit einer korrespondierenden Entscheidungspflicht der Kommission könnte die Rechtssicherheit signifikant erhöhen.

## **2. Anhörungsrecht**

(202) Korrespondierend zum Antragsrecht sollte ein Anhörungsrecht für betroffene Dritte stipuliert werden. Hier könnte grundsätzlich auf die Regelung des Art. 27 Abs. 3 zurückgegriffen werden. Da eine Positiventscheidung für Dritte (beispielsweise Wettbewerber oder Kunden) belastende Wirkung entfalten kann, erscheint es sachgerecht, ihnen die Beteiligungsrechte einzuräumen, die Dritten im Allgemeinen zustehen.

**27. In your view, are the Commission's powers pursuant to Articles 7, 9 and 17 of Regulation 1/2003 adequate to address situations where the Commission concludes at the end of an antitrust investigation or a sector inquiry that a market presents economic features leading to structural competition concerns? This could be the case e.g. when the economic features of a given market result in a risk of systemic non-compliance with Articles 101 and 102 TFEU by the operators active thereon.**

Yes  No  I don't know

(203) Wie bereits erwähnt, sollte das Instrumentarium, das der Kommission zur Verfügung steht, um Wettbewerb auf relevanten Märkten wiederherzustellen, geprüft und ggf. geändert/erweitert werden.

## **Efficiency**

**28. In your view, are the following decisional powers of the Commission adequate to ensure in an efficient manner full compliance with Articles 101 and 102 TFEU?**

**a. To require undertakings and associations of undertakings to bring an infringement to an end**

Yes  No  I don't know

(204) Wie bereits erwähnt, sind die Fälle für die Kommission mit Erlass der Entscheidung abgeschlossen, außer eine Partei klagt dagegen vor Gericht. Die Kommission verliert dann mitunter das Interesse an dem Fall, so beispielsweise bei der sog. „*Microsoft fatigue*“. Ob und wie wirksam Entscheidungen waren, spielt für die Kommission – anders als für die Beschwerdeführer – keine entscheidende Rolle mehr. Auch hält die

Kommission daran fest, Compliance-Maßnahmen nicht bußgeldreduzierend zu berücksichtigen. Die Studienvereinigung regt an, dass hier die internationalen Entwicklungen in dieser Frage stärker berücksichtigt werden.

**b. To impose behavioural or structural remedies on undertakings and associations of undertakings**

Yes  No  I don't know

(205) Wie bereits erwähnt, sollten die aktuellen Regelungen geändert werden.

**c. To order interim measures**

Yes  No  I don't know

(206) Wie bereits erwähnt, sollten die aktuellen Regelungen geändert werden.

**d. To make binding the commitments offered by undertakings to meet the concerns expressed to them by the Commission in its preliminary assessment**

Yes  No  I don't know

(207) Wie bereits erwähnt, sollten die aktuellen Regelungen geändert werden.

**e. To find that Article 101 and/or Article 102 TFEU are not applicable to a specific case**

Yes  No  I don't know

(208) Wie bereits erwähnt, sollten die aktuellen Regelungen geändert werden.

**Relevance**

**29. In your view, are the following decisional powers granted to the Commission by Regulation 1/2003 still necessary to ensure the effective application of Articles 101 and 102 TFEU?**

**a. To require undertakings and associations of undertakings to bring an infringement to an end**

Yes  No  I don't know

(209) Für die effektive Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV ist es weiter erforderlich, dass die Kommission von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verlangen kann, einen Kartellrechtsverstoß zu beenden.

**b. To impose behavioural or structural remedies on undertakings and associations of undertakings**

Yes  No  I don't know

(210) Für die effektive Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV ist es weiterhin erforderlich, dass die Kommission Verhaltenszusagen oder strukturelle Zusagen fordern darf.

**c. To order interim measures**

Yes  No  I don't know

(211) Für die effektive Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV ist es weiterhin erforderlich, dass die Kommission einstweilige Maßnahmen anordnen darf.

**d. To make binding the commitments offered by undertakings to meet the concerns expressed to them by the Commission in its preliminary assessment**

Yes  No  I don't know

(212) Für die effektive Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV ist es weiterhin erforderlich, dass die Kommission angebotene Zusagen bindend für Unternehmen erklären darf.

**e. To find that Article 101 and/or Article 102 TFEU are not applicable to a specific case**

Yes  No  I don't know

(213) Für die effektive Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV ist es weiterhin erforderlich, dass diese Normen für nicht anwendbar erklärt werden können.

**30. In your view, are the decisional powers granted to the Commission by Regulation 1/2003 coherent with other EU legislation and EU policies?**

Yes  No  I don't know

(214) Nach Auffassung der Studienvereinigung sind die Entscheidungsbefugnisse der Kommission nach der VO 1/2003 im Einklang mit anderer EU-Gesetzgebung und anderen EU-Politiken. Es sollten aber auch andere Rechtsmaterien, wie etwa das Datenschutzrecht, bei Verfahren berücksichtigt werden.

## EU added value

31. In your view, have the decisional powers granted to the Commission by Regulation 1/2003 contributed to ensuring the effective and uniform application of Articles 101 and 102 TFEU compared to, in their absence, a system based on decisional powers conferred to national administrative and/or judicial authorities?

Yes  No  I don't know

(215) Die Entscheidungsbefugnisse der Kommission nach der VO 1/2003 haben zu einer effektiven und einheitlichen Anwendungspraxis auf europäischer Ebene beigetragen. Diese Regelungen sollten aber überarbeitet werden.

### E. Fines and limitation periods (Articles 23 to 26 of Regulation 1/2003)

32. In your view, are the Commission's fining powers effective in sanctioning infringements and ensuring full compliance with Articles 101 and 102 TFEU?

Yes  / No  / Don't know

(216) Die Befugnisse der Kommission zur Verhängung von Bußgeldern bei Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 und Art. 102 AEUV sind grundsätzlich effektiv.

(217) Die Studienvereinigung ist allerdings der Ansicht, dass Compliance Bemühungen der Unternehmen bei der Bußgeldbemessung mindernd berücksichtigt werden sollten. Andere Wettbewerbsbehörden, wie beispielsweise das Bundeskartellamt seit der letzten Reform der Kartellvorschriften, verfolgen bereits diesen Ansatz und setzen sich mit den bußgeldmildern Auswirkungen von Compliance-Bemühungen im Bußgeldbescheid auseinander. Auch im Ausland (u.a. in den USA) werden Compliance-Bemühungen unter bestimmten Voraussetzungen bußgeldmindernd berücksichtigt. Die Studienvereinigung regt an, dass die Kommission Compliance Bemühungen ebenfalls positiv würdigt, da sie sich für die Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften als insgesamt sehr förderlich erwiesen haben und die Kommission so einen weiteren wichtigen Anreiz für die Einführung bzw. stetige Erneuerung von Compliance Strukturen schaffen würde.

(218) Im Einzelfall erscheinen ferner die in der Praxis verhängten Bußgelder teilweise als zu hoch. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass in den letzten 15 bis 20 Jahren die private Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche erheblich zugenommen und an Bedeutung gewonnen hat, sind Unternehmen heute einer Mehrfachbelastung ausgesetzt, die teilweise nicht mehr im richtigen Verhältnis zu der festgestellten Zuwiderhandlung steht. Es ist gar zu erwägen, ob die Bußgeldhöhe

von den Schadensersatzforderungen abhängig gemacht und entsprechend reduziert werden sollte.

**33. In your view, are the Commission's fining powers effective in ensuring full compliance with the procedural obligations associated with proceedings under Articles 101 and 102 TFEU?**

Yes  / No  / Don't know

(219) Die Regeln für die bei Verstößen gegen Verfahrensvorschriften zu verhängenden Bußgelder sind effektiv. In Einzelfällen erscheinen die in der Praxis für bloße Verfahrensverstöße verhängten Bußgelder allerdings recht hoch. Es ist auch richtig und wichtig, dass Bußgelder nur dann auferlegt werden können, wenn dem Unternehmen ein Verschulden für den Verstoß nachgewiesen werden kann. Dafür, wann das Fehlverhalten eines Mitarbeiters ein Verschulden des Unternehmens darstellen kann, fehlen allerdings Regeln. Das führt dazu, dass Unternehmen in Bußgeldverfahren letztlich einer Garantiehaftung für Verfahrensverstöße unterliegen. Selbstverständlich müssen vorsätzliche Verstöße gegen Verfahrensvorschriften durch die Geschäftsführung oder Mitarbeiter, die befugt sind, für das Unternehmen zu handeln, auch bestraft werden.

(220) Auf der anderen Seite kommt die Kommission z. B. im Rahmen einer Befragung oder bei einer Durchsuchung regelmäßig auch mit Mitarbeitern in Kontakt, die weder befugt noch geschult sind, für das Unternehmen nach außen aufzutreten. Für Fehler solcher Mitarbeiter kann bzw. sollte ein Unternehmen nur dann haften, wenn es diesen Fehler fahrlässig oder vorsätzlich nicht verhindert hat. Als Beispiel lässt sich hier die eigenständige Vernichtung von Beweismaterial durch einen Mitarbeiter anführen, obwohl dieser regelmäßig zu Verhalten bei Durchsuchungen geschult wurde. Auch insoweit regt die Studienvereinigung die Stärkung der Verteidigungsrechte, insbesondere das Recht auf anwaltliche Vertretung bei Durchsuchungen an (siehe oben bei Frage 15).

**34. In your view, does the system of limitation periods for the imposition and enforcement of fines and periodic penalty payments allow the Commission to make effective use of its fining powers?**

Yes  / No  / Don't know

(221) Die Verjährungsfristen für Verstöße gegen Art. 101 und Art. 102 AEUV in der VO 1/2003 sind grundsätzlich effektiv und angemessen.

(222) In der Praxis fällt allerdings auf, dass es bei der weiten Auslegung der Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung durch die Kommission im Einzelfall

zu Wertungswidersprüchen kommt. Insbesondere bei komplexen Kartellverfahren führt die Rechtsfigur oft dazu, dass die Verjährung erst viele Jahre nach der tatsächlichen (teilweisen) Beendigung einer Zuwiderhandlung beginnt und insbesondere Zäsuren nicht hinreichend berücksichtigt werden. Das unscharfe Merkmal des unterstellten Gesamtplans etwa ist mit einer hohen Rechtsunsicherheit verbunden, da mangels klarer Kriterien ein sehr großer Ermessensspielraum für die Kommission besteht. Verbotsadressaten müssen so über einen langen Zeitraum hinweg mit einem Bußgeld rechnen und das Ziel des Rechtsfriedens, das den Verjährungsvorschriften immanent ist, würde teilweise ausgehebelt werden.

(223) Weiterhin regt die Studienvereinigung an, die Regelung bezüglich der absoluten Verjährung, geregelt in Art. 25 Abs. 5 S. 2, 3 in Verbindung mit Abs. 6 VO 1/2003, neu zu bewerten. Durch den Umstand, dass gem. Art. 25 Abs. 6 VO 1/2003 die Verfolgungsverjährung ruht und damit auch die absolute Verjährung nicht einsetzen kann, solange wegen der Entscheidung der Kommission ein Verfahren vor dem EuGH anhängig ist, besteht die reelle Gefahr, dass Unternehmen auch weit nach Ablauf von zehn Jahren seit Beendigung etwaiger Zuwiderhandlungen mit Bußgeldern rechnen müssen. Nach Anhängigkeit bei Gericht verbleiben keine Anreize mehr, die Verfahren zügig abzuschließen. Auch die Sachverhaltsaufklärung ist deutlich erschwert, wenn die fallrelevanten Ereignisse zehn Jahre und länger zurückliegen. Verfahrensbeteiligte könnten wegen dieser Erwägungen davon abgehalten werden, Rechtsmittel einzulegen. Die derzeitige Regelung der Verjährung steht damit nicht vollständig im Einklang mit den Grundsätzen der Verfahrenseffizienz und der Effektivität des Rechtsschutzes.

**35. In your view, are the Commission's fining powers adequate to ensure in an efficient manner full compliance with Articles 101 and 102 TFEU?**

Yes  / No  / Don't know

(224) Wie oben bereits dargelegt, ist die Studienvereinigung der Ansicht, dass Compliance Bemühungen der Unternehmen bei der Bußgeldbemessung mindernd berücksichtigt werden sollten. Außerdem erscheinen ferner die in der Praxis verhängten Bußgelder teilweise als zu hoch.

**36. In your view, are the Commission's fining powers adequate to ensure in an efficient manner full compliance with the procedural obligations associated with proceedings under Articles 101 and 102 TFEU?**

Yes  / No  / Don't know

(225) Siehe oben Antwort zu Frage 31.

- 37. In your view, are the Commission fining powers for infringements of Articles 101 and 102 TFEU and for procedural breaches still relevant to ensure full compliance with Articles 101 and 102 TFEU?**  
Yes  / No  / Don't know

(226) Siehe oben Antwort zu Frage 31.

- 38. In your view, are the Commission's fining powers for infringements of Articles 101 and 102 TFEU and for procedural breaches coherent with other EU legislation and EU policies?**  
Yes  / No  / Don't know

(227) Das Kartellverbot und die dazu gehörenden Bußgeldvorschriften bestehen neben anderem EU Recht. Aus Sicht der Studienvereinigung ist es wichtig, beim Erlass von Rechtspflichten in anderen Bereichen darauf zu achten, ob und in welcher Form mit diesen Vorschriften Verhalten gefordert wird, das anderenfalls gegen das Kartellverbot verstoßen könnte oder zumindest die Wahrscheinlichkeit von Kartellverstößen erhöhen könnte. Oft führen gerade regulatorische Anforderungen zu einem Abstimmungsbedarf in der Industrie. Gemeinsam mit dem sehr weiten Begriff der abgestimmten Verhaltensweise erhöht dies das Risiko von versehentlichen Kartellverstößen. Diese Problematik wird von den europäischen Institutionen weder bei Gesetzgebung noch bei entsprechenden Bußgeldverfahren hinreichend berücksichtigt. Zu erwägen wäre eine Stärkung der GD Wettbewerb im Bereich der *competition advocacy* auch innerhalb der die Gesetzgebung vorbereitenden Tätigkeiten der Kommission.

- 39. In your view, have the Commission's fining powers for infringements of Articles 101 and 102 TFEU and for procedural breaches contributed to the enforcement of Articles 101 and 102 TFEU compared to a system of penalties imposed by Member States' National Competition Authorities and courts?**  
Yes  / No  / Don't know

(228) Jedenfalls für Verhalten, das den gesamten Gemeinsamen Markt oder einen wesentlichen Teil hiervon betrifft, ermöglicht die VO 1/2003 Kartellverstöße effizient zu verfolgen. Das ist auch für die betroffenen Unternehmen wichtig, weil so eine Vielzahl von parallelen Verfahren vermieden werden kann. Darüber hinaus bieten Entscheidungen der Kommission sowie die hierzu ergangenen Urteile der europäischen Gerichte die Grundlage für eine einheitliche Rechtsanwendung in der Europäischen Union. Auf der anderen Seite sollten Fälle, die ausschließlich das Territorium eines oder weniger Mitgliedsstaaten betreffen, weiterhin von den nationalen Behörden der Mitgliedsstaaten bearbeitet werden. Diese sind wesentlich mehr mit den relevanten nationalen wirtschaftlichen Zusammenhängen vertraut.

(229) Darüber hinaus wäre es aus Sicht der Studienvereinigung auch nicht sinnvoll, sämtliche Kartellverfolgungs-Ressourcen bei der Kommission zu bündeln. Starke nationale Wettbewerbsbehörden tragen ganz erheblich zur Weiterentwicklung des Kartellrechts bei. Allerdings sollte die Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten bei der Kartellverfolgung klarer geregelt werden. Hier fehlt es heute zum einen an konkreten, objektiv nachprüfbareren Kriterien, nach denen ein Fall der Kommission oder den Mitgliedsstaaten zugeordnet wird. Zum anderen fehlt es an einer Regelung, mit der die Zuständigkeit frühzeitig im Verfahren entschieden werden kann. Heute herrscht oft noch bis kurz vor Abschluss des Verfahrens Unklarheit darüber, ob der Fall letztlich von der Kommission oder in einem Mitgliedstaat entschieden wird. Das führt zur Erhöhung des mit einer Untersuchung verbundenen Aufwands auf Behördenseite wie auch auf Unternehmensseite, vergleiche auch Antwort zu Frage 41.

**F. Cooperation between the Commission and NCAs and courts (Articles 11-16 of Regulation 1/2003)**

**40. In your view, are the provisions regarding the cooperation between the Commission and the National Competition Authorities effective in ensuring the uniform application and enforcement of Articles 101 and 102 TFEU across the EU?**

Yes  / No  / Don't know

(230) Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass Kapitel IV der Verordnung 1/2003 über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten und die dort geregelten Verfahren der gegenseitigen Information, der Aussetzung und Einstellung von Verfahren und (über die tägliche Zusammenarbeit im ECN hinaus) auch über den Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine gedeihliche und transparente Zusammenarbeit im Interessen einer zielgerichteten Wettbewerbspolitik bieten. Wenn die Studienvereinigung in dieser Stellungnahme somit die gegenwärtige Situation zum Teil kritisch beleuchtet und Änderungen vorschlägt, so ist dies nicht in erster Linie zu verstehen als Anregung zur Änderung der Vorschriften in Kapitel IV der VO, sondern betrifft eher die Verwaltungspraxis sowohl der Kommission als auch der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten nach der lex lata.

(231) Da das Zwischenstaatlichkeitskriterium weit auszulegen ist, gibt es kaum (rein lokale) Fälle, die nur in die Zuständigkeit einer mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde

fielen, bei den weitaus meisten Fällen, insbesondere denen, die die Mitglieder der Studienvereinigung aus ihrer eigenen Praxis kennen, ist wegen des grenzüberschreitenden Bezuges neben dem Recht der Europäischen Union fast immer auch das Recht mindestens eines anderen Mitgliedstaates anwendbar. Dies führt zu vielen Unklarheiten in der Frage der Behördenzuständigkeit, aber auch der Anwendung des materiellen Rechts in der anwaltlichen und unternehmerischen Fallpraxis. Das gilt nicht nur für Fälle im nicht voll „harmonisierten“ Bereich der kartellrechtlichen Beurteilung einseitigen Verhaltens, sondern auch im unmittelbaren Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV auf horizontale und vertikale Vereinbarungen.

(232) Aus Sicht der anwaltlichen Praxis und auch der betroffenen Wirtschaft ist nämlich häufig schwer zu erkennen, nach welchen Kriterien die EU-Kommission selbst und die Behörden der Mitgliedstaaten gemeinsam im ECN über die Verteilung der Zuständigkeit entscheiden. So war es vielen Beobachtern schwer erklärlich, dass die Kommission angesichts der Vielfalt von Entscheidungen nationaler Behörden im Zusammenhang mit den Hotelbuchungsplattformen keine einheitliche europäische Linie durchgesetzt hat, auch wenn die Kommission kürzlich (aber eben Jahre später) zu diesem Markt eine ökonomische Studie veröffentlicht hat. Auch im Bereich der pharmazeutischen Industrie ist es vielfach unklar, ob ein Sachverhalt, der mehrere Mitgliedstaaten betrifft oder sogar in vielen Mitgliedstaaten zu vergleichbaren Rechtsanwendungsfragen führt, in Brüssel oder auf nationaler Ebene entschieden wird. Ein weiteres Beispiel für diese Beobachtung ist das kürzlich verkündete Urteil des EuG zur Behandlung der Beschwerde eines Wettbewerbers der polnischen Staatseisenbahn über die Prüfungspflichten der Kommission in Situationen, in denen die politische Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung auf nationaler Behördenebene nicht über jeden Zweifel erhaben zu sein schien. Es mag sich bei diesen Fällen in der statistischen Gesamtbetrachtung um Ausnahmen handeln; sie prägen jedoch den Gesamteindruck eines unberechenbaren und letztlich von Zufälligkeiten abhängigen Zuständigkeitssystems.

(233) Darüber hinaus ist die Frage der Zuständigkeit oft bis kurz vor Abschluss des Verfahrens unklar. Zwar wird man nicht alle Fragen der Zuständigkeitsverteilung mit Hilfe von objektiven Kriterien lösen können und daher den Behörden in gewissem Rahmen Ermessen belassen müssen, welche Behörde einen Sachverhalt letztlich entscheidet. Wichtig ist jedoch, frühzeitig im Verfahren Klarheit über die Zuständigkeit herbeizuführen, um teuren Mehraufwand auf Behörden wie auch auf Unternehmensseite zu vermeiden.

(234) Die Frage der letztendlichen Zuständigkeit in diesem System ist auch für das Ergebnis

der behördlichen Untersuchungen relevant. Trotz der Vereinheitlichungs-bemühungen durch das ECN und die ECN-Plus-Richtlinie verhält es sich weiterhin so, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden durch ihre eigene Schwerpunktsetzung und die unterschiedliche Praxis im Verfahrensabschluss in vergleichbaren Sachverhalten zu durchaus unterschiedlichen Ergebnissen kommen können. Von diesen Unterschieden kann es u.U. abhängen, ob eine Untersuchung mit einer Bußgeldentscheidung, einer Zusagen-Entscheidung oder nur mit einer den Verstoß feststellenden Entscheidung ohne Bußgeld abgeschlossen wird, von der unterschiedlichen Verfahrensdauer von Jurisdiktion zu Jurisdiktion einmal ganz abgesehen.

**41. In your view, are the provisions regarding the cooperation between the Commission and the national courts effective in ensuring the uniform application and enforcement of Articles 101 and 102 TFEU across the EU?**

Yes  / No  / Don't know

(235) Es besteht seit einiger Zeit der Eindruck, dass die Zusammenarbeit mit den nationalen Gerichten momentan keine hohe Priorität bei der Kommission genießt. Die Kommission hat zwar erst kürzlich wieder eine Ausschreibung veröffentlicht, die für das Training nationaler Richter in Fragen des EU-Wettbewerbsrechts (unter Einschluss des Beihilferechts), zu Bewerbungen auffordert. Die auf der Internetseite der Generaldirektion Wettbewerb befindliche Zusammenstellung nationaler Urteile scheint jedoch schon seit längerer Zeit nicht mehr aktualisiert worden zu sein.<sup>39</sup>

(236) Auch die Praxis der Einreichung von *Amicus Curiae Observations* vor nationalen Gerichten scheint an Bedeutung verloren zu haben. Für die Jahre 2017 – 2020 (letztes Bezugsjahr) findet sich auf der Internetseite der Kommission nur jeweils eine solche Stellungnahme pro Jahr.

(237) Umso wichtiger ist es, dass der EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV häufig und engagiert zu Fragen der nationalen Gerichte zu einer Vielzahl kartellrechtlicher Themen Stellung nimmt, sowohl im Bereich der Anwendung des materiellen Kartellrechts als auch im Zusammenhang mit Zuständigkeitsfragen oder inhaltlichen Fragen der Ausgestaltung von Schadensersatzprozessen und anderen Fragen des Private Enforcement.

(238) Allerdings kann diese Form der „Zentralisierung“ eine aktive Kommunikationspolitik der Kommission in Richtung der nationalen Gerichte nicht ersetzen. Angesichts der

---

<sup>39</sup> Soweit ersichtlich datieren die neuesten dort zugänglichen Urteile aus Deutschland aus dem Jahre 2015; bei den französischen Gerichten ist eine Entscheidung aus dem Jahre 2014 die neueste Referenz. Die Internetseite selbst macht darauf aufmerksam, dass diese Inhalte ab dem 5. Mai (vermutlich 2022) auf einer neuen Internetseite zu finden seien.

inzwischen bestehenden Vielzahl von Private Enforcement-Fällen auf nationaler Ebene, wäre eine stärker aktive Rolle der Kommission sicher erwägenswert. Umgekehrt hat die Studienvereinigung Kartellrecht auch Verständnis dafür, dass die Kommission ihre knapp bemessenen personellen Ressourcen angesichts neuer Aufgabenbereiche (DMA, Drittstaatensubventionen) mit Bedacht einsetzen muss.

- 42. In your view, are the provisions on the cooperation between the Commission and the National Competition Authorities adequate to ensure in an efficient manner the uniform application and enforcement of Articles 101 and 102 TFEU across the EU?**

Yes  / No  / Don't know

(239) Siehe Antwort zu Frage 38.

- 43. In your view, are the provisions on the cooperation between the Commission and national courts adequate to ensure in an efficient manner the uniform application and enforcement of Articles 101 and 102 TFEU across the EU?**

Yes  / No  / Don't know

(240) Siehe Antwort zu Frage 39.

- 44. In your view, are the provisions regarding the cooperation between the Commission and the National Competition Authorities still relevant for the uniform application and enforcement of Articles 101 and 102 TFEU across the EU?**

Yes  / No  / Don't know

(241) Siehe Antwort zu Frage 38.

- 45. In your view, are the provisions regarding the cooperation between the Commission and the national courts still relevant for the uniform application and enforcement of Articles 101 and 102 TFEU across the EU?**

Yes  / No  / Don't know

(242) Siehe Antwort zu Frage 39.

- 46. In your view, are the provisions regarding the cooperation between the Commission and the National Competition Authorities for the uniform application and enforcement of Articles 101 and 102 TFEU coherent with other EU legislation and EU policies?**

Yes  / No  / Don't know

(243) Die Studienvereinigung kann keine Inkohärenzen oder Widersprüche zwischen den Regeln für die Zusammenarbeit zwischen Kommission und Mitgliedsstaaten

erkennen.

- 47. In your view, are the provisions regarding the cooperation between the Commission and national courts for the uniform application and enforcement of Articles 101 and 102 TFEU coherent with other EU legislation and EU policies?**  
Yes  / No  / Don't know

(244) Siehe Antwort zu Frage 39.

- 48. Is there any other comment related to the application of Regulation 1/2003 and Regulation 773/2004 that you want to bring to the Commission's attention and that has not been addressed in your replies to the previous questions?**  
Yes  / No  / Don't know

(245) Weitere Gesichtspunkte werden sich möglicherweise im Laufe des weiteren Konsultationsverfahrens ergeben und dann aufgegriffen.

\* \* \*

An der Bearbeitung dieser Stellungnahme haben die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht mitgewirkt:

Dr. Christian Bahr, Dr. Sascha Dethof, Kaan Gürer, Dr. Thomas Hellebrandt, Christian Horstkotte, Dr. Uta Itzen, Dr. Petra Linsmeier, Dr. Thomas Lübbig, Dr. Susanne Zühlke sowie, für den Vorstand, Prof. Dr. Albrecht Bach und Marc Besen.