

Rezensionen

Kartellrecht

Rechtsanwalt Pieter Wiepjes, Dortmund

Ahmad Chmeis: Kartellsanktionsrecht - Verfahrensrechtliche Konvergenz inner- halb der Europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung des deut- schen Rechts

**Dunker & Humblot, Schriften zum Europäischen Recht (EUR), Band 185, Berlin 2018,
341 S., 89,90 Euro.**

I. Einführung

Bereits der Untertitel des Werkes („Verfahrensrechtliche Konvergenz innerhalb der europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts“) stellt klar, dass der Verfasser den Versuch unternimmt, die abstrakten Anforderungen an ein unionsweites Kar-

tellsanktionsrecht darzustellen, bestehende Defizite innerhalb des europäischen und des deutschen Kartellverfahrensrechts zu skizzieren sowie Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Die teilweise divergierenden Vorschriften des europäischen und deutschen Kartellverfahrensrechts stellen einen nachvollziehbaren Anlass für diese Untersuchung dar. Das Ziel verfahrensrechtlicher Konvergenz ergibt sich aus praktischer Sicht aus dem Bedürfnis von Unternehmen, im europäischen Raum einen einheitlichen Binnenmarkt vorzufinden. Aus rechtlicher Sicht trägt verfahrensrechtliche Konvergenz innerhalb des Unionsgebietes zur Rechtssicherheit bei.

II. Zum Werk

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität in Hannover als Promotionsschrift eingereicht und durch Herrn Prof. Dr. Bernd H. Oppermann und Frau Prof. Dr. Petra Buck-Heeb begutachtet. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zum Stand Januar 2018 berücksichtigt. Das 341 Druckseiten umfassende Werk gliedert sich in einen allgemeinen und einen besonderen Teil. Dieser Aufteilung ist eine sehr umfangreiche Einleitung vorangestellt, in welcher der Verfasser vor allem anschaulich schildert, welche Problemstellungen bei der Erreichung der verfahrensrechtlichen Konvergenz bestehen und welches Ziel seine Untersuchung verfolgt.

1. Einleitung

In dieser streicht der Verfasser heraus, dass die öffentlich-rechtliche Durchsetzung des Kartellrechts seit jeher das Hauptinstrument der europäischen Wettbewerbspolitik darstellt (S. 19). Unterschiedliche Rechtsordnungen wirken sich jedoch in den sie betreffenden Gebieten in teilweise erheblich unterschiedlichem Maße aus. Zur Koordination der Sanktionen besteht das European Competition Network (ECN), welchem auch eine eigene institutionalisierte Struktur zukommt, wodurch der Verfasser eine Zunahme der Durchsetzungskraft des europäischen Wettbewerbsrechts feststellt (S. 23). Nichtsdestotrotz besteht weiterhin ein Grundkonflikt zwischen staatlicher Souveränität und europäischen Einheitsvorstellungen, der nur scheinbar durch die Vorschriften der VO 1/2003 gelöst worden ist. Die Rechtsangleichung innerhalb dessen bezeichnet der Verfasser zutreffend als „schleichende Konvergenz“ (S. 24).

Die Verfahrensangleichung erfolgt des Weiteren nicht zum Selbstzweck. Wie der Verfasser überzeugenderweise ausführt, haben unterschiedliche Verfahrensstandards negative Auswirkungen auf die wirksame Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts (S. 25). Darüber hinaus gelingt es dem Verfasser eindrucksvoll, den Begriff der Konvergenz von den Methoden der Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung abzugrenzen. Bei dem Begriff der Konvergenz handelt es sich demnach auch um einen nicht abgeschlossenen Prozess (S. 30), der sich zudem bloß faktisch auswirken kann. Dieser faktische Konvergenzdruck (S. 31) sei erforderlich, da es ohne einen solchen bei gesamteuropäischer Betrachtung an einer Kohärenz der unterschiedlichen Verfahrensregeln fehle, wodurch eine effektive und effiziente Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts erschwert würde (S. 32).

2. Allgemeiner Teil

Der allgemeine Teil der Untersuchung beginnt mit einer Erläuterung der Grundlagen des europäischen Kartellsanktionsrechts sowie dessen historischer Entwicklung (S. 37 ff.). Daran schließen sich Ausführungen zu rechtsstaatlichen Grenzen des durch das Kartellsanktionsrecht verfolgten Zieles der Prävention an (S. 60 ff.). Den Kern des ersten Teils bilden sodann die Darstellungen zur heute bestehenden Kooperation zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden (S. 84 ff.) und zur verfahrensrechtlichen Konvergenz innerhalb des zwischen den Behörden bestehenden Netzwerkes (S. 107 ff.).

a) Grundlagen und relevantes Spannungsfeld

Im Rahmen des nachfolgenden Kapitels zu den Grundlagen zeichnet der Verfasser u. a. die Debatte über eine zunehmende europäische Konvergenz prägnant nach. Diese erfahre wiederholt Einschränkungen unter strafrechtlichen Gesichtspunkten und nach strafprozessualen Prinzipien. Nichtsdestoweniger seien im deutschen Recht deutlich Konvergenztendenzen erkennbar, was sich auch in der Übertragung der Rechtsfigur der „wirtschaftli-

chen Einheit“ in das deutsche Kartellsanktionsrecht ausdrücke (S. 51). Insbesondere betont der Verfasser die Stimmen aus der Wissenschaft, die eine Lockerung der strengen strafprozessualen Grundsätze in Kartellverfahren fordern (S. 52 f.).

Mit dem nachfolgenden Kapitel zum relevanten Spannungsfeld von Prävention und Rechtsstaatlichkeit (S. 60 ff.), in welchem sich Kartellsanktionen bewegen, geht der Verfasser für die nachfolgende Arbeit von zwei Prämissen aus, die zumindest diskussionswürdig erscheinen. Zum einen solle die Entziehung des durch den Kartellverstoß erlangten Gewinns zu Situationen des Wettbewerbs führen, wie er ohne die Zuwiderhandlung bestanden hätte. Das eine solche Annahme unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten problematisch ist, hätte zumindest erwähnt werden dürfen. Andererseits stellt der Verfasser das Primat der öffentlichen vor der privaten Kartellrechtsdurchsetzung (S. 64), wobei auch diese Prämisse unter Berücksichtigung der Kartellschadensersatzrichtlinie¹, insbesondere des Erwägungsgrunds 3 S. 2, zumindest diskussionswürdig gewesen wäre. In Bezug auf den Schutz von Kronzeugen, die die privatrechtliche Durchsetzung wesentlich erschweren, hält der Verfasser solche für Kollateralschäden (S. 64).

Einen anschaulichen Kontext bildet der Verfasser durch seine Ausführung zu den rechtsstaatlichen Schranken des kartellrechtlichen Präventionsgedankens (S. 67 ff.). Im Rahmen dieser Ausführung beschreibt der Verfasser präzise den Konflikt des grundrechtlichen Mehrebenen-Systems im ECN und der (zunehmenden) Hybridisierung des Kartellrechts über alle Rechtsordnungen hinweg. Insbesondere stellt der Verfasser das Verhältnis des Kartellsanktionsrechts und des Strafrechts heraus (S. 71 ff.), bei welchem er die bestehenden Unterschiede auf die fehlende Strafrechtskompetenz auf EU-Ebene zurückführt (S. 73 f.). Den stärker werdenden Diskussionen um die Anwendung von Justizgrundrechten auf Unternehmen begegnet der Verfasser mit einer graduellen Anwendung der strafrechtlichen Verfahrensgarantien (S. 77 f.), wobei durch diesen Ansatz nur scheinbar das Problem der Rechtssicherheit gelöst ist. Es ist danach nicht ohne Weiteres ersichtlich, wann und in welcher Intensität eine Anwendung der Verfahrensgarantien angezeigt ist.

Letztlich bedürfe es einer Loslösung vom tradierten System des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, sodass eine neuartige Verwaltungssanktion in Betracht komme (S. 81). Diesem Ansatz dürfte wohl durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft vom 16.06.2020 teilweise der Boden entzogen worden sein, da mit diesem Gesetz die Möglichkeit geschaffen werden soll, Verbände – auch für kartellrechtswidriges Verhalten – zu sanktionieren.

b) Probleme bei der Behördenkooperation

Zur Erreichung einer effektiven und effizienten Durchsetzung haben sich die nationalen Kartellbehörden in einem Europäischen Wettbewerbsnetzwerk (ECN) zusammengeschlossen, innerhalb dessen unterschiedliche Kartellsanktionssysteme existieren. Die daraus resultierenden Divergenzen sollen durch Amtshilfeverfahren und gegenseitigen Informationsaustausch ausgeglichen werden (S. 84 ff.). An seine Grenzen stößt das Netzwerk jedoch bei dem unterschiedlichen Grad von Grundrechtsschutz (S. 88 ff.), welcher auch selbst nicht durch einen ausgereiften Verteilungsmechanismus (S. 92 ff.) nivelliert werden könne. Exemplarisch greift der Verfasser die bislang ungelösten Konflikte der Kronzeugenbehandlung heraus (S. 97 ff.), bei welchen insbesondere divergierende Voraussetzungen zur Gewährung der Immunität und das Fehlen einer rechtlichen Bindungswirkung der von einer Kartellbehörde gewährten Immunität gegenüber einer anderen Behörde zu nennen sind.

Nach Auffassung des Verfassers bedürfe es zur Beseitigung dieser Konflikte einer zentralen europäischen Anlaufstelle (S. 105), um ein gewisses Maß an Verfahrenssicherheit zugunsten der Unternehmen zu gewinnen. Diesem Vorschlag ist zuzustimmen. Eine solche zentrale Stelle ließe sich ohne einen den tatsächlichen Nutzen übersteigenden Aufwand in die bestehenden Verfahrensordnungen integrieren.

¹ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349/1.

c) Verfahrensrechtliche Konvergenz zwischen den Behörden der Mitgliedsstaaten

Einen Schwerpunkt des Werkes bildet das sich daran anschließende Kapitel zur verfahrensrechtlichen Konvergenz innerhalb des europäischen Wettbewerbsnetzwerkes (S. 107 ff.). Dieses gliedert sich wiederum in Ausführungen zu den unterschiedlichen Ausgangspunkten für eine verfahrensrechtliche Konvergenz sowie der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie als deren Grenze (S. 142 ff.).

Gegenstand der Ausführungen zur „Konvergenz aufgrund einer Verpflichtung durch den Richtlinien-Vorschlag der Kommission“ ist der Entwurf der zwischenzeitlich am 11.12.2018 verabschiedeten ECN+-Richtlinie.² Zunächst konsentiert der Verfasser, dass mit dem Instrument einer Richtlinie zur Umsetzung der durch die EU Kommission für erforderlich gehaltenen Angleichung wegen der Hybridisierung des Kartellrechts die richtige Wahl getroffen worden sei (S. 119). Insbesondere könnten die Ziele der Richtlinie, die auf die Art. 103, 114 AEUV gestützt wurde, nicht voneinander getrennt werden (S. 122). Darüber hinaus stellt der Verfasser fest, dass die Mitgliedsstaaten weiterhin die Möglichkeit hätten, höhere Standards festzusetzen (S. 124). Leider geht er auf die Auswirkungen, die von solchen höheren Standards bzw. intensiveren Instrumenten ausgehen können, nicht näher ein. Auch bei diesen besteht die Möglichkeit bzw. Gefahr, dass sie sich auf eine inkohärente Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts auswirken.

Aus Sicht des Verfassers erscheint die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie für die verfahrensrechtliche Konvergenz als besonderer Hinderungsgrund, dem er jedoch im Rahmen des ECN lediglich eine untergeordnete Bedeutung beimisst (S. 142 f.). Gerade diese gewährleistet jedoch eine ausreichende Legitimation für die Verhängung von Kriminalstrafen für kartellrechtswidriges Unrecht. Bei der intensiveren Betrachtung der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie geht der Verfasser eingehend auf die Regelungsvorschrift des Art. 5 VO 1/2003 ein (S. 147 ff.). Mit dem Wechsel zum System der Legalausnahme bedurfte es bei der verfahrensrechtlichen Durchsetzung einer parallelen Verantwortlichkeit nationaler Kartellbehörden, um die Europäische Kommission bei der Durchsetzung des europäischen Kartellrechts zu entlasten. Hinsichtlich der Frage, ob Art. 5 S. 2 Spiegelstrich 4 VO 1/2003 eine zugunsten der nationalen Kartellbehörden unmittelbar anwendbare Ermächtigungsgrundlage für die Verhängung eines Bußgelds darstellt, bestätigt der BGH – wenn auch nicht ausdrücklich und aus anderen Gründen – die Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten, indem er in der Vorschrift der Verordnung keine Ermächtigungsgrundlage zugunsten des Bundeskartellamtes sieht.³

Der Verfasser sucht diese Auslegung dadurch zu relativieren („faktischer Konvergenzdruck“), dass der deutsche Gesetzgeber gemäß Art. 35 VO 1/2003 dazu angehalten sei, die deutschen Kartellbehörden mit Instrumenten auszustatten, mit denen sie die Bestimmungen der VO 1/2003 wirksam anwenden können (S. 151). Ein noch höherer Grad an Konvergenz innerhalb der dezentralen Durchsetzung könnte indessen erreicht werden, wenn sich die nationalen Kartellbehörden auf eine gemeinsame Ermächtigungsgrundlage stützen könnten. Zuzugeben ist allerdings, dass dem europäischen Normgeber wohl die erforderliche Kompetenz für die Einführung einer gemeinsamen Ermächtigungsgrundlage fehlen dürfte. Im Übrigen gelte jedoch, dass divergierende Sanktionssysteme nur dann gerechtfertigt seien, wenn das zu verfolgende Ziel einer effektiven und effizienten Durchsetzung nicht gefährdet würde (S. 151 f.).

3. Besonderer Teil

Im besonderen Teil der Arbeit werden die grundlegenden Strukturelemente des europäischen (S. 162 ff.) und des deutschen Kartellsanktionsverfahrens (S. 223 ff.) dargelegt. Im Nachgang fasst der Verfasser in einem Schlussteil die wesentlichen Ergebnisse thesenartig zusammen (S. 311 ff.).

² Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts; ABl. L 11/3.

³ BGH, Beschl. v. 16.12.2014 – KRB 47/13 – *Silostellgebühren*, BGHSt 60, 121 = NJW 2015, 2198.

a) Grundlegende Strukturelemente des deutschen und europäischen Kartellsanktionsverfahrens

Die Ausführungen zu den grundlegenden Strukturelementen des deutschen und europäischen Kartellsanktionsverfahrens haben eher deskriptiven Charakter, die jedoch für die Darstellung und der Untermauerung des nachfolgenden Lösungsvorschlages des Verfassers unerlässlich sind.

Bei der Skizzierung des deutschen Kartellsanktionsverfahrens hebt der Verfasser dessen Zweispurigkeit hervor, wobei zwischen dem förmlichen Kartellverwaltungsverfahren und dem Kartellsanktionsverfahren zu differenzieren ist. In Bezug auf das förmliche Kartellverwaltungsverfahren stellt der Verfasser seit der 8. GWB-Novelle eine Angleichung der verfahrensrechtlichen Vorschriften an die Vorgaben der VO 1/2003 fest (S. 228). Diese wird teilweise durch Leitlinien, beispielsweise im Rahmen der Bemessung einer Kartellsanktion (S. 230 ff.), erreicht.

Lediglich die Möglichkeit deutscher Kartellbehörden nach § 32 Abs. 2a GWB die Rückerstattung kartellrechtswidriger Vorteile anzuordnen, gehe nach überzeugender Ansicht über den Regelungsgehalt des Art. 7 VO 1/2003 GWB hinaus (S. 225). Eine Untersuchung der Auswirkungen auf das Ziel der Verfahrenskonvergenz dieser „überschießenden“ Regelung hätte möglicherweise weiteren Aufschluss – gerade vor dem Hintergrund der auch vom Verfasser festgestellten, zunehmenden Hybridisierung des Kartellrechts gegeben, die aber wohl die Grenzen des vorliegenden Werkes gesprengt hätte.

b) Lösungsvorschlag

Aufgrund der innerhalb der Strukturelemente des deutschen und europäischen Kartellsanktionsverfahrens diagnostizierten Divergenzen schlägt der Verfasser die Einführung eines Kartellverfahrensrechts *sui generis* für juristische Personen und damit gleichzeitig vor, das deutsche Kartellsanktionsrecht aus dem Gefüge des tradierten Ordnungswidrigkeitenrechts herauszulösen und in eine verwaltungsrechtlich ausgerichtete Wirtschaftsaufsicht einzubetten (S. 306 f.). Eine solche Aufteilung von Verfahren gegen juristische Personen einerseits und gegen natürliche Personen andererseits hätte den Vorteil, dass Verfahren gegen juristische Personen nach den europäischen Grundsätzen geführt werden könnten, ohne solche Verfahrensgarantien zu verletzen, auf welche sich natürliche Personen berufen können (S. 308 f.). Diesem Ansatz muss allerdings entgegen gehalten werden, dass eine solche Aufteilung mit einer – wie der Verfasser bereits selbst erkennt – möglichen Rechtszersplitterung einhergehen würde. Diese hätte darüber hinaus zur Folge, dass zusätzlich ein erhebliches Maß an Ressourcen erforderlich und damit der Grundsatz der Verfahrensökonomie empfindlich betroffen würde. Eine zu lange Verfahrensdauer würde das Vertrauen in Kartellsanktionsverfahren erschüttern. Zur Untermauerung seines Vorschlages zieht der Verfasser zudem einen Vergleich zum niederländischen Kartellverfahrensrecht (S. 309 f.), welches in Folge der Entkriminalisierung des Kartellrechts sog. Verwaltungsanktionen kennt. Bei diesen könne man zwischen bestrafenden und wiederherstellenden Sanktionen unterscheiden, die ihre Grenzen entsprechend dem europäischen Kartellsanktionsrecht in Art. 47 und 48 GRK und Art. 6 und 7 EMRK fänden (S. 310).

Eine weitere Grenze findet dieser Vorschlag wohl im deutschen Verfassungsrecht, bei welchem sich das Gebot aus Art. 92 GG, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf, auch an den Gesetzgeber richtet, der traditionelle Kernbereiche der Rechtsprechung, nämlich die bürgerliche Rechtspflege und die Strafgerichtsbarkeit, nicht entziehen kann.⁴ Es erscheint zumindest fraglich, ob aufgrund des derzeit herrschenden Zeitgeistes die Möglichkeit besteht, das Kartellsanktionsrecht aus dem traditionellen Kernbereich herauszulösen.

III. Zusammenfassung

Dem Verfasser gelingt mit dem Werk eine präzise und umfassende Betrachtung des Kartellsanktionsrechts innerhalb der Europäischen Union. Durch die umfassenden Darstellungen des allgemeinen Teils gibt der Verfasser dem Werk seinen nötigen Kontext, um ein Verständnis für die zu Tage tretenden Konflikte zu ermöglichen. Es gelingt dem Verfasser den

⁴ BVerfG, Urt. v. 06.06.1967 – 2 BvR 375, 53/60 und 18/65, BVerfGE 22, 49 (77 f.).

Status quo einschließlich bestehender relevanter Spannungsfelder zu skizzieren. Insbesondere arbeitet er die Besonderheiten des deutschen und europäischen Kartellsanktionsverfahrens heraus, sodass eine anschauliche Darstellung der wesentlichen Unterschiede und Probleme, insbesondere bei der behördlichen Kooperation bzw. der Fallverteilung, gelingt, die einen Konvergenzprozess hemmen. Die Darstellungen der unterschiedlichen Elemente des deutschen und europäischen Kartellverfahrensrechts legen anschaulich die bestehenden Konfliktfelder frei. Es gelingt dem Verfasser, aus diesen Darstellungen abstrakte Voraussetzungen abzuleiten, die für den weiteren Konvergenzprozess von wesentlicher Bedeutung sein werden.