

<b>I. DAS BESONDERE URTEIL</b>	326
Trendwende beim Schutz der Verteidigungsrechte im EU-Kartellverfahren?	326

<b>II. UNIONSBÜRGERSCHAFT</b>	342
Die Unionsbürgerschaft alla Zambrano: Ein kurzer Blick auf ein verkürzendes Urteil	342

<b>III. WETTBEWERBSRECHT</b>	348
«Objective Justifications» of «Restrictions by Object» in Pierre Fabre: A More Economic Approach to Article 101(1) TFEU?	348

<b>IV. MARKENRECHT</b>	353
Die Oberflächenstruktur der Freixenet-Flasche als Marke – Anforderungen an die Markenfähigkeit und Eintragungsfähigkeit nicht konventioneller Markenformen	353

## Board of Editors

PROF. DR.  
CARL BAUDENBACHER  
LUXEMBURG/  
ST.GALLEN (PRÄSIDENT)

PROF. DR. DR.  
GENERALDIREKTOR A.D.  
WALTER BARFUSS  
WIEN

FÜRSTLICHER RAT  
ALT REGIERUNGSCHEF  
HANS BRUNHART  
VADUZ

PROF. DOTT.  
ALDO FRIGNANI  
AVVOCATO  
TORINO

PROF. DR.  
CHRISTIAN KOHLER  
SAARBRÜCKEN

RECHTSANWALT DR.  
FRANK MONTAG  
BRÜSSEL

DR. SVEN NORBERG  
BRÜSSEL





## I.

Martin Fink, Konstanz\*

## Trendwende beim Schutz der Verteidigungsrechte im EU-Kartellverfahren?

(Solvay SA v. Kommission, EuGH (Grosse Kammer), Urteile vom 25. Oktober 2011, C-109/10 P und C-110/10 P)

*Den Verteidigungsrechten kommt im EU-Kartellverfahren und dort insbesondere im Bussgeldverfahren eine zentrale Rolle zu. Sie sichern die Waffengleichheit in einem rechtsstaatlichen und fairen Verfahren. Umso verwunderlicher ist es, dass Verteidigungsrechtsverletzungen in vielen Fällen sanktionslos blieben, weil die Gerichte von den betroffenen Unternehmen den kaum zu erbringenden Nachweis verlangten, dass die Rechtsverletzungen sich möglicherweise auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung ausgewirkt haben. In den Rechtssachen Solvay verzichtete der Europäische Gerichtshof (EuGH) nun auf diesen Nachweis bei einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Auch die Schlussanträge der Generalwältin Kokott waren, vor allem in Hinblick auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer, von dem Bestreben geprägt, eine wirksame Inanspruchnahme der Verteidigungsrechte zu gewährleisten.*

### (1) Sachverhalt und Verfahren

Die Solvay SA (im Folgenden: Solvay) ist ein großes Chemieunternehmen mit Sitz in Belgien, deren Gründer ein Verfahren zur synthetischen Herstellung von Soda (Natriumkarbonat) erfunden hat. Dabei handelt es sich um einen Stoff, der hauptsächlich bei der Glasherstellung Verwendung findet. Um 1870 erteilte Solvay der Brunner, Mond & Co., einem der Unternehmen, aus denen später die Imperial Chemical Industries (im Folgenden: ICI) hervorging, eine Herstellungslizenz und teilte mit ihr im sog. «Alkali-Kartell» die jeweiligen Einflussbereiche untereinander auf. Diese **Absprache** wurde mehrfach erneuert. Ende der 1980er-Jahre war Solvay sowohl in der EWG als auch weltweit der **führende Hersteller von Soda**, gefolgt von ICI und vier kleineren Herstellern, darunter die Chemische Fabrik Kalk (im Folgenden: CFK).

(a) Verwaltungsverfahren und erstes Gerichtsverfahren

Die Europäische Kommission stellte eine Abschottung der nationalen Märkte mit erheblichen Preisunterschieden fest und leitete 1989 Nachprüfungen ein. Dabei erlangte sie zahlreiche Unterlagen in Kopie. Ergänzt wurden die Nachprüfungen

durch Auskunftsverlangen. Am 13. März 1990 richtete sie eine gemeinsame Mitteilung der Beschwerdepunkte an Solvay, ICI und CFK. Aus den Kommissionsakten wurden den betroffenen Unternehmen im Verwaltungsverfahren jeweils **nur die sie belastenden Unterlagen übermittelt**. Die Unternehmen erhielten Gelegenheit, sich zu den Beschwerdepunkten zu äussern. Am 19. Dezember 1990 erliess die Kommission auf Grundlage der Beschwerdepunkte vier Entscheidungen, darunter:

– die Entscheidung 91/298/EWG<sup>1</sup> in einem Verfahren nach Art. 85 EWG (nunmehr Art. 101 AEUV), in der sie Solvay und CFK vorwarf, eine **Vereinbarung** getroffen zu haben, nach der CFK eine von Solvay als störend empfundene Preissenkung zurücknehmen und als Gegenleistung eine garantierte Mindestabsatzmenge auf dem deutschen Markt erhalten sollte;

– die Entscheidung 91/299/EWG<sup>2</sup> in einem Verfahren nach Art. 86 EWG (nunmehr Art. 102 AEUV), in der sie Solvay vorwarf, ihre **marktbeherrschende Stellung** auf dem Sodamarkt durch ein System von Treuerabatten, Preisabschlägen für Spitzenmengen und Alleinbezugsverpflichtungen missbräuchlich ausgenutzt zu haben.

Die Entscheidungen wurden von Solvay angefochten und vom Gericht erster Instanz (heute: Gericht der Europäischen Union; im Folgenden allgemein: EuG) mit Urteilen vom 29. Juni 1995 wegen eines Verfahrensfehlers bei der Feststellung der Entscheidungen durch die Kommission für **nichtig** erklärt.<sup>3</sup> Nach erfolglosem Rechtsmittel zum EuGH<sup>4</sup> erliess die Kommission am 13. Dezember 2000, ohne Solvay erneut die Möglichkeit zur **Akteneinsicht** und **Stellungnahme** zu geben, **zwei neue, im wesentlichen unveränderte Entscheidungen**:

– die Entscheidung 2003/5/EG<sup>5</sup>, mit der gegen Solvay eine Geldbusse von 20 Mio. Euro verhängt wurde und die mit der Entscheidung 91/298/EWG im Wesentlichen gleichlautend ist;

– die Entscheidung 2003/6/EG<sup>6</sup>, mit der gegen Solvay eine Geldbusse von 3 Mio. Euro verhängt





wurde und die der Entscheidung 91/299/EWG im Wesentlichen entspricht.

(b) Zweites Gerichtsverfahren

Im März 2001 wurden die neuerlichen Entscheidungen von Solvay angefochten. Neben weiteren Klagegründen machte Solvay insbesondere eine **Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht** und des **Rechts auf Anhörung** sowie einen **Verstoss gegen den Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer** geltend. Sie beanstandete, dass im Verwaltungsverfahren vor der Kommission keine vollständige Akteneinsicht, sondern lediglich Einsicht in die belastenden Aktenstücke gewährt wurde. Potenziell entlastende Unterlagen, welche die Wettbewerber betrafen bzw. Antworten auf Auskunftsverlangen einiger Abnehmer Solvays enthielten, seien nicht zugänglich gemacht worden. Ausserdem hätte vor Erlass der neuen Kommissionsentscheidungen im Jahr 2000 erneut Gelegenheit gegeben werden müssen, sich zu den Beschwerdepunkten zu äussern. Der Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer sei verletzt, weil die Kommission die angefochtenen Entscheidungen fast elf Jahre nach Mitteilung der Beschwerdepunkte erlassen habe. Vor allem habe sie nach der Nichtigerklärung der ursprünglichen Entscheidungen durch das EuG mangels Erfolgsaussichten nicht den Ausgang des vier Jahre und sieben Monate langen Rechtsmittelverfahrens vor dem EuGH abwarten dürfen. Auch nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens sei sie noch acht Monate lang untätig gewesen. Durch die grosse Zeitspanne sei Solvay an einer effektiven Verteidigung gehindert, weil sich die Beweissituation verschlechtert habe.

Im Verfahren vor dem EuG wurde der Kommission aufgegeben, ein vollständiges Verzeichnis aller zu den Akten gehörenden Schriftstücke vorzulegen. Dabei stellte sich heraus, dass sie insgesamt **fünf Teilakten verlegt** hatte und deshalb kein Verzeichnis der darin enthaltenen Unterlagen erstellen konnte. In seinen Urteilen vom 17. Dezember 2009<sup>7</sup> wies das EuG die aufgeführten Klagegründe Solvays gleichwohl zurück und erhielt die **Kommissionsentscheidungen im Wesentlichen aufrecht**. Es setzte lediglich die verhängten Geldbussen leicht herab, weil die Kommission zu Unrecht von einem Wiederholungsfall ausgegangen war bzw. die Dauer der Zuwiderhandlung zu hoch angesetzt hatte.

(aa) Recht auf Akteneinsicht

Zur unvollständigen Akteneinsicht führte das EuG aus, dass das Recht auf Akteneinsicht, trotz der verlorenen Teilakten und der sich daraus erge-

benden Unsicherheiten über Autor, Art und Inhalt der darin befindlichen Schriftstücke, nicht verletzt worden sei. Die Solvay zur Last gelegten **Verhaltensweisen seien** nämlich durch die von der Kommission übermittelten Unterlagen **bewiesen** und es könne «somit ausgeschlossen werden, dass die Klägerin in den fehlenden <Teilakten> Schriftstücke hätte finden können, die für ihre Verteidigung [...] hätten nützlich sein können» bzw. «die ihr erlaubt hätten, die Feststellungen der Kommission infrage zu stellen». Solvay habe «nicht nachgewiesen, dass [sie] nicht die Möglichkeit hatte, sämtliche Schriftstücke in der Ermittlungsakte, die für ihre Verteidigung sachdienlich sein konnten, zu prüfen».<sup>8</sup>

(bb) Recht auf Anhörung

Zur fehlenden erneuten Anhörung Solvays stellte das EuG fest, dass die Kommissionsentscheidungen aus dem Jahr 2000 einen im Wesentlichen gleichen Inhalt haben und auf den **gleichen Gründen** beruhen wie die ursprünglichen Entscheidungen aus dem Jahr 1995, die wegen eines Fehlers bei ihrer Feststellung durch die Kommission für nichtig erklärt worden waren. In einem solchen Fall sei die Kommission **nicht verpflichtet, eine erneute Anhörung** der betroffenen Unternehmen **durchzuführen**.<sup>9</sup>

(cc) Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer

Zum Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer führte das EuG aus, dass bei der Prüfung eines Verstosses gegen diesen Grundsatz zwischen dem Verwaltungsverfahren und dem gerichtlichen Verfahren zu unterscheiden sei. Somit könne der Zeitraum, in dem eine gerichtliche Nachprüfung der Kommissionsentscheidungen stattgefunden habe, «bei der Bestimmung der Dauer des Verfahrens vor der Kommission nicht berücksichtigt werden». Die von Solvay besonders beanstandete **Untätigkeit der Kommission während des Rechtsmittelverfahrens** vor dem EuGH stelle somit keine Verletzung des Grundsatzes der angemessenen Verfahrensdauer dar. Zum ebenfalls kritisierten Zeitraum von acht Monaten nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens merkte das EuG an, dass sich auch beim erneuten Erlass von im Wesentlichen gleichlautenden «bestimmte Nachprüfungen und eine gewisse Abstimmung innerhalb der Verwaltung als unerlässlich erweisen können, um zu einem solchen Ergebnis zu gelangen». Auch die Gesamtdauer des Verwaltungsverfahrens wurde vom EuG nicht als unangemessen angesehen. Ein eventuelles Überschreiten der angemessenen **Verfahrensdauer im gerichtlichen Verfahren** liess es offen, da mangels Anhaltspunkten dafür, dass sich die Ver-





fahrendauer auf den Ausgang des Rechtsstreits ausgewirkt habe, als Kompensation lediglich eine Herabsetzung der Geldbusse in Betracht komme. Auf diese Möglichkeit habe Solvay in den Klageschriften jedoch ausdrücklich verzichtet.<sup>10</sup>

## (2) Urteile

Gegen die Urteile des EuG legte Solvay am 26. Februar 2010 Rechtsmittel ein. In den Rechtsmittelverfahren hob der EuGH die erstinstanzlichen Urteile und die Bussgeldentscheidungen gegen Solvay wegen einer Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht und des Rechts auf Anhörung auf.

### (a) Recht auf Akteneinsicht

Im Hinblick auf das Recht auf Akteneinsicht erinnerte der EuGH zunächst daran, dass eine Verletzung dieses Rechts im Verfahren vor Erlass einer Entscheidung deren **Nichtigerklärung** nach sich zieht, wenn die Verteidigungsrechte beeinträchtigt worden sind, und dass eine einmal eingetretene Verletzung nicht dadurch geheilt wird, dass die **Akteneinsicht im anschließenden gerichtlichen Verfahren** gewährt wird. Werde die Akteneinsicht, insbesondere die Einsicht in entlastende Unterlagen, erst im Gerichtsverfahren gewährt, müsse das betroffene Unternehmen nicht nachweisen, dass die Entscheidung der Kommission anders ausgefallen wäre, wenn es bereits im Verwaltungsverfahren Einsicht in die betreffenden Unterlagen gehabt hätte, «sondern nur, dass die Unterlagen seiner Verteidigung hätten dienlich sein können». Er stellte fest, dass das EuG diese Grundsätze zutreffend ausgeführt hat. Auch sei es nicht zu beanstanden, dass das EuG «vorab die in der streitigen Entscheidung zugrunde gelegten Beschwerdepunkte und die dafür vorgelegten Sachbeweise geprüft hat [...], da die Nützlichkeit sonstiger Unterlagen für die Verteidigung im Licht dieser Anhaltspunkte zu beurteilen» sei.<sup>11</sup>

Der EuGH beanstandete aber, dass das EuG sein Ergebnis insbesondere auf die Erwägung gestützt hat, dass Solvay «hätte dartun müssen, inwiefern andere Beweise [die Feststellungen der Kommission] hätten infrage stellen oder zumindest in einem anderen Licht erscheinen lassen können» bzw. dass Solvay kein Argument vorgetragen habe, das einen «Anhaltspunkt dafür [gebe], dass sie in den fehlenden Teilakten Schriftstücke hätte entdecken können, die ihr erlaubt hätten, die Feststellungen der Kommission infrage zu stellen». Damit habe das EuG die Konsequenzen verkannt, die aus dem Verlust der Akten bei der Kommission für die Verteidigungsrechte Solvays folgten. Seine Argumentation stütze sich «nämlich auf Hypothesen in Bezug nicht nur auf den

Inhalt der verlegten Akten, sondern auch auf die Kenntnis, die die Rechtsmittelführerin davon hätte haben müssen». In diesem Zusammenhang betonte der EuGH, dass es vorliegend «nicht um einige fehlende Unterlagen [gehe], deren Inhalt ausgehend von anderen Quellen hätte rekonstruiert werden können, sondern um ganze Teilakten, die [...] **wesentliche Aktenstücke des Verfahrens** vor der Kommission hätten enthalten können und **möglicherweise für die Verteidigung der Rechtsmittelführerin erheblich** gewesen wären». Somit habe das EuG mit seinen Schlussfolgerungen, dass Solvay «dadurch, dass sie nicht alle Schriftstücke in der Ermittlungsakte habe einsehen können, nicht daran gehindert gewesen sei, ihre Verteidigung sicherzustellen, einen Rechtsfehler begangen, was die Verletzung der Verteidigungsrechte durch die Kommission betrifft, gegen die Beweislastgrundsätze verstossen und sich in Bezug auf den Inhalt der fehlenden Unterlagen auf Hypothesen gestützt, die es selbst nicht überprüfen konnte».<sup>12</sup>

### (b) Recht auf Anhörung

Was die fehlende Anhörung vor Erlass der streitigen Kommissionsentscheidungen betrifft, bestätigte der EuGH zunächst, dass die Kommission vor dem erneuten Erlass einer Entscheidung, die ausschliesslich wegen eines Verfahrensfehlers, der die Modalitäten der endgültigen Annahme der Entscheidung durch das Kollegium der Kommissionsmitglieder betrifft, nicht verpflichtet sei, eine erneute Anhörung des betroffenen Unternehmens durchzuführen, wenn die Entscheidungen im Wesentlichen gleichlautend sind und auf den gleichen Beschwerdepunkten beruhen. In den vorliegenden Fällen könne die Frage der Anhörung der Rechtsmittelführerin jedoch nicht getrennt von der Akteneinsicht betrachtet werden. Zwar hätten die streitigen Entscheidungen einen im Wesentlichen identischen Inhalt und seien auf die gleichen Beschwerdepunkte gestützt wie die ursprünglichen Entscheidungen, die wegen eines Verfahrensfehlers im letzten Verfahrensstadium für nichtig erklärt wurden. Den ursprünglichen Entscheidungen haften aber **zusätzlich ein Mangel** an, der ein **früheres Verfahrensstadium** betreffe. Es stehe nämlich fest, dass die Kommission Solvay «in dem Verwaltungsverfahren, das zum Erlass jener [ursprünglichen] Entscheidung[en] führte, nicht alle in den Kommissionsakten enthaltenen Unterlagen und insbesondere nicht die entlastenden Unterlagen übermittelte». Ungeachtet dessen und trotz der Bedeutung des Zugangs zu den Akten habe die Kommission «gleiche Entscheidung[en] wie die mangels ordnungsgemässer Feststellung





für nichtig erklärte[n] Entscheidung[en] erlassen, ohne ein neues Verwaltungsverfahren zu eröffnen, in dessen Rahmen sie die Rechtsmittelführerin nach gewährter Akteneinsicht angehört hätte». Hinzu komme, dass der unzureichende Zugang zu den Akten im Verfahren vor Erlass der ursprünglichen Soda-Entscheidungen bereits 1995 vom EuG in zwei Parallelverfahren<sup>13</sup> festgestellt worden ist. In den angefochtenen Entscheidungen habe das EuG also, «indem es die besonderen Umstände der Sache nicht berücksichtigt [habe], zu Unrecht befunden, dass eine Anhörung der Rechtsmittelführerin nicht erforderlich gewesen sei», und somit einen Rechtsfehler begangen.<sup>14</sup>

(c) Schlussanträge zum Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer

Aufgrund der festgestellten Verteidigungsrechtsverletzungen liess der EuGH die weiteren Rechtsmittelgründe und damit auch den von Solvay geltend gemachten *Verstoss gegen den Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer* offen. Zu diesem Rechtsmittelgrund nahm allerdings die *Generalanwältin* in ihren Schlussanträgen ausführlich Stellung. Aus diesem Grund und weil, wie die Generalanwältin betonte, kaum ein anderes Verfahren im europäischen Wettbewerbsrecht so lange gedauert hat,<sup>15</sup> sollen an dieser Stelle auch die wesentlichen Erwägungen der Generalanwältin zur Verfahrensdauer wiedergegeben werden.

Die Generalanwältin bescheinigte dem EuG zunächst einen Rechtsfehler, weil es eine *Gesamtwürdigung der Verfahrensdauer* unterlassen habe. Zu einer angemessenen Prüfung der Verfahrensdauer gehöre nicht nur eine «scheibchenweise» Prüfung, sondern auch eine Gesamtwürdigung der Dauer des Verwaltungsverfahrens sowie etwaiger Gerichtsverfahren. Zwar werde «im Regelfall keine Verletzung des Rechts auf eine Entscheidung innerhalb angemessener Frist anzunehmen sein, wenn kein einzelner Abschnitt des Verwaltungs- und des Gerichtsverfahrens für sich genommen von übermässiger Länge [gewesen sei]. Je mehr Abschnitte aber das Verfahren in seiner Gesamtheit [...] aufweis[e], desto mehr Gewicht komm[e] einer Würdigung seiner Gesamtdauer zu». Angesichts der jeweils zwei Gerichtsverfahren und der langen Gesamtverfahrensdauer, die bis zur Verkündung der angefochtenen Urteile des EuG bereits *mehr als 20 Jahre* betragen hatte, habe eine angemessene Würdigung der Verfahrensdauer nicht ohne Einbeziehung der Gesamtdauer von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren erfolgen können. Auch sei es rechtsfehlerhaft gewesen, dass sich das EuG in keiner Weise

mit der Länge des eigenen Verfahrens auseinandergesetzt habe.<sup>16</sup>

Bei ihrer sodann vorgenommenen Analyse der Verfahrensdauer stellte die Generalanwältin fest, dass das Verfahren bereits wegen der *Untätigkeit der Kommission im ersten Rechtsmittelverfahren* vor dem EuGH übermässig lang war. Zwar stehe es der Kommission frei, die prozessualen Möglichkeiten voll auszuschöpfen und im Falle ihres Unterliegens in erster Instanz den EuGH anzurufen. Jedoch dürfe sie das Verwaltungsverfahren während der Dauer eines solchen Rechtsmittelverfahrens keinesfalls ruhen lassen, denn das Rechtsmittel habe gem. Art. 60 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union<sup>17</sup> keine aufschiebende Wirkung. Auf die Bedenken der Kommission, dass im Falle ihres Obsiegens vor dem EuGH zwei Entscheidungen nebeneinander bestanden hätten, antwortete sie, die Kommission hätte in ihrer neuen Bussgeldentscheidung «lediglich klarstellen müssen, dass diese Entscheidung im Falle ihres Obsiegens im Rechtsmittelverfahren hinfällig würde». Als einen weiteren problematischen Verfahrensabschnitt machte die Generalanwältin das *zweite Verfahren vor dem EuG* aus, «dessen *Dauer mit acht Jahren und neun Monaten* schon auf den ersten Blick *unerträglich lang*» wirke. Eine derart lange Bearbeitungszeit lasse sich im vorliegenden Fall nicht unter Verweis auf eine irgendwie geartete Komplexität der Rechtssache rechtfertigen: Es seien lediglich zwei Parteien beteiligt gewesen, es habe kaum Übersetzungsaufwand bestanden und die Tatsachen- und Rechtsfragen hätten keine aussergewöhnlichen Schwierigkeiten aufgeworfen. Zwar sei ein Gutteil der Verfahrensverzögerung mit der Notwendigkeit erklärbar, Solvay während des Gerichtsverfahrens Einsicht in die Kommissionsakten zu gestatten. Die dafür benötigte Zeit von anderthalb Jahren sei aber «völlig inakzeptabel». Daneben machte die Generalanwältin auch «Perioden weitgehender Untätigkeit» des EuG aus. Es verstehe sich von selbst, dass «Probleme der internen Organisation des Gerichts [...] nicht zulasten der Rechtsunterworfenen gehen dürfen». Sie kam somit zu dem Ergebnis, dass sowohl das Verwaltungs- als auch die Gerichtsverfahren von übermässiger Länge waren. Dieser Eindruck verfestige sich angesichts der Gesamtverfahrensdauer von 22 Jahren. Es möge «dahinstehen, ob sich eine derart lange Verfahrensdauer überhaupt jemals rechtfertigen» lasse. Auf jeden Fall müssten aber für eine solche Rechtfertigung aussergewöhnliche Umstände vorliegen, von denen vorliegend keine Rede sein könne.<sup>18</sup>





Zu den *Rechtsfolgen der überlangen Verfahrensdauer* führte die Generalanwältin aus, dass eine Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung nur dann in Betracht komme, wenn das betroffene Unternehmen aufgrund der Verfahrensdauer in seinen Verteidigungsmöglichkeiten beeinträchtigt worden sei. Dies sei vom Unternehmen zu beweisen. Dabei müsse es sich nach den regelmässig strengen Anforderungen des EuGH auf überzeugende Beweise stützen und dürfe nicht zu abstrakt und ungenau sein. Als Solvay sich darauf berief, dass ihre Verteidigungsmöglichkeiten aufgrund des Ausscheidens früherer Mitarbeiter eingeschränkt seien, hätte sie diese Mitarbeiter also namentlich benennen und ihre Funktion und den Zeitpunkt ihres Weggangs, Art und Umfang der zu erwartenden Auskünfte sowie die Umstände, die ihre Aussage unmöglich gemacht haben, darlegen müssen. Derart detaillierte Angaben habe Solvay nicht gemacht. Allerdings sei der Zeitraum der vorgeworfenen Zuwiderhandlungen bei Erlass der erneuten Bussgeldentscheidungen im Jahr 2002 bereits über zehn Jahre, zum Zeitpunkt der Akteneinsicht im Jahr 2005 sogar über 15 Jahre zurückgelegen. Es liege auf der Hand, dass die Erinnerung der Mitarbeiter, vor allem der ehemaligen Mitarbeiter, nach so langer Zeit nachgelassen habe. Zudem sei ein Teil der betroffenen Betriebsstätten zwischenzeitlich stillgelegt worden. Gleichwohl habe Solvay im erstinstanzlichen Verfahren angeboten, die Zusammensetzung der Abteilung «Karbonat» im fraglichen Zeitraum zu rekonstruieren und die Namen der damaligen Führungskräfte sowie den Zeitpunkt ihres Ausscheidens zu nennen. Mehr könne unter den gegebenen Umständen nicht erwartet werden. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass Solvay bis heute nicht alle Bestandteile der Verfahrensakten kenne und von ihr deshalb auch nicht der Nachweis verlangt werden könne, ob und inwieweit ehemalige Mitarbeiter zu verloren gegangenen Bestandteilen hätten Auskunft geben können. Ganz allgemein dürfe «die Latte der Anforderungen an die Darlegung einer *Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten* infolge Zeitablaufs nicht derart hoch gelegt werden, dass dem betroffenen Unternehmen jeder *Nachweis praktisch unmöglich* gemacht oder übermässig erschwert» werde. Die Generalanwältin kam deshalb zu dem Ergebnis, dass hinreichende Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten Solvays bestehen, weshalb die streitigen *Entscheidungen für nichtig zu erklären* seien.<sup>19</sup>

Hilfsweise ging die Generalanwältin in Anwendung der Rechtsprechung *Baustahlgewebe*<sup>20</sup>

noch auf eine *Reduzierung der Geldbusse* als weitere – von einer Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten unabhängige – Rechtsfolge der übermässigen Verfahrensdauer ein. Sie begrüsst diese Lösung und gab angesichts entsprechender Bedenken der Kommission zu verstehen, dass die Tatangemessenheit der festgesetzten Geldbusse durch eine derartige Reduzierung nicht in Frage gestellt werde. Die Methode des EuGH führe lediglich zu «einer Art Aufrechnung der ursprünglichen Geldbusse mit dem Betrag, der als angemessene Entschädigung für das überlange Verfahren angesehen wird». Zum Umfang der Bussgeldreduzierung gab sie zu bedenken, dass die aus einem überlangen Verfahren resultierende Grundrechtsverletzung angesichts der Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), die gem. Art. 52 Abs. 3 Satz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)<sup>21</sup> zu berücksichtigen sei, nach einer «wirksamen Sanktion» verlange, die *nicht bloss symbolischen Charakter* aufweise. Es sei deshalb «einerseits die Schwere der vom betroffenen Unternehmen begangenen Zuwiderhandlung und andererseits die Schwere des Grundrechtsverstosses in Rechnung zu stellen, der sich aus der überlangen Verfahrensdauer» ergebe. Da es im vorliegenden Fall auf beiden Seiten um *schwerwiegende Verstösse* gehe, sei die *Geldbusse um 50% herabzusetzen*, sofern die Bussgeldentscheidungen nicht ohnehin für nichtig erklärt würden. Einen Verzicht Solvays auf die Bussgeldreduzierung, wie ihn das EuG angenommen hatte, konnte die Generalanwältin der Klageschrift nicht entnehmen.<sup>22</sup>

### (3) Kommentar

Die Rechtssachen *Solvay* bedienen einige Klischees über den europäischen Verwaltungsapparat und die ihn kontrollierenden Gerichte: Kaum ein anderes Verfahren hat so lange gedauert<sup>23</sup> und, diese Bemerkung sei erlaubt, in kaum einem anderen Verfahren wurde derart nachlässig mit den Verteidigungsrechten der Betroffenen umgegangen. Die Rechtssachen *Solvay* eignen sich deshalb besonders, um zu veranschaulichen, welche *Rechtsfolgen* sich aus einer *Verletzung der Verteidigungsrechte* für den Bestand kartellrechtlicher Bussgeldentscheidungen der Kommission ergeben. So beschäftigte die Unionsgerichte vor allem die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Kommissionsentscheidung infolge einer Verteidigungsrechtsverletzung für *nichtig* zu erklären ist. Diese Frage ist Ausdruck der widerstreitenden Interessen, die im Rechtsschutz gegen Kommissions-





entscheidungen wegen Verteidigungsrechtsverletzungen bestehen: Zunächst ergibt sich aus dem Allgemeininteresse an einer effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln<sup>24</sup> und dem Grundsatz der Verfahrensökonomie<sup>25</sup> ein Interesse am Bestand ergangener Kommissionsentscheidungen. Gerade weil Bussgeldentscheidungen im EU-Kartellrecht auch mit der Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln verbunden sind, darf nicht jede Unregelmässigkeit im Verfahren die Möglichkeit eröffnen, das Vorliegen einer Zuwiderhandlung an sich in Frage zu stellen.<sup>26</sup> Auf der anderen Seite dürfen zwingende Verfahrensregeln auch nicht zu behördeninternen Sollvorschriften verkommen, die in das Belieben der Kommission gestellt sind.<sup>27</sup> Eine wirksame Inanspruchnahme der Verteidigungsrechte setzt schliesslich **wirksame Sanktionen** im Falle ihrer Verletzung voraus.<sup>28</sup> In diesen Interessenkonflikt fällt auch die von der Generalanwältin thematisierte Frage, ob und in welchem Ausmass in überlangen Verfahren eine **Bussgeldreduzierung** vorzunehmen ist. Denn einerseits erfordert die effektive Durchsetzung der Wettbewerbsregeln eine dem jeweiligen Wettbewerbsverstoss angemessene Busse, andererseits besteht seitens der betroffenen Unternehmen in unangemessen langen Verfahren ein schutzwürdiges Interesse an einer unmittelbaren und hinreichenden Kompensation. Die Frage nach den Rechtsfolgen von Verteidigungsrechtsverletzungen für den Bestand von Bussgeldentscheidungen der Kommission lässt sich deshalb nur dann sinnvoll beantworten, wenn man den bestehenden Interessenkonflikt im Blick behält und sich zudem die Rechtsnatur des kartellrechtlichen Bussgeldverfahrens, die Funktion der Verteidigungsrechte und die Funktion des Rechtsschutzes gegen Bussgeldentscheidungen vergegenwärtigt.

(a) Rechtsnatur des Kartellbussgeldverfahrens

Für das Bussgeldverfahren im EU-Kartellrecht ist die (eingeschränkte) **Geltung strafrechtlicher Fundamentalgarantien** heute weitgehend anerkannt.<sup>29</sup> Es erfüllt die drei sog. «Engel-Kriterien»,<sup>30</sup> die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) an das Merkmal der «strafrechtlichen Anklage» stellt, das die Anwendung der in Art. 6 EMRK niedergelegten Verfahrensgarantien eröffnet. Nach diesen Kriterien ist zunächst die formale Einordnung des Verfahrens im jeweiligen Rechtssystem heranzuziehen, die jedoch nur als Ausgangspunkt dienen kann und auf die in späteren Entscheidungen zunehmend verzichtet wurde,<sup>31</sup> gefolgt von der Art der Zuwiderhandlung und dem Schweregrad der Sanktion, die dem Be-

troffenen droht.<sup>32</sup> Das zweite und dritte Kriterium können kumulativ oder alternativ erfüllt werden.<sup>33</sup> Beim Schweregrad der Sanktion kommt es darauf an, dass die Sanktion Rechtsfolge einer generellen Norm ist, die keinen Vermögensschadenersatz, sondern eine Bestrafung und abschreckende Wirkung bezweckt.<sup>34</sup>

Was das erste Kriterium betrifft, so misst Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003<sup>35</sup> den Bussgeldentscheidungen der Kommission explizit «keinen strafrechtlichen Charakter» bei. Es handelt sich dabei aber lediglich um einen klarstellenden Hinweis darauf, dass die Mitgliedstaaten auf die Union keine strafrechtlichen Kompetenzen übertragen haben und dem Gemeinschaftsgesetzgeber deshalb gerade die Befugnis zum Erlass strafrechtlicher Normen fehlt.<sup>36</sup> Die Norm kann jedenfalls keine Aussage über die im Verfahren vor Erlass kartellrechtlicher Bussgeldentscheidungen zu beachtenden Verfahrensgrundsätze treffen. Zum einen knüpft sie an die Entscheidung als solche, d.h. an das Verfahrensergebnis, an.<sup>37</sup> Zum anderen kann die Frage nach einem strafrechtlichen Charakter der europäischen Kartellbussen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht von der Einordnung im EU-Recht abhängen; sie ist vielmehr autonom zu bestimmen.<sup>38</sup> Anderenfalls könnten die von der EMRK verbürgten Verfahrensgarantien unterlaufen werden. Die Zuwiderhandlung besteht bei Verstössen gegen die Wettbewerbsregeln in einem allgemein als unlauter empfundenen und gemeinschädigenden Verhalten.<sup>39</sup> Derartige Wettbewerbsverstösse sind deshalb ihrer Art nach strafbaren Handlungen vergleichbar. Hinsichtlich des Schweregrads der drohenden Sanktion ist auf den Höchstbetrag von 10% des Vorjahresumsatzes gem. Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 abzustellen.<sup>40</sup> Dabei handelt es sich jedenfalls um eine schwere Sanktion, die eine Bestrafung und Abschreckung, aber keinen Vermögensschadenersatz bezweckt.<sup>41</sup>

Zwar fehlt bislang eine ausdrückliche Stellungnahme des EGMR und der Unionsgerichte zum strafrechtlichen Charakter des EU-Kartellrechts. Im Hinblick auf Art. 6 EMRK bestätigte der EGMR aber jüngst im Fall *Menarini* die **strafrechtliche Natur der Geldbussen im italienischen Kartellrecht**, das dem EU-Kartellrecht nachgebildet ist.<sup>42</sup> In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass Art. 6 EMRK auch auf juristische Personen anwendbar ist, da sich der Wortlaut auf «[j]ede Person» bezieht.<sup>43</sup> Das EU-Kartellrecht gehört allerdings nicht zum «harten Kern des Strafrechts», sondern es ist den strafrechtsähnlichen Verfahren zuzurechnen, in denen die Garantien des Art. 6 EMRK nicht «in aller Strenge» Anwendung finden,





weshalb es z.B. mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist, dass die Bussgelder im EU-Kartellrecht in erster Instanz nicht von einem Gericht, sondern von der Kommission als Verwaltungsbehörde verhängt werden, die Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnisse auf sich vereint.<sup>44</sup> Das Bussgeldverfahren im EU-Kartellrecht ist somit ein **Verwaltungsverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter**.

(b) Funktion der Verteidigungsrechte

Die Verteidigungsrechte sind die Verfahrensrechte der Parteien.<sup>45</sup> Sie gehören als Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die von der Kommission zu wahren sind und deren Wahrung die Unionsgerichte zu sichern haben.<sup>46</sup> Sie finden ihre Grundlage gem. Art. 6 EUV in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, in der EMRK sowie in Art. 41 Abs. 2 lit. a, b und 48 GRCh.<sup>47</sup> Fundamentale Verfahrensrechte gelten in allen Verwaltungsverfahren der Union, die einen spezifischen Bezug zum Grundrechtsträger aufweisen.<sup>48</sup> Eine **besondere Ausprägung** erfahren die Verteidigungsrechte aber aufgrund seiner **Strafrechtsähnlichkeit** im Kartellbussgeldverfahren vor der Kommission.

Die Verteidigungsrechte garantieren ein faires und rechtsstaatliches Verfahren.<sup>49</sup> Sie bilden ein Gegengewicht zu den umfassenden Ermittlungsbefugnissen der Kommission und sichern somit eine gewisse **«Waffengleichheit»** im Verfahren.<sup>50</sup> Der Schutz der Verteidigungsrechte dient aber nicht nur der Sicherung einer wirksamen Verteidigung, sondern auch der Wahrung zentraler Anliegen und Ziele der Europäischen Union: Das Kartellrecht verfolgt und sichert wie kaum ein anderes Rechtsgebiet das erklärte europäische Ziel der Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarkts. Es dient der Durchdringung der nationalen Märkte und schafft und erhält den Wettbewerb, der zur Erreichung der in Art. 3 Abs. 3 EUV neben dem Binnenmarktziel niedergelegten wirtschaftlichen Ziele der Union notwendige Voraussetzung ist.<sup>51</sup> Die Zielbestimmung in Art. 3 Abs. 3 EUV gibt aber zugleich den schmalen Grat vor, den das EU-Kartellrecht zu gehen im Stande sein muss: Es darf bei Wahrnehmung seiner legitimen Aufgaben nicht selbst zum wettbewerbsverzerrenden oder gar wirtschaftsfeindlichen Faktor werden. Als Gegengewicht zu den Ermittlungsbefugnissen der Kommission tragen die Verteidigungsrechte deshalb auch zur **Sicherstellung einer ausgewogenen behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung** bei, indem sie dafür sorgen, dass die einschneidenden Mittel des EU-Kartellrechts nur in ordnungsgemäss nachgewiesenen Fällen Anwen-

dung finden. Dementsprechend wurde der Bedeutung der Verteidigungsrechte im EU-Kartellverfahren ausdrücklich Rechnung getragen.<sup>52</sup> In den Rechtssachen *Solvay* hatten sich die Gerichte und die Generalanwältin vor allem mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör und dem Anspruch auf Entscheidung innerhalb angemessener Frist zu befassen.<sup>53</sup>

(aa) Rechtliches Gehör

Als das zentrale Verteidigungsrecht stellt der Anspruch auf rechtliches Gehör einen fundamentalen Grundsatz<sup>54</sup> des Unionsrechts dar. Im EU-Kartellrecht ist dieser Anspruch in Art. 27 Abs. 1 und 2 VO 1/2003 normiert. Die Gewährung rechtlichen Gehörs vor belastenden Entscheidungen ist notwendige **Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Verfahrens**.<sup>55</sup> Für das Kartellbussgeldverfahren bedeutet dies, «dem betroffenen Unternehmen im Laufe des Verwaltungsverfahrens Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der behaupteten Tatsachen und Umstände sowie zu den von der Kommission für ihre Behauptung einer Verletzung [der Wettbewerbsregeln] herangezogenen Unterlagen Stellung zu nehmen».<sup>56</sup> Der Anspruch auf rechtliches Gehör setzt sich somit aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission,<sup>57</sup> dem Recht auf Akteneinsicht und dem Recht auf Anhörung zu den Beschwerdepunkten zusammen.<sup>58</sup> Die in den Rechtssachen *Solvay* aufgeworfenen Fragen betreffen insbesondere das Recht auf Akteneinsicht und das Recht auf Anhörung.

Die **Gewährung von Akteneinsicht** dient der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs im konkreten Verfahren.<sup>59</sup> Sie ist deshalb mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör untrennbar verbunden und wird durch ihn bedingt.<sup>60</sup> Das Recht auf Akteneinsicht ist Ausfluss des Grundsatzes der Waffengleichheit, wonach das betroffene Unternehmen die im Kartellverfahren herangezogenen Unterlagen, vorbehaltlich der in Art. 27 Abs. 2 VO 1/2003 definierten Schranken, in gleicher Weise kennen muss wie die Kommission.<sup>61</sup> Darüber hinaus soll die Akteneinsicht den Parteien aber auch die Möglichkeit geben, in der Ermittlungsakte nach entlastenden Unterlagen zu suchen, welche die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht berücksichtigt hat.<sup>62</sup> Das Recht auf Akteneinsicht umfasst deshalb nicht nur belastende, sondern auch (möglicherweise) **entlastende Unterlagen**.<sup>63</sup>

Die **Anhörung zu den Beschwerdepunkten** ist das wesentliche Beteiligungsrecht der Parteien. Sie setzt sich aus einer obligatorischen





schriftlichen und einer fakultativen mündlichen Anhörung zusammen.<sup>64</sup> Durch die Anhörung wird den betroffenen Unternehmen Gelegenheit gegeben, auf die von der Kommission erhobenen Vorwürfe zu erwidern, d.h. Tatsachen vorzutragen oder zu bestreiten, Beweismittel zu ihrer Verteidigung vorzubringen und die rechtlichen Ausführungen der Kommission zu kommentieren.<sup>65</sup> Auf diese Weise können die Unternehmen den Inhalt der späteren Kommissionsentscheidung ggf. beeinflussen.<sup>66</sup>

(bb) Entscheidung innerhalb angemessener Frist Auch der Anspruch auf Entscheidung innerhalb angemessener Frist ist zu den Verteidigungsrechten im weiteren Sinne zu zählen.<sup>67</sup> Die Abwicklung von Verwaltungsverfahren in angemessener Frist stellt einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dar, der von der Kommission und den Unionsgerichten zu wahren ist.<sup>68</sup> Dieser allgemeine **Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung** ist mittlerweile in Art. 41 Abs. 1 GRCh niedergelegt und wird für das Kartellbussgeldverfahren zudem von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert.<sup>69</sup> Der Anspruch auf Entscheidung innerhalb angemessener Frist ist deutlich von der in Art. 25 VO 1/2003 geregelten Verfolgungsverjährung zu trennen. Er betrifft gerade **unverjährte** Zeiträume.<sup>70</sup> Denn auch innerhalb der Verjährungsfristen sind die betroffenen Unternehmen enormen Belastungen ausgesetzt. So ergeben sich bereits erhebliche Belastungen durch die Ermittlungsmassnahmen der Kommission selbst (z.B. durch eine Durchsuchung der Betriebsräume); daneben sind die Unternehmen erhöhten Anstrengungen und Kosten für die Vorbereitung ihrer Verteidigung und die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe ausgesetzt; nicht zuletzt müssen sie Rückstellungen für etwaige Bussgelder bilden und einem möglichen Imageverlust in der Öffentlichkeit und bei den Geschäftspartnern begegnen.<sup>71</sup> Dem Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung kommt deshalb die Funktion zu, die Dauer dieser Belastungsphase innerhalb der Verjährungsfristen auf das notwendige Mass zu beschränken. Zugleich schützt der Grundsatz die Verteidigungsmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen. So steigt die Wahrscheinlichkeit, dass Entlastungsbeweise und insbesondere Entlastungszeugen, welche die von der Kommission vorgebrachten Beweise entkräften könnten, nicht mehr oder nur noch unter erschwerten Bedingungen beigebracht werden können, mit zunehmender Dauer des Verfahrens.<sup>72</sup> Entsprechend umfasst der Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer das **gesamte Verfahren** bis zu seinem rechtskräftigen Abschluss, was etwaige Gerichtsverfahren einschliesst.<sup>73</sup> Der

relevante Zeitraum beginnt bereits mit der ersten Ermittlungsmassnahme der Kommission.<sup>74</sup>

Die **Angemessenheit der Verfahrensdauer** beurteilt sich insbesondere nach den Interessen, die für den Betroffenen auf dem Spiel stehen, der Komplexität der Rechtssache und dem Verhalten des Betroffenen und der zuständigen Stellen der Union.<sup>75</sup> Diese Kriterien sind jedoch nicht abschliessend und die Angemessenheit muss auch nicht systematisch anhand jedes Kriteriums geprüft werden.<sup>76</sup> So kann bereits die Komplexität der Sache die Verfahrensdauer rechtfertigen; umgekehrt lässt schon eine den Stellen der Union anzulastende Verzögerung den Schluss auf eine unangemessene Verfahrensdauer zu.<sup>77</sup>

(c) Funktion des Rechtsschutzes Bussgeldentscheidungen der Kommission können von den Betroffenen mit der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV angegriffen werden. Sie dient dabei primär der Gewährleistung des erforderlichen Rechtsschutzes für unmittelbar und individuell Betroffene (**Individualrechtsschutz**).<sup>78</sup> Die Nichtigkeitsklage dient aber auch der Überprüfung der objektiven Rechtmässigkeit der angefochtenen Rechtsakte (**Prinzip der objektiven Legalitätskontrolle**).<sup>79</sup> Dementsprechend beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle in Anlehnung an das französische Verwaltungsrecht grundsätzlich auf die vom Kläger erhobenen Rügen, d.h. auf die geltend gemachten objektiv-rechtlichen Klagegründe gem. Art. 263 Abs. 2 AEUV.<sup>80</sup> Bei der Nichtigkeitsklage (oder treffender Anfechtungs- bzw. Aufhebungsklage) handelt es sich um eine Gestaltungsklage, die im Grundsatz auf die Nichtigerklärung der angefochtenen Rechtsakte beschränkt ist.<sup>81</sup> Sie betrifft gerade nicht die Feststellung einer bestehenden Nichtigkeit im Sinne rechtlicher Inexistenz,<sup>82</sup> sondern die rückwirkende<sup>83</sup> Aufhebung eines rechtswidrigen Rechtsakts durch Nichtigerklärung gem. Art. 264 AEUV. Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit des Rechtsakts ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Erlasses massgebend.<sup>84</sup>

Neben dieser Aufhebungsbefugnis verfügen die Unionsgerichte bei Kartellbussgeldentscheidungen der Kommission aber gem. Art. 261 AEUV i.V.m. Art. 31 VO 1/2003 über die **«Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung»**. Sie können deshalb, wie Art. 31 VO 1/2003 ausdrücklich hervorhebt, ein von der Kommission festgesetztes Bussgeld nicht nur aufheben, sondern auch herabsetzen oder erhöhen (Abänderungsbefugnis). Anders als der Wortlaut von Art. 31 VO 1/2003 vermuten lässt, bezieht sich die er-





weiterte Nachprüfungsbefugnis lediglich auf die **Rechtsfolgenseite**, d.h. auf das festgesetzte Buss- oder Zwangsgeld, nicht aber auf die mit der Bussgeldentscheidung verbundene Sachentscheidung der Kommission.<sup>85</sup> Streitig ist, ob die erweiterte Nachprüfungsbefugnis nur das **erstinstanzliche Verfahren vor dem EuG** oder auch das gem. Art. 256 Abs. 1 AEUV auf Rechtsfragen beschränkte **Rechtsmittel zum EuGH** erfasst.<sup>86</sup> Der EuGH überlässt diese Befugnis in der Regel aber dem EuG, weil es nicht seine Aufgabe sei, «die Beurteilung des Gerichts, das in Ausübung seiner unbeschränkten Nachprüfungsbefugnis über den Betrag der [...] festgesetzten Geldbussen entscheidet, aus Gründen der Billigkeit durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen».<sup>87</sup>

Was den Streitstoff, d.h. die erhobenen Rügen, betrifft, ist das Verfahren vor den Unionsgerichten vom **Verfügungsgrundsatz** (auch Dispositionsmaxime) geprägt, wonach die Parteien durch ihre Anträge und ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel den Umfang der gerichtlichen Überprüfung bestimmen.<sup>88</sup> In Einschränkung dieses Grundsatzes können und müssen besonders schwerwiegende Mängel der angefochtenen Entscheidung **von Amts wegen** aufgegriffen werden, so z.B. eine unzureichende Begründung, welche die gerichtliche Kontrolle behindert.<sup>89</sup> Innerhalb des Streitstoffs erfolgt die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen, aufgrund der Beschränkung des Rechtsmittels zum EuGH auf Rechtsfragen, grundsätzlich im Verfahren vor dem EuG.<sup>90</sup> Bei der Sachverhaltsermittlung kommen der **Beibringungs- und der Untersuchungsgrundsatz nebeneinander** zur Anwendung.<sup>91</sup> Das EuG trifft insoweit keine Amtsermittlungspflicht, d.h. es obliegt grundsätzlich den Parteien, den Tatsachenstoff zu unterbreiten und Beweismittel zu benennen (Beibringungsgrundsatz).<sup>92</sup> Mit der gerichtlichen Kontrolle durch die Unionsgerichte wird ein Ersatz für die umfassende Sachverhaltsermittlung im Rahmen des Verwaltungsverfahrens nämlich, wie der EuGH es ausdrückt, «weder bezweckt noch bewirkt».<sup>93</sup> Das EuG ist aber in den Grenzen des Verfügungsgrundsatzes zur Sachverhaltsaufklärung und Beweiserhebung befugt, wobei die Ausübung dieser Befugnis im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts steht (eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz).<sup>94</sup>

(d) Rechtsfolgen von Verteidigungsrechtsverletzungen

Wenn man sich nun den Rechtsfolgen von Verteidigungsrechtsverletzungen für den Bestand von Bussgeldentscheidungen der Kommission zuwendet, stellen sich die drei Fragen, die auch in den

Rechtssachen *Solvay* relevant wurden: Können Verteidigungsrechtsverletzungen im gerichtlichen Verfahren noch geheilt werden? Unter welchen Voraussetzungen ist eine Bussgeldentscheidung aufgrund einer Verteidigungsrechtsverletzung für nichtig zu erklären? Welche Anforderungen sind an eine Bussgeldreduzierung bei überlanger Verfahrensdauer zu stellen?

(aa) Keine Heilung im gerichtlichen Verfahren  
Eine Verletzung der Verteidigungsrechte im Verwaltungsverfahren kann im gerichtlichen Verfahren nicht mehr geheilt werden.<sup>95</sup> Dies folgt aus dem **Prinzip der objektiven Legalitätskontrolle** und der damit einhergehenden Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle auf die geltend gemachten Klagegründe.<sup>96</sup> Das Verfahren vor den Unionsgerichten bietet wie gesagt keinen Ersatz für die vollständige Sachverhaltsaufklärung im Rahmen des Verwaltungsverfahrens.<sup>97</sup> Die spätere Heilung im Gerichtsverfahren versetzt die betroffenen Unternehmen somit nicht in die Lage zurück, in der sie sich bei Wahrung ihrer Verteidigungsrechte im Verfahren vor der Kommission befunden hätten.<sup>98</sup> Deutlich wird dies beim Anspruch auf rechtliches Gehör, dessen Zweck es gerade ist, die Entscheidungsfindung zu beeinflussen.<sup>99</sup> Weil die Unionsgerichte nicht über eine Abänderungsbefugnis hinsichtlich der Sachentscheidung der Kommission verfügen, könnte die erstmalige Gewährung rechtlichen Gehörs im Gerichtsverfahren lediglich die Entscheidung über die Bussgeldhöhe beeinflussen. Dies würde aber der Funktion des rechtlichen Gehörs nicht gerecht.

(bb) Nichtigerklärung von Bussgeldentscheidungen

Die Verletzung von Verteidigungsrechten wird im Rahmen der Nichtigkeitsklage mit dem Klagegrund der «Verletzung wesentlicher Formvorschriften» gem. Art. 263 Abs. 2 AEUV geltend gemacht. Der Begriff der «Formvorschriften» ist weit zu verstehen. Er erfasst neben den Vorschriften, welche die äussere Form des Rechtsakts betreffen, auch die Vorschriften über das Verfahren, die sich aus dem Primär- und Sekundärrecht sowie aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben können.<sup>100</sup> Anders als der Wortlaut des Klagegrundes vermuten lässt, wird zudem nicht zwischen wesentlichen und unwesentlichen Formvorschriften unterschieden. Es muss vielmehr eine **wesentliche Verletzung** solcher Vorschriften vorliegen, um eine Nichtigerklärung des angefochtenen Rechtsakts zu rechtfertigen.<sup>101</sup> Das Kriterium der «Wesentlichkeit» prüfen die Unionsgerichte anhand eines **potenziellen Kausalzusammenhangs** zwischen dem Verfahrensfehler und dem Inhalt der





streitigen Entscheidung: Der Kläger, der die Aufhebung einer Kommissionsentscheidung begehrt, kann sich auf einen Fehler im Verfahren vor Erlass der Entscheidung grundsätzlich nur dann berufen, wenn er zumindest die Möglichkeit nachweist, dass die Entscheidung ohne diesen Fehler anders ausgefallen wäre.<sup>102</sup>

Diese Nachweisanforderung hinsichtlich einer möglichen Auswirkung des Verfahrensfehlers ist, vor allem wenn der Verfahrensfehler die Verteidigungsrechte des Klägers betrifft, unter mehreren Gesichtspunkten *problematisch*. Denn die Frage nach möglichen Auswirkungen einer Verteidigungsrechtsverletzung auf den Inhalt der Entscheidung betrifft *rein interne Vorgänge* bei der Kommission. Nur die Kommission selbst kann zuverlässig beurteilen, ob ihre Entscheidung möglicherweise von Verfahrensfehlern beeinflusst wurde. Der diesbezüglich von den Gerichten geforderte Nachweis kann von den betroffenen Unternehmen deshalb nur in den seltensten Fällen geführt werden. Entsprechend wurde die potenzielle Kausalität von Verteidigungsrechtsverletzungen für den Entscheidungsinhalt in der Rechtsprechung bisher ganz überwiegend verneint.<sup>103</sup> Dies stellt die Effektivität des Individualrechtsschutzes im EU-Kartellrecht infrage. Wenn die Aufhebung von Kommissionsentscheidungen allein daran scheitert, dass die Kläger nicht nachweisen können, dass feststehende Verstöße gegen die Verteidigungsrechte die streitige Entscheidung möglicherweise beeinflusst haben, werden die essenziellen Funktionen der Verteidigungsrechte mangels wirksamer Sanktionen unterlaufen und das Allgemeininteresse an einer effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln und am Bestand einmal ergangener Kommissionsentscheidungen wird einseitig in den Vordergrund gestellt. Dies ist nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der Strafrechtsähnlichkeit des kartellrechtlichen Bussgeldverfahrens kritisch zu sehen. Zwar ist es, wie bereits erläutert, ausserhalb des «harten Kerns» des Strafrechts mit Art. 6 Abs. 1 EMRK zu vereinbaren, dass Bussgeldentscheidungen von einer Behörde erlassen werden, die Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnisse auf sich vereint. Eine solche Einheit von Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnissen macht aber die nachträgliche gerichtliche Kontrolle umso wichtiger. Dem wird der Rechtsschutz im EU-Kartellrecht nicht gerecht, wenn die Unionsgerichte versuchen, schon über die Darlegungs- und Beweislast Entscheidungsreife herbeizuführen.<sup>104</sup> Vor diesem Hintergrund ist in den letzten Jahren verstärkt eine Tendenz der europäischen Gerichte zu erkennen, bei *gravieren-*

*den Verstößen* gegen die Verteidigungsrechte *Nachweiserleichterungen* zu gewähren oder ganz auf den *Nachweis der potenziellen Kausalität zu verzichten*. Dies betrifft vor allem den Anspruch auf rechtliches Gehör.

In der Rechtssache *Balloré* etwa machte die Kommission Balloré in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zunächst nur als Muttergesellschaft eines der Kartellteilnehmer verantwortlich. In der Bussgeldentscheidung stützte sie die Verantwortlichkeit jedoch zusätzlich auf eine eigene, unmittelbare Beteiligung am Kartell. Dazu befand das EuG noch, dass die resultierende Verletzung des rechtlichen Gehörs in Bezug auf die eigene Beteiligung am Kartellverstoss eine Nichtigerklärung nicht rechtfertige, weil der verfügende Teil der Entscheidung aufgrund der ohnehin gegebenen Beteiligung als Muttergesellschaft nicht massgeblich hätte beeinflusst werden können. Dagegen stellte der EuGH im Rechtsmittelverfahren fest, dass dieser Umstand nicht ausschliesse, dass sich die Entscheidung gleichwohl auf Vorwürfe gründe, gegen die sich Balloré nicht verteidigen konnte.<sup>105</sup>

Dies deckt sich mit den Ausführungen des EuG in der Rechtssache *Schneider*, die eine fusionskontrollrechtliche Untersagungsentscheidung betraf und in der sich die Verletzung des rechtlichen Gehörs ebenfalls aus einer *Abweichung der Kommissionsentscheidung von den Beschwerdepunkten* ergab. Wie der EuGH in der Rechtssache *Balloré* verzichtete auch das EuG in der Rechtssache *Schneider* auf den Kausalitätsnachweis und stellte direkt fest, dass die Kommission bei Wahrung des rechtlichen Gehörs «ihre Auffassung korrigieren oder im Gegenteil die Beweisführung für ihre Auffassung durch neue Tatsachen untermauern [hätte] können, sodass die *Entscheidung* in jedem Fall *anders hätte ausfallen können*».<sup>106</sup>

Eine Nachweiserleichterung formulierte der EuGH in der Rechtssache *Hercules Chemicals*. Dort ging es um einen Fall, in dem Akteneinsicht in entlassende Unterlagen erst im Gerichtsverfahren gewährt wurde. In einem solchen Fall «brauch[e] das betroffene Unternehmen nicht zu beweisen, dass die Entscheidung der Kommission anders gelautet hätte, wenn es Einsicht in die nicht übermittelten Unterlagen erhalten hätte, sondern lediglich, dass es die fraglichen Schriftstücke zu seiner Verteidigung hätte einsetzen können».<sup>107</sup>

Auch die Ausführungen des EuGH und der Generalanwältin in den Rechtssachen *Solvay* sind erkennbar von dem Bestreben getragen, die an die betroffenen Unternehmen gestellten *Nach-*





*weisanforderungen nicht überzustrapazieren* und eine «wirksame Inanspruchnahme der Verteidigungsrechte» zu gewährleisten.<sup>108</sup> So verzichtete der EuGH bei den festgestellten Verstößen gegen das Akteneinsichts- und das Anhörungsrecht erneut auf den sonst geforderten Kausalitätsnachweis und zudem auf den Nachweis, dass die nicht zugänglich gemachten Aktenstücke der Verteidigung hätten dienlich sein können.<sup>109</sup> Dazu ist allerdings anzumerken, dass Solvay den Nachweis aufgrund des Verlusts der Teilakten bei der Kommission ganz offensichtlich nicht hätte erbringen können. Trotzdem war der Rechtsschutz in erster Instanz daran gescheitert, dass das EuG geradezu krampfhaft am hergebrachten Prüfungsmassstab festgehalten hatte.

Die Generalanwältin beantragte in ihren Schlussanträgen die Aufhebung der angefochtenen Kommissionsentscheidungen und der erstinstanzlichen Urteile u.a. wegen der von ihr festgestellten unangemessenen Verfahrensdauer. An den diesbezüglichen Ausführungen in den Schlussanträgen erkennt man, dass die Generalanwältin genau genommen auch beim Anspruch auf Entscheidung innerhalb angemessener Frist auf den sonst üblichen Kausalitätsnachweis verzichtete. Zwar wies sie zunächst auf eine gesteigerte Darlegungslast Solvays hin, die sie sogleich aber aufgrund der *evident überlangen Verfahrensdauer* wieder relativierte, als sie sich mit dem erstinstanzlichen Angebot Solvays, die Zusammensetzung der Abteilung «Karbonat» zu rekonstruieren und die Namen der damaligen Führungskräfte sowie den Zeitpunkt ihres Ausscheidens mitzuteilen, zufrieden gab. Im Ergebnis stellte sie schlicht fest, dass die angefochtenen Entscheidungen aufgrund hinreichender Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten Solvays aufzuheben seien, ohne einen Kausalitätsnachweis zu verlangen. Dabei betonte sie ausdrücklich, dass die Latte der Anforderungen nicht derart hoch gelegt werden dürfe, dass jeder Nachweis praktisch unmöglich gemacht oder übermässig erschwert werde.<sup>110</sup>

Der *EuGH* und die *Generalanwältin* zeigen in den Rechtssachen *Solvay* eine beachtliche Bereitschaft, vom *hergebrachten Prüfungsmassstab abzuweichen*. Das kann angesichts der aufgeführten Bedenken nur begrüsst werden. Wie die erstinstanzlichen Urteile des EuG zeigen, kommt ein starres Festhalten an dem von der Rechtsprechung formulierten Grundsatz, dass der Kläger mögliche Auswirkungen der Verteidigungsrechtsverletzung auf den Inhalt der Entscheidung nachzuweisen habe, einer *faktischen Verwei-*

*gerung des Rechtsschutzes* gleich. Anders als bei der Verletzung materiellen Rechts lässt sich der Einfluss prozessualer Fehler auf die Entscheidung nämlich zumeist nicht positiv feststellen, andererseits aber auch selten direkt ausschliessen.<sup>111</sup> Zwar lassen die Unionsgerichte deshalb in der Regel die Möglichkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen Verfahrensfehler und Entscheidungsinhalt genügen.<sup>112</sup> Dies wird aber durch den insoweit geforderten Nachweis wieder unterlaufen. Denn der Nachweis der potenziellen Kausalität wird sich regelmässig nur über den Nachweis einer tatsächlichen Beeinflussung der Entscheidung führen lassen. Eine mögliche Beeinflussung liegt aber bereits dann vor, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Entscheidung ohne den Verfahrensfehler anders ausgefallen wäre.<sup>113</sup> Wenn man das Kriterium der möglichen Beeinflussung also ernst nehmen will, muss man akzeptieren, dass es sich dabei weniger um eine Tatsachenfrage als vielmehr um eine *Rechtsfrage in Form einer hypothetischen Betrachtung* handelt, die primär von den Gerichten aus eigener Sachkunde und unter Heranziehung von Erfahrungssätzen zu beantworten ist. In vielen Fällen lässt sich nämlich bereits nach Art und Ausmass des Verfahrensfehlers auf eine mögliche Beeinflussung des Entscheidungsinhalts schliessen. Ein anschauliches Beispiel ist die Verletzung des Akteneinsichtsrechts in den Rechtssachen *Solvay*: Der Verlust von Akten, in die keine Einsicht gewährt wurde und deren Inhalt sich nicht rekonstruieren lässt, kann ohne Weiteres kausal für den Entscheidungsinhalt gewesen sein, weil gerade nicht ausgeschlossen werden kann, dass die verlorenen Akten entlastende Unterlagen enthielten, die von der Kommission nicht berücksichtigt wurden. Umgekehrt mag es Fälle geben, in denen eine Kausalität schon nach Art und Ausmass des Verfahrensfehlers nicht in Betracht kommt, so z.B. bei einer sehr geringen Verfahrensverzögerung. Es ist Aufgabe der Gerichte, in einem ersten Schritt eine solche Einordnung des jeweiligen Verfahrensfehlers vorzunehmen. Kann danach eine Beeinflussung des Entscheidungsinhalts nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden, muss die Beweislast (nun für die fehlende Kausalität) auf die Kommission übergehen. Nur so sind eine effektive Inanspruchnahme der Verteidigungsrechte und ein wirksamer Individualrechtsschutz gewährleistet. Und nur mit dieser Lösung kann streng genommen die im Kartellbussgeldverfahren zu beachtende *Unschuldsvermutung* gewahrt werden, die aus Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 48 Abs. 1 GRCh folgt.<sup>114</sup> Nach ihr gilt jede angeklagte Person als unschuldig, bis ihre Schuld gesetzlich festgestellt





ist. Sie verbietet deshalb «jede förmliche Feststellung und selbst jede Anspielung auf die Verantwortlichkeit einer des Verstosses angeklagten Person in einer Entscheidung, die das Verfahren beendet, wenn diese Person nicht alle Garantien für die Ausübung der Verfahrensrechte im Rahmen eines normalen Verfahrensablaufs, der auf eine Entscheidung über die Begründetheit der Beanstandung zielt, hat ausnützen können». <sup>115</sup> Würde nun vom Betroffenen der kaum zu erbringende Nachweis verlangt, dass ein Verfahrensfehler die Entscheidung der Kommission möglicherweise inhaltlich beeinflusst hat, wäre die geforderte Gesetzlichkeit des Verfahrens nicht mehr gewährleistet und die geltende Beweislastverteilung würde *ad absurdum* geführt. Letztendlich würde dem betroffenen Unternehmen nämlich auferlegt, nachzuweisen, dass die Entscheidung aufgrund einer von der Kommission zu verantwortenden Verteidigungsrechtsverletzung (möglicherweise) materiell unrichtig ist, obwohl die Kommission gem. Art. 2 VO 1/2003 die materielle Beweislast für den Wettbewerbsverstoss trägt. Wie das EuG in der Rechtsache *Corus* festgestellt hat, widerspräche es aber «dem Grundsatz der geordneten Rechtspflege, die Folgen [eines] Unvermögens der Kommission den Adressaten der Entscheidung aufzubürden, die im Gegensatz zu dem beklagten Organ den fehlenden Nachweis nicht führen können». <sup>116</sup>

In Fällen, in denen sich eine mögliche Beeinflussung des Entscheidungsinhalts nicht mit hinreichender Sicherheit ausschliessen lässt, bedarf es also *keines Kausalitätsnachweises* durch die betroffene Partei. <sup>117</sup> Vielmehr ist die Entscheidung aufzuheben, wenn nicht die Kommission einen fehlenden Kausalzusammenhang nachweist. Dies gebietet das Interesse an einer wirksamen Inanspruchnahme der Verteidigungsrechte. Dem Allgemeininteresse an einer effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln wird in solchen Fällen dadurch Genüge getan, dass die Kommission nach Aufhebung der Entscheidung erneut in das Verwaltungsverfahren eintreten und unter Behebung des Verfahrensfehlers eine neue Entscheidung erlassen kann, weil die Verfolgungsverjährung im Verfahren vor den Unionsgerichten gem. Art. 25 Abs. 6 VO 1/2003 ruht.

(cc) Bussgeldreduzierung in überlangen Verfahren Eine Bussgeldreduzierung für eine überlange Verfahrensdauer, die nicht ohnehin schon nach den oben beschriebenen Grundsätzen zur Aufhebung der Bussgeldentscheidung führt, wurde erstmals in der Rechtssache *Baustahlgewebe* gewährt. Dieser Fall betraf ein unangemessen langes erstinstanzliches Gerichtsverfahren vor dem EuG. Der

EuGH setzte deshalb «aus Gründen der Prozessökonomie und im Hinblick darauf, dass gegen einen solchen Verfahrensfehler ein unmittelbarer und effektiver Rechtsbehelf gegeben sein muss» das von der Kommission verhängte Bussgeld um **50.000 ECU** herab. <sup>118</sup> Dabei handelte es sich aber angesichts der ursprünglichen Bussgeldhöhe von 3 Millionen ECU und einer erstinstanzlichen Verfahrensdauer von fünfeinhalb Jahren eher um einen *symbolischen Betrag (1,67 %)*.

Auch die *Kommission* selbst nahm im Gefolge dieser Rechtsprechung als Ausgleich für überlange Verwaltungsverfahren in ihren Entscheidungen Bussgeldreduzierungen vor, die sie jeweils mit **100.000 Euro** ansetzte. Im Fall *FEG und TU* kam diesem Betrag bei einer Verfahrensdauer von über sieben Jahren und Bussgeldern in Höhe von 4,4 bzw. 2,15 Millionen Euro ebenfalls nur ein symbolischer Charakter zu. <sup>119</sup> Dagegen betrug die Verfahrensdauer im Fall *FETTCSA* zwar fast neun Jahre, allerdings fiel die Bussgeldhöhe (nach Abzug) mit 134.000 bis 836.000 Euro deutlich geringer aus, so dass die Bussgeldreduzierung je nach Partei bis zu 42,7 % ausmachte. <sup>120</sup> Dabei kann durchaus schon von einer substantiellen Herabsetzung gesprochen werden. Auch im Fall *Niederländischer Biermarkt* reduzierte die Kommission die Geldbussen wegen einer Verfahrensdauer von mehr als sieben Jahren um jeweils 100.000 Euro – im Hinblick auf die verhängten Geldbussen zwischen 22,85 und 219,275 Millionen Euro wieder nur ein symbolischer Betrag. <sup>121</sup>

In der Rechtssache *Der Grüne Punkt* verwies der EuGH dagegen lediglich auf die *Möglichkeit einer Schadenersatzklage* gem. Art. 235, 288 Abs. 2 EG (nunmehr Art. 268, 340 Abs. 2 AEUV). <sup>122</sup> Gegenstand der Überprüfung war dort allerdings eine Entscheidung gem. Art. 3 VO 17/62 (nunmehr Art. 7 VO 1/2003), mit der die Abstellung einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln angeordnet, aber *kein Bussgeld* verhängt wurde. Folglich bestand für den EuGH gar kein Spielraum für eine Bussgeldreduzierung. Die Rechtsprechung in der Rechtssache *Der Grüne Punkt* kann deshalb keinesfalls als Aufgabe der Rechtsprechung *Baustahlgewebe* interpretiert werden.

Jüngst reduzierte das EuG in der Rechtssache *Bavaria* die Geldbusse aufgrund eines überlangen Verwaltungsverfahrens vor der Kommission (insgesamt über sieben Jahre) um immerhin **1,09 Millionen Euro (5 %)**. Damit schloss es sich ausdrücklich der Rechtsprechung *Baustahlgewebe* an. Die von der Kommission zuvor selbst vorge-





nommene pauschale Herabsetzung um 100.000 Euro hielt es für «nicht geeignet, den auf der Überschreitung der angemessenen Dauer des Verfahrens beruhenden Verstoß in angemessener Weise wiedergutzumachen». <sup>123</sup> Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass das EuG wie in den Rechtssachen *Solvay* die **eigene Verfahrensdauer** von fast vier Jahren völlig **unberücksichtigt** liess.

Nach der geltenden Praxis der Unionsgerichte und der Kommission ist also in überlangen Verfahren eine Bussgeldreduzierung vorzunehmen. Trotz teilweise geäußelter Bedenken <sup>124</sup> steht die Rechtsprechung in Sachen *Baustahlgewebe*, auf der diese Praxis beruht, auch im Einklang mit der unionsgerichtlichen «Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung». Wie bereits dargestellt, überlässt der EuG die erweiterte Nachprüfungsbefugnis zwar grundsätzlich dem EuG. Dies ist aber allenfalls eine Selbstbeschränkung, die sich nicht aus dem Wortlaut der Art. 261 AEUV, 31 VO 1/2003 («Gerichtshof») ergibt. Im Übrigen handelte es sich in der Rechtssache *Baustahlgewebe* nicht um eine vollständige Neuurteilung der vom EuG vorgenommenen Angemessenheitsprüfung aus Billigkeitsgründen, sondern lediglich um die **Einbeziehung der überlangen Verfahrensdauer vor dem EuG**, die es selbst nicht berücksichtigt hatte. Die Nichtberücksichtigung von Umständen, die für die Angemessenheit des Bussgelds relevant sind, stellt aber einen Rechtsfehler dar, der in die originäre Zuständigkeit des EuGH fällt. <sup>125</sup> Das EuG hat eine überlange Verfahrensdauer, auch und gerade wenn sie das eigene Verfahren betrifft, im Rahmen der unbeschränkten Ermessensnachprüfung angemessen zu berücksichtigen und das Bussgeld entsprechend herabzusetzen. Denn bei der Bussgeldhöhe hat es unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls eine eigene Beurteilung vorzunehmen. <sup>126</sup> Dabei sind, anders als bei der eingeschränkten Rechtmässigkeitskontrolle der Sachentscheidung, gerade auch neue Umstände und Informationen zu berücksichtigen. <sup>127</sup> In bedenklicher Weise beschränkt sich das EuG unter Hinweis auf die Befugnisabgrenzung zwischen Kommission und Unionsgerichten aber auf die Heranziehung solcher Umstände, welche die Kommission zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung hätte kennen können. <sup>128</sup> Das steht im Widerspruch zur erweiterten Nachprüfungsbefugnis gem. Art. 261 AEUV i.V.m. Art. 31 VO 1/2003, mit der die sonst herrschende Befugnisabgrenzung zwischen Kommission und Unionsgerichten gerade durchbrochen wird. <sup>129</sup> Es handelt sich deshalb nicht bloss um eine Selbst-

beschränkung des EuG, sondern um eine Verkürzung des Rechtsschutzes, die mit der Rechtsprechung *Baustahlgewebe* nicht zu vereinbaren ist.

Die **Bussgeldreduzierung** soll nach dem EuGH als «**unmittelbarer und effektiver Rechtsbehelf**» in überlangen Verfahren dienen. Dabei handelt es sich um einen bemerkenswert pragmatischen Ansatz im Sinne der Prozessökonomie. Denn die Möglichkeit einer unmittelbaren Geltendmachung der unangemessenen Verfahrensdauer und ihrer Folgen im Gerichtsverfahren gegen die Bussgeldentscheidung entspricht eher dem Interesse der betroffenen Unternehmen als eine anschließende Schadensersatzklage, die erneut viel Zeit und Geld in Anspruch nimmt. Ein «unmittelbarer» Rechtsbehelf ist also gegeben. Die Effektivität dieses Mittels wurde von der Generalanwältin in den Rechtssachen *Solvay* aufgrund der meist eher symbolischen Bussgeldherabsetzung allerdings angezweifelt. Angesichts der aus einem überlangen Verfahren resultierenden Grundrechtsverletzung forderte sie als Wiedergutmachung und wirksame Sanktion eine **substantielle Herabsetzung**. <sup>130</sup> In der Tat stellt sich die Frage, ob der Zweck der Bussgeldreduzierung, eine unangemessene Verfahrensdauer zu sanktionieren und den Betroffenen zugleich eine angemessene Kompensation zu gewähren, <sup>131</sup> in der Vergangenheit erreicht wurde. Wie die Generalanwältin nämlich zutreffend ausführt, hängt die Frage, ob eine bestimmte Herabsetzung der verhängten Busse einen Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot **angemessen kompensiert**, nach der Rechtsprechung des EGMR insbesondere von der Schwere des Verstosses ab. <sup>132</sup> Eine pauschale Herabsetzung nach Art der Kommission wird dem nicht gerecht. Aber auch die Unionsgerichte scheinen die Schwere des Verstosses gegen die angemessene Verfahrensdauer in Anbetracht der prozentual meist eher geringen Bussgeldreduzierung bisher nicht hinreichend zu berücksichtigen. Denn der EGMR fordert bei wesentlichen Verzögerungen als angemessene Wiedergutmachung eine signifikante Herabsetzung. <sup>133</sup> Die von der Generalanwältin vorgeschlagene **Abwägung** zwischen der Schwere der vom betroffenen Unternehmen begangenen Zuwiderhandlung einerseits und der Schwere einer den Stellen der Union zuzurechnenden Verfahrensverzögerung andererseits <sup>134</sup> stellt deshalb eine praktikable Lösung dar. Sie gibt den betroffenen Unternehmen einen angemessenen Ausgleich, ohne auf eine separate Schadensersatzklage und die damit einhergehende Problematik der konkreten Schadensberechnung angewiesen zu sein. Auch kann diese Lösung mittelfristig





dazu beitragen, die oft immense Verfahrensdauer in Wettbewerbsachen zu verkürzen. Wie die aufgeführten Beispiele zeigen, scheint es sich bei der Verfahrensdauer im EU-Kartellrecht um ein **strukturelles Problem** zu handeln. Allein die Dauer des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens vor dem EuG betrug 2010 in Wettbewerbsachen durchschnittlich 45,7 Monate.<sup>135</sup> Es ist äusserst fraglich, ob sich diese Dauer mit der Komplexität der Wettbewerbsachen rechtfertigen lässt. Die Gesamtdauer von 22 Jahren in Sachen *Solvay* lässt sich so jedenfalls nicht rechtfertigen.

#### (e) Fazit

Es besteht offenbar ein Bedürfnis nach einer stärkeren Sanktionierung von Verteidigungsrechtsverletzungen im EU-Kartellverfahren. Der EuGH und die Generalanwältin zeigen sich in den Rechtsachen *Solvay* entschlossen, diesen Weg zu gehen. Er ist Ausdruck einer Trendwende, die sich in der Rechtsprechung des EuGH in den letzten Jahren abzeichnet und mit der die Verteidigungsrechte stärker in den Fokus gerückt werden. Es bleibt zu hoffen, dass dieser Trend sich in künftigen Urteilen fortsetzt und auch bei der Kommission entsprechende Beachtung findet, sodass den Verteidigungsrechten im EU-Kartellverfahren insgesamt ein höherer Stellenwert beigemessen wird.

\* Ass. iur. Martin Fink ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Konstanz.

<sup>1</sup> ABl. 1991, L 152, S. 16.

<sup>2</sup> ABl. 1991, L 152, S. 21.

<sup>3</sup> EuG Slg. 1995, II-1821 *Solvay SA* / Kommission; EuG Slg. 1995, II-1825 *Solvay SA* / Kommission.

<sup>4</sup> EuGH Slg. 2000, I-2391 *Kommission* / *Solvay SA*.

<sup>5</sup> ABl. 2003, L 10, S. 1.

<sup>6</sup> ABl. 2003, L 10, S. 10.

<sup>7</sup> EuG Slg. 2009, II-4621 *Solvay SA* / Kommission; EuG Slg. 2009, II-4781 *Solvay SA* / Kommission.

<sup>8</sup> EuG Slg. 2009, II-4621 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 479, 481; EuG Slg. 2009, II-4781 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 262 f.

<sup>9</sup> EuG Slg. 2009, II-4621 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 184; EuG Slg. 2009, II-4781 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 165.

<sup>10</sup> EuG Slg. 2009, II-4621 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 121 ff., 139 f.; EuG Slg. 2009, II-4781 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 102 ff., 120 f.

<sup>11</sup> EuGH vom 25. Oktober 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 55 ff.; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 50 ff.

<sup>12</sup> EuGH vom 25. Oktober 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 61 ff.; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 61 f.

<sup>13</sup> EuG Slg. 1995, II-1775 *Solvay SA* / Kommission; EuG Slg. 1995, II-1847 *Imperial Chemical Industries plc* / Kommission.

<sup>14</sup> EuGH vom 25. Oktober 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 67 ff.; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 64 ff.

<sup>15</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 242; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 85.

<sup>16</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 239 ff., 275 ff.; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 82 ff., 118 ff.

<sup>17</sup> Protokoll (Nr. 3) über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union (ABl. 2010, C 83, S. 210), das dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beigefügt ist.

<sup>18</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 307 ff., 339 ff.; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 148 ff., 180 ff.

<sup>19</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 311 ff.; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 152 ff.

<sup>20</sup> EuGH Slg. 1998, I-8417 *Baustahlgewebe GmbH* / Kommission.

<sup>21</sup> ABl. 2010, C 83, S. 389.

<sup>22</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 285 ff., 332 ff., 350 ff.; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 128 ff., 173 ff., 191 ff.

<sup>23</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 242; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 85.

<sup>24</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 261; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 104.

<sup>25</sup> Mader, Verteidigungsrechte im Europäischen Gemeinschaftsgerichtsverfahren, 2006, S. 374.

<sup>26</sup> EuGH Slg. 2009, I-6155 *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH* / Kommission, Rn. 194; Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 261.

<sup>27</sup> Vgl. Mader, Verteidigungsrechte im Europäischen Gemeinschaftsgerichtsverfahren, 2006, S. 374.

<sup>28</sup> Vgl. Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 170, 335.

<sup>29</sup> *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), vor Art. 23 ff. VO (EG) 1/2003, Rn. 37 m.w.N.

<sup>30</sup> Benannt nach dem Urteil EGMR vom 8. Juni 1976, Serie A, Nr. 22 *Engel u.a.* / Niederlande.

<sup>31</sup> EGMR vom 21. Februar 1984, Serie A, Nr. 73 *Öztürk* / Deutschland, Rn. 53; vgl. *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), vor Art. 23 ff. VO (EG) 1/2003, Rn. 38; Schlussanträge Generalanwältin Sharpston vom 10. Februar 2011, C-272/09 P *KME Germany u.a.* / Kommission, Nr. 63.

<sup>32</sup> EGMR vom 8. Juni 1976, Serie A, Nr. 22 *Engel u.a.* / Niederlande, Rn. 82; vgl. Schlussanträge Generalanwältin Sharpston vom 10. Februar 2011, C-272/09 P *KME Germany u.a.* / Kommission, Nr. 63.

<sup>33</sup> EGMR vom 23. November 2006, Beschwerde Nr. 73053/01 *Jussila* / Finnland, Rn. 31.

<sup>34</sup> EGMR vom 23. November 2006, Beschwerde Nr. 73053/01 *Jussila* / Finnland, Rn. 32; vgl. Schlussanträge Generalanwältin Sharpston vom 10. Februar 2011, C-272/09 P *KME Germany u.a.* / Kommission, Nr. 63.

<sup>35</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1).

<sup>36</sup> MünchKommEuWettbR/*Engelsing/Schneider*, 2007, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 12 f. m.w.N.; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Nowak*, Kartellrecht, 2. Aufl. (2009), Art. 23 VO 1/2003/EG, Rn. 50.





<sup>37</sup> MünchKommEuWettbR/Engelsing/Schneider, 2007, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 15.

<sup>38</sup> Wils, World Competition 2003, 131 (133); ders., World Competition 2010, 5 (12 f.); Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), vor Art. 23 ff. VO (EG) 1/2003, Rn. 38.

<sup>39</sup> Schlussanträge Generalanwältin Sharpston vom 10. Februar 2011, C-272/09 P *KME Germany u.a.* / Kommission, Nr. 64.

<sup>40</sup> Wils, World Competition 2010, 5 (17 f.), mit Verweis auf EGMR vom 10. Februar 2009, Beschwerde Nr. 14939/03 *Sergey Zolotukhin* / Russland, Rn. 56.

<sup>41</sup> Schlussanträge Generalanwältin Sharpston vom 10. Februar 2011, C-272/09 P *KME Germany u.a.* / Kommission, Nr. 64, mit Verweis auf die Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (ABl. 2006, C 210, S. 2), dort insbesondere Rn. 4.

<sup>42</sup> EGMR vom 27. September 2011, Beschwerde Nr. 43509/08 *Menarini Diagnostics S.R.L.* / Italien, Rn. 40 ff. (bislang nur in französischer Sprache verfügbar); *Bronckers/Vallery*, World Competition 2011, 535 (540 f.).

<sup>43</sup> Schlussanträge Generalanwalt Léger Slg. 1998, I-8417 *Baustahlgewebe GmbH* / Kommission, Nr. 33.

<sup>44</sup> Schlussanträge Generalanwältin Sharpston vom 10. Februar 2011, C-272/09 P *KME Germany u.a.* / Kommission, Nr. 67; Wils, World Competition 2010, 5 (15); vgl. EGMR vom 23. November 2006, Beschwerde Nr. 73053/01 *Jussila* / Finnland, Rn. 43.

<sup>45</sup> *Grabitz/Hilf/Miersch*, Das Recht der Europäischen Union, 40. EL (2009), Art. 27 VO Nr. 1/2003, Rn. 8.

<sup>46</sup> EuGH Slg. 2004, I-123 *Aalborg Portland A/S u.a.* / Kommission, Rn. 63 f.; *de Bronett*, Kommentar zum Europäischen Kartellverfahrensrecht, 2005, Art. 27 VO 1/2003, Rn. 1.

<sup>47</sup> EuGH Slg. 2001, I-1611 *Bernard Connolly* / Kommission, Rn. 37 f.; vgl. Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 152; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010, Einl., Rn. 1, Art. 41 GRCh, Rn. 1, 17, Art. 48 GRCh, Rn. 13.

<sup>48</sup> Vgl. *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010, Art. 41 GRCh, Rn. 9 ff.

<sup>49</sup> *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010, Art. 48 GRCh, Rn. 14.

<sup>50</sup> *Mader*, Verteidigungsrechte im Europäischen Gemeinschaftsgerichtsverfahren, 2006, S. 36, 240; vgl. auch EuG Slg. 1995, II-1775 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 83, 110.

<sup>51</sup> Vgl. dazu das Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (ABl. 2010, C 83, S. 309), das dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beigefügt ist.

<sup>52</sup> Art. 27 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003; vgl. auch Erwägungsgr. 37 VO 1/2003 i.V.m. Art. 41 Abs. 2 lit. a und b GRCh.

<sup>53</sup> Zu weiteren Verteidigungsrechten wie etwa dem Schutz des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant vgl. z.B. *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Weiß*, Kartellrecht, 2. Aufl. (2009), Art. 27 VO 1/2003/EG, Rn. 1 ff.

<sup>54</sup> EuGH Slg. 1979, 461 *Hoffmann-La Roche & Co. AG* / Kommission, Rn. 9; *Langen/Bunte/Sura*, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl. (2010), Art. 27 VO Nr. 1/2003, Rn. 2.

<sup>55</sup> *Weiß*, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, 1995, S. 189 f.; *Wiedemann/Dieckmann*, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. (2008), § 44, Rn. 1.

<sup>56</sup> EuGH Slg. 1979, 461 *Hoffmann-La Roche & Co. AG* / Kommission, Rn. 11.

<sup>57</sup> Ausführlich zu den Anforderungen an die Mitteilung der Beschwerdepunkte z.B. MünchKommEuWettbR/*Bischke*, 2007, Art. 27 VO 1/2003, Rn. 3 ff.; *Langen/Bunte/Sura*, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl. (2010), Art. 27 VO Nr. 1/2003, Rn. 10 ff.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 10, 11, 12, 15 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission (ABl. 2004, L 123, S. 18; im Folgenden: VO 773/2004); *Wiedemann/Dieckmann*, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. (2008), § 44, Rn. 3.

<sup>59</sup> *Lenz/Grill*, Zum Recht auf Akteneinsicht im EG-Kartellverfahrensrecht, Festschrift für Arved Deringer, 1993, S. 310 (318).

<sup>60</sup> Vgl. Schlussanträge Generalanwalt Léger Slg. 1995, I-865 *BPB Industries plc und British Gypsum Ltd* / Kommission, Nr. 97 f.; EuG Slg. 2000, II-491 *Cimenteries CBR u.a.* / Kommission, Rn. 156.

<sup>61</sup> EuG Slg. 1995, II-1775 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 83, 88; EuG Slg. 1995, II-1847 *Imperial Chemical Industries plc* / Kommission, Rn. 93, 99.

<sup>62</sup> *De Bronett*, Kommentar zum Europäischen Kartellverfahrensrecht, 2005, Art. 27 VO 1/2003, Rn. 19.

<sup>63</sup> EuGH Slg. 2004, I-123 *Aalborg Portland A/S u.a.* / Kommission, Rn. 68 m.w.N.

<sup>64</sup> MünchKommEuWettbR/*Bischke*, 2007, Art. 27 VO 1/2003, Rn. 29; vgl. Art. 10, 11, 12 Abs. 1 VO 773/2004.

<sup>65</sup> *Grabitz/Hilf/Miersch*, Das Recht der Europäischen Union, 40. EL (2009), Art. 27 VO Nr. 1/2003, Rn. 33; vgl. auch 10 Abs. 3 VO 773/2004.

<sup>66</sup> EuG Slg. 1995, II-1775 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 98, 103; EuG Slg. 1995, II-1847 *Imperial Chemical Industries plc* / Kommission, Rn. 108, 113.

<sup>67</sup> Weil eine lange Verfahrensdauer die Verteidigungsmöglichkeiten beeinträchtigen kann, vgl. EuGH Slg. 2006, I-8725 *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* / Kommission, Rn. 49 f.

<sup>68</sup> EuGH Slg. 2006, I-8725 *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* / Kommission, Rn. 35 m.w.N.

<sup>69</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott Slg. 2006, I-8725 *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* / Kommission, Nr. 107; *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), vor Art. 25 f. VO (EG) 1/2003, Rn. 8.

<sup>70</sup> EuG Slg. 2005, II-4065 *Sumitomo Chemical Co. Ltd und Sumika Fine Chemicals Co. Ltd* / Kommission, Rn. 88; *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), vor Art. 25 f. VO (EG) 1/2003, Rn. 8 f.

<sup>71</sup> Zum Ganzen Schlussanträge Generalanwältin Kokott Slg. 2006, I-8725 *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* / Kommission, Nr. 110 f.

<sup>72</sup> Z.B. aufgrund der natürlichen Fluktuation im (Führungs-) Personal; Schlussanträge Generalanwältin Kokott Slg. 2006, I-8725 *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* / Kommission, Nr. 129; EuGH Slg. 2006, I-8725 *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* / Kommission, Rn. 49.

<sup>73</sup> *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), vor Art. 25 f. VO (EG) 1/2003, Rn. 9 f.; Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 241; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 84.

<sup>74</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott Slg. 2006, I-8725 *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* / Kommission, Nr. 112; EuGH Slg. 2006, I-8725 *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* / Kommission, Rn. 50.

<sup>75</sup> EuGH Slg. 1998, I-8417 *Baustahlgewebe GmbH* / Kommission, Rn. 29.





<sup>76</sup> EuGH Slg. 2002, I-8375 *Limburgse Vinyl Maatschappij NV u.a.* / Kommission, Rn. 188.

<sup>77</sup> EuGH Slg. 2002, I-8375 *Limburgse Vinyl Maatschappij NV u.a.* / Kommission, Rn. 188; *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), vor Art. 25 f. VO (EG) 1/2003, Rn. 9.

<sup>78</sup> Thiele, Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof durch die Nichtigkeitsklage, 2006, S. 45.

<sup>79</sup> Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. (2007), Rn. 323; Thiele, Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof durch die Nichtigkeitsklage, 2006, S. 42 ff.

<sup>80</sup> EuGH vom 25. Oktober 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 56; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 51; Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. (2007), Rn. 319, 323.

<sup>81</sup> EuGH Slg. 1993, I-2667 *Foyer culturel du Sart-Tilman ASBL* / Kommission, Rn. 17; *Calliess/Ruffert/Cremer*, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 263 AEUV, Rn. 1 f.

<sup>82</sup> Ausführlich Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. (2009), Art. 230 EGV Rn. 16 f.

<sup>83</sup> EuGH Slg. 1971, 263 Kommission / Rat, Rn. 59 f.

<sup>84</sup> *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), Art. 31 VO (EG) 1/2003, Rn. 9.

<sup>85</sup> Insofern ist Art. 261 AEUV, auf den sich Art. 31 VO 1/2003 bezieht, abschließend; *Langen/Bunte/Sura*, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl. (2010), Art. 31 VO Nr. 1/2003, Rn. 3; *Wils*, World Competition 2010, 5 (24, Fn. 89).

<sup>86</sup> Der Begriff «Gerichtshof» bezeichnet im Allgemeinen sowohl den EuGH als auch das EuG; ausführlich zum Meinungsstreit *Langen/Bunte/Sura*, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl. (2010), Art. 31 VO Nr. 1/2003, Rn. 1.

<sup>87</sup> EuGH Slg. 1995, I-865 *BPB Industries plc und British Gypsum Ltd* / Kommission, Rn. 34; EuGH Slg. 1998, I-8417 *Baustahlgewebe GmbH* / Kommission, Rn. 129; und EuGH Slg. 2004, I-4933 *British Sugar plc* / Kommission, Rn. 47 f.

<sup>88</sup> *Rengeling/Middeke/Gellermann/Hackspiel*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. (2003), § 21, Rn. 4.

<sup>89</sup> EuGH Slg. 1997, I-983 Kommission / Frédéric Daffix, Rn. 23 f. m.w.N.; vgl. *Rengeling/Middeke/Gellermann/Hackspiel*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. (2003), § 21, Rn. 5.

<sup>90</sup> *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), Art. 31 VO (EG) 1/2003, Rn. 19.

<sup>91</sup> *Rengeling/Middeke/Gellermann/Hackspiel*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. (2003), § 21, Rn. 9 m.w.N.

<sup>92</sup> *Rengeling/Middeke/Gellermann/Hackspiel*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. (2003), § 21, Rn. 8.

<sup>93</sup> EuGH Slg. 2004, I-123 *Aalborg Portland A/S u.a.* / Kommission, Rn. 103; EuGH vom 25. Oktober 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 56; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 51.

<sup>94</sup> *Rengeling/Middeke/Gellermann/Hackspiel*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. (2003), § 21, Rn. 8; vgl. Art. 24 ff. der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union.

<sup>95</sup> EuG Slg. 1995, II-1775 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 98, 103; EuG Slg. 1995, II-1847 *Imperial Chemical Industries plc* / Kommission, Rn. 108, 113; EuGH Slg. 1999, I-4235 *Hercules Chemicals NV* / Kommission, Rn. 77 f.; Slg. 2002, I-8375 *Limburgse Vinyl Maatschappij NV u.a.* / Kommission, Rn. 318.

<sup>96</sup> EuGH vom 25. Oktober 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 56; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 51.

<sup>97</sup> EuG Slg. 1995, II-1775 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 98, 103; EuG Slg. 1995, II-1847 *Imperial Chemical Industries plc* / Kommission, Rn. 108, 113; EuGH vom 25. Oktober 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 56; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 51.

<sup>98</sup> EuGH Slg. 1999, I-4235 *Hercules Chemicals NV* / Kommission, Rn. 79.

<sup>99</sup> Heidenreich, Anhörungsrechte im EG Kartell- und Fusionskontrollverfahren, 2004, S. 248.

<sup>100</sup> *Rengeling/Middeke/Gellermann/Burgi*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. (2003), § 7, Rn. 96.

<sup>101</sup> Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. (2009), Art. 230 EGV Rn. 60; *Calliess/Ruffert/Cremer*, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 263 AEUV, Rn. 84.

<sup>102</sup> Schlussanträge Generalanwalt Warner, Slg. 1980, 2229 (2290) *Distillers Company Limited* / Kommission m.w.N.; *Kerse/Khan*, EC Antitrust Procedure, 5. Aufl. (2005), Rn. 8-043; vgl. auch EuGH Slg. 1980, 2229 *Distillers Company Limited* / Kommission, Rn. 26; EuGH Slg. 2004, I-123 *Aalborg Portland A/S u.a.* / Kommission, Rn. 74; und EuG Slg. 1995, II-1775 *Solvay SA* / Kommission, Rn. 68.

<sup>103</sup> Vgl. auch Weiß, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, 1995, S. 249.

<sup>104</sup> Vgl. Weiß, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, 1995, S. 241.

<sup>105</sup> EuGH Slg. 2009, I-7191 *Bolloré SA u.a.* / Kommission, Rn. 40 ff.

<sup>106</sup> EuG Slg. 2002, II-4071 *Schneider Electric SA* / Kommission, Rn. 453 ff.

<sup>107</sup> EuGH Slg. 1999, I-4235 *Hercules Chemicals NV* / Kommission, Rn. 78, 81; EuGH Slg. 2002, I-8375 *Limburgse Vinyl Maatschappij NV u.a.* / Kommission, Rn. 318; EuGH Slg. 2004, I-123 *Aalborg Portland A/S u.a.* / Kommission, Rn. 131.

<sup>108</sup> Vgl. Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 170, 319; vgl. auch EuGH vom 25. Oktober 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 63, 65.

<sup>109</sup> EuGH vom 25. Oktober 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 60 ff.; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Rn. 55 ff.

<sup>110</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 311 ff.; C-110/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 152 ff.

<sup>111</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. (2009), § 55, Rn. 35.

<sup>112</sup> Obwohl das EuG teilweise sogar den Nachweis einer tatsächlichen Beeinflussung forderte, vgl. dazu die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* / Kommission, Nr. 178 ff.

<sup>113</sup> So zur ähnlichen Problematik im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. (2008), § 45 VwVfG, Rn. 124.

<sup>114</sup> Zur Geltung der Unschuldsvermutung im EU-Kartellbusgeldverfahren vgl. EuG Slg. 2005, II-4061 *Sumitomo Chemical Co. Ltd und Sumika Fine Chemicals Co. Ltd* / Kommission, Rn. 103 ff. m.w.N.

<sup>115</sup> EuG Slg. 2005, II-4061 *Sumitomo Chemical Co. Ltd und Sumika Fine Chemicals Co. Ltd* / Kommission, Rn. 106; vgl. dazu *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), vor Art. 23 ff. VO (EG) 1/2003, Rn. 62.

<sup>116</sup> EuG Slg. 2003, I-11177 *Corus UK Ltd* / Kommission, Rn. 125.

<sup>117</sup> Vgl. zur Rechtslage im deutschen Strafprozess- und Ordnungswidrigkeitenrecht *Karlsruher Kommentar/Kuckein*, § 337 StPO, 6. Aufl. (2008), Rn. 33 m.w.N.; *Bohnert*, Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Aufl. (2010), § 79 OWiG Rn. 62.

<sup>118</sup> EuGH Slg. 1998, I-8417 *Baustahlgewebe GmbH* / Kommission, Rn. 47 ff., 141 f.

<sup>119</sup> Kommission ABl. 2000, L 39, S. 1, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied und Technische Unie*, Rn. 149, 152 ff.

<sup>120</sup> Kommission ABl. 2000, L 268, S. 1, *Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement*, Rn. 192 ff., 206.





<sup>121</sup> Kommission vom 18. April 2007, COMP/B-2/37.766 *Niederländischer Biermarkt*, Rn. 495 ff. (nur in niederländischer Sprache verfügbar); vgl. dazu Kommission, Pressemitteilung vom 18. April 2007, IP/07/509.

<sup>122</sup> EuGH Slg. 2009, I-6155 *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH* *vs.* Kommission, Rn. 193 ff.

<sup>123</sup> EuG vom 16. Juni 2011, T-235/07 *Bavaria NV* *vs.* Kommission, Rn. 319 ff., 341 ff.

<sup>124</sup> *Von Alemann*, EuZW 2006, 487 (490) m.w.N.

<sup>125</sup> *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht: EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), Art. 31 VO (EG) 1/2003, Rn. 20; *Grabitz/Hilff/Feddersen*, Das Recht der Europäischen Union, 40. EL (2009), Art. 31 VO Nr. 1/2003, Rn. 16.

<sup>126</sup> EuG Slg. 1999, II-645 *Siderurgica Aristrain Madrid SL* *vs.* Kommission, Rn. 161.

<sup>127</sup> *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Weiß*, Kartellrecht, 2. Aufl. (2009), Art. 31 VO 1/2003/EG, Rn. 4; vgl. EuGH Slg. 2000, I-10101 *SCA Holding Ltd* *vs.* Kommission, Rn. 55; EuG Slg. 2003, II-2733 *Daesang Corp. und Sewon Europe GmbH* *vs.* Kommission, Rn. 61.

<sup>128</sup> EuG Slg. 2006, II-3137 *Roquette Frères SA gegen Kommission*, Rn. 327.

<sup>129</sup> *Grabitz/Hilff/Feddersen*, Das Recht der Europäischen Union, 40. EL (2009), Art. 31 VO Nr. 1/2003, Rn. 18.

<sup>130</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* *vs.* Kommission, Nr. 352, 355; C-110/10 P *Solvay SA* *vs.* Kommission, Nr. 193, 196.

<sup>131</sup> Schlussanträge Generalanwalt Léger Slg. 1998, I-8417 *Baustahlgewebe GmbH* *vs.* Kommission, Nr. 35; EuG vom 16. Juni 2011, T-235/07 *Bavaria NV* *vs.* Kommission, Rn. 341.

<sup>132</sup> EGMR vom 10. November 2005, Beschwerde Nr. 65745/01 *Dželili* *vs.* Deutschland, Rn. 103; EGMR vom 13. November 2008, Beschwerde Nr. 10597/03 *Ommer* *vs.* Deutschland (Nr. 1), Rn. 50; Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* *vs.* Kommission, Nr. 352; C-110/10 P *Solvay SA* *vs.* Kommission, Nr. 193.

<sup>133</sup> EGMR vom 10. November 2005, Beschwerde Nr. 65745/01 *Dželili* *vs.* Deutschland, Rn. 103.

<sup>134</sup> Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 14. April 2011, C-109/10 P *Solvay SA* *vs.* Kommission, Nr. 355; C-110/10 P *Solvay SA* *vs.* Kommission, Nr. 196.

<sup>135</sup> Gerichtshof der Europäischen Union, Jahresbericht 2010, S. 193, abrufbar unter <http://curia.europa.eu>.

## II.

Gabriel N. Toggenburg, Wien\*

### Die Unionsbürgerschaft alla Zambrano: Ein kurzer Blick auf ein verkürzendes Urteil

(Gerardo Ruiz Zambrano *vs.* Office national de l'emploi (ONEm), EuGH (Grosse Kammer), Urteil vom 8. März 2011, C-34/09)

*Das Unionsrecht – und zwar Artikel 20 AEUV zur Unionsbürgerschaft – steht nationalen Massnahmen entgegen, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird. Eine derartige Auswirkung liegt vor, wenn einer einem Drittstaat angehörenden Person in dem Mitgliedstaat, in dem ihre minderjährigen Kinder, die diesem Mitgliedstaat angehören und denen sie Unterhalt gewährt, der Aufenthalt und eine Arbeitserlaubnis verweigert werden.*

#### (1) Sachverhalt

Ruiz Zambrano ist bolivischer Staatsbürger. Ebenso seine Ehefrau Moreno Lopez. Die beiden leben seit 7. April 1999 in Belgien, wohin sie anhand eines von der belgischen Botschaft in Bogotá ausgestellten Visum eingereist sind. Nach seiner Ankunft hatte Herr Zambrano um Asyl angesucht. Zur Begründung seines Asylantrages gab er an, dass er zur Flucht aus Kolumbien gezwungen gewesen sei, da er seit dem Jahr 1997 ständigen mit Todesdrohungen einhergehenden Repressalien privater Milizen ausgesetzt gewesen sei, in deren Rahmen

auch Gewalt gegen seinen Bruder verübt und sein dreijähriger Sohn im Januar 1999 eine Woche lang entführt worden sei.<sup>1</sup>

Die belgischen Behörden lehnten diese Anträge im Herbst 2000 ab und verfügten die Ausweisung aus Belgien, wobei die **Ausweisungsverfügung** eine Klausel enthält, die unter Bezugnahme auf den kolumbianischen Bürgerkrieg eine Abschiebung nach Kolumbien selbst verbietet. Die Familie sollte somit von Staats wegen vom belgischen Territorium entfernt, nicht aber nach Kolumbien ausgewiesen werden. In Folge stellte Herr Zambrano einen **Antrag auf Regularisierung** seines Aufenthalts, wobei er seine Bemühungen unterstrich, sich in die belgische Gesellschaft zu integrieren (sein Kind besuchte bereits den Kindergarten und er selbst lernte Französisch). Dieser Antrag wurde im August 2001 abgelehnt. Die Entscheidung wurde vor dem *Conseil d'État* angefochten, der die Nichtigkeitsklage mit Urteil im Mai 2003 abwies.

Seit April 2001 wohnt das Ehepaar in der belgischen Gemeinde Schaerbeek und seit Oktober 2001 arbeitete Herr Zambrano als handwerkliche



**GESCHÄFTSLEITUNG**

Dr. rer. pol. Doris Baudenbacher-Tandler, Luxemburg

**REDAKTION**

Ref. iur. Moritz Am Ende (Chefredaktion)

Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (Immaterialgüterrecht)

RA Ferdinand Ochs/Univ.-Prof. Mag. Dr. Tina Ehrke-Rabel (Steuerrecht)

RA Stefan Lars-Thoren Heun-Rehn, Mag. iur. LL.M. (Bank- und Kapitalmarktrecht)

Dr. Henning Kahlert, LL.M. (Vergaberecht)

Dr. Vincent Kronenberger (Wettbewerbsrecht)

Ref. iur. Romen Link (Markenrecht)

Mag. Dr. Klaus Mayr, LL.M. (Arbeits- und Sozialrecht)

RA Markus Rübenstahl, Mag. iur. (Justiz und Inneres)

Cand. phil. Magnus Schmauch, LL.M. (Staatliche Beihilfen)

PD. Dr. Myriam Senn, LL.M. (Finanzdienstleistungsrecht)

Dr. Gabriel N. Toggenburg, LL.M. (Institutionen und Grundfreiheiten)

RA Dr. Alexander Wittwer, LL.M. (Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht)

Dr. Christine Würfel

**AUTOREN (INNEN) DIESER AUSGABE**

Ass. iur. Martin Fink, Konstanz

Ref. iur. Romen Link, Konstanz/Stuttgart

Ref. iur. Stefan Soergel, Konstanz/Stuttgart

Alexandr Svetlicinii, Ph.D., LL.M., MRes., Novi Sad

Dr. Mag. Gabriel N. Toggenburg, LL.M., Wien

**Impressum****ABONNEMENTS:**

Verlag radical brain S.A.

L-1024 Luxemburg

Postfach 2455

info@elr.lu

www.elr.lu

**ERSCHEINUNGSWEISE:**

Monatlich

**BEZUGSBEDINGUNGEN:**

Der Jahresbezugspreis beträgt Euro 340,- plus MwSt. und anteilige Versandkosten.

Das Abonnement kann jederzeit ohne Angabe von Gründen gekündigt werden.

Allfällige Guthaben werden in diesem Fall zurückerstattet.

**© EUROPEAN LAW REPORTER ELR:**

Vervielfältigungen, insbesondere Kopien und Nachdrucke, nur mit Genehmigung.

Weiterverbreitung in elektronischen Medien ist untersagt.

**ZITIERWEISE: ELR**

**Der ELR im Internet: [www.elr.lu](http://www.elr.lu)**

in  
Zusammenarbeit  
mit dem



Institut  
für  
Europarecht  
an der  
Universität  
St.Gallen HSG