
Die Grenzen der Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission im Kartellverfahren

Andreas Reinalter*

Inhalt

A. Einleitung	54
B. Grenzen der Ermittlungsbefugnisse	57
I. Grundrechte im Kartellrecht	58
1. Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der EU	58
2. Methode des EuGH	60
3. Das Spannungsfeld zwischen EMRK- und EU-Grundrechtsschutz	61
4. Auswirkungen auf die Ermittlungsbefugnisse	62
II. Vorbemerkungen zum Verwaltungsverfahren vor der Kommission	63
1. Voruntersuchungs- und kontradiktorisches Verfahren	64
2. Terminologische Abgrenzung	65
III. Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung der Ermittlungsbefugnisse	65
IV. Verfahrensgrundrechte im Einzelnen	66
1. Angemessene Verfahrensdauer	66
a) Inhalt	66
b) Besonderheiten im Voruntersuchungsverfahren	66
c) Rechtsfolgen	67

* Mag. iur. Andreas Reinalter LL.M. ist Absolvent des Aufbaustudiengangs „Europäische Integration“ am Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Jahrgang 2006/07 und gegenwärtig als Rechtsreferendar in der Anwaltskanzlei Pobitzer&Partner in Bozen (Italien) tätig. Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um die überarbeitete Fassung der Magisterarbeit im Rahmen des Aufbaustudiengangs am Europa-Institut. Der Verfasser bedankt sich bei Dr. Robin van der Hout LL.M., Rechtsanwalt in der Kanzlei KRB-Kemmler Rapp Böhlke in Brüssel und Lehrbeauftragter des Europa-Instituts, für die Betreuung und Begutachtung der Magisterarbeit sowie das kritische Gespräch.

2. Rechtliches Gehör und Recht auf Akteneinsicht	68
a) Rechtliches Gehör	69
b) Recht auf Akteneinsicht	70
c) Besonderheiten im Voruntersuchungsverfahren	72
3. Angabe von Gegenstand und Zweck der Ermittlungshandlungen	73
4. Anspruch auf rechtlichen Beistand	74
5. Das „Legal Professional Privilege“	75
a) Schutzbereich „ratione materiae“	77
b) Schutzbereich „ratione personae“	79
c) Prozedurale Aspekte zur Geltendmachung des Anwaltsprivilegs	81
d) Stellungnahme	83
6. Auskunftsverweigerungsrecht (Grundsatz des „nemo tenetur se ipsum accusare“)	84
a) Gegenstand und Rechtsgrundlage	84
b) Fallgruppen	85
c) Kritik	90
d) Stellungnahme	91
7. Schutz von Geschäftsräumen	93
a) Rechtsprechung	93
b) Kritik	94
c) Stellungnahme	95
C. Ausblick	95

A. Einleitung

Die Aufgabe des Kartellrechts besteht gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG im Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen, die von Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt ausgehen. Das in Art. 81 EG geregelte Kartellverbot und das in Art. 82 EG verankerte Missbrauchsverbot einer marktbeherrschenden Stellung stellen die Kernbestimmungen des EG-Wettbewerbsrechts dar. Dieses wurde mit Erlass der Verordnung Nr. 17¹ in verfahrensrechtlicher Hinsicht ergänzt. Mit Erlass der

¹ VO Nr. 17: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. Nr. 13 v. 21.2.1962, S. 204.

Verordnung Nr. 1/2003² wurde das Kartellverfahrensrecht insbesondere mit der Einführung eines Systems der Legalausnahme grundlegend reformiert. Durch die darin angeordnete unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 3 EG wird das unter der Verordnung Nr. 17 geltende Freistellungsmonopol der Kommission obsolet: Nunmehr können die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte aufgrund des Systems der gesetzlichen Ausnahme Art. 81 Abs. 3 EG unmittelbar anwenden. Dieser Paradigmenwechsel forciert ferner eine dezentrale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts, wodurch die Ressourcen der Kommission gezielt zur Verfolgung schwerwiegendster Wettbewerbsverstöße eingesetzt werden können.³ Nichtsdestotrotz behält die Kommission eine nicht unwesentliche Rolle im europäischen Kartellverfahren, was insbesondere mit dem in Art. 11 Abs. 6 verankerten Evokationsrecht zementiert wird.⁴ Um die schwerwiegendsten Zuwiderhandlungen aufdecken zu können, wurden die der Kommission übertragenen Ermittlungsbefugnisse durch die Verordnung Nr. 1/2003 erheblich erweitert.⁵ Begründet wurde diese Erweiterung insbesondere durch praktische Erfahrungswerte der Kommission⁶ sowie durch den Umstand, dass es aufgrund der Raffinesse einiger Unternehmen *de facto* für die Kommission schwieriger wurde, Verstöße gegen Art. 81 und 82 EG aufzudecken.⁷

Die Aufdeckung von Zuwiderhandlungen gegen das EG-Wettbewerbsrecht ermächtigt die Kommission allerdings nicht zu einem grenzenlosen Gebrauch ihrer Ermittlungsbefugnisse. Vielmehr ist deren Ausübung durch den Schutz der Verteidigungs- und Verfahrensrechte der Unternehmen konditioniert. Diese bilden ein „Gegengewicht zur exekutiven Entscheidungsgewalt der Europäischen Kommission“.⁸ Diesen entgegengesetzten Rechtspositionen sind Spannungsfelder immanent: Während einerseits die Ermittlungsbefugnisse der Kommission durch die

² VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1. Zu den Gründen der Neuordnung des Kartellverfahrens siehe Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG, ABl. Nr. C 132 v. 12.5.1999, S. 1.

³ Vgl. Erwägungsgrund 3 VO (EG) Nr. 1/2003.

⁴ Vgl. auch *Weitbrecht/Mühle*, Europäisches Kartellrecht 2003-2008, EuZW 2008, S. 551.

⁵ Die VO Nr. 17 sah zwei förmliche Ermittlungsinstrumente vor: das Auskunftsverlangen nach Art. 11 und die Nachprüfungsbefugnis nach Art. 14 VO Nr. 17. Kapitel V VO (EG) Nr. 1/2003 überträgt der Kommission nunmehr folgende Ermittlungsbefugnisse: Untersuchung bestimmter Wirtschaftszweige oder bestimmter Arten von Vereinbarungen (Art. 17), Auskunftsverlangen (Art. 18), Befugnis zur Befragung (Art. 19), Nachprüfungen bei Unternehmen und Unternehmensvereinigungen (Art. 20), Nachprüfungen in anderen Räumlichkeiten (Art. 21) und Amtshilfe durch die nationalen Wettbewerbsbehörden (Art. 22).

⁶ Erwägungsgrund 26 VO (EG) Nr. 1/2003.

⁷ Erwägungsgrund 25 VO (EG) Nr. 1/2003.

⁸ *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 1. Aufl. 2004, § 5, Rdnr. 52 f.

neue Kartellverfahrensverordnung Nr. 1/2003 gegenüber der Vorgängerregelung Verordnung Nr. 17 wesentlich erweitert wurden, mangelt es andererseits trotz der Positivierung einiger Verfahrensgrundrechte in der neuen Verordnung Nr. 1/2003 (zu nennen sei beispielsweise Art. 27) immer noch an einer rechtlichen Fundierung einzelner Individualrechtspositionen. Dadurch waren und sind diese Gegenstand der richterlichen Rechtsschöpfung bzw. -fortbildung.⁹

An diesem Punkt versucht der vorliegende Beitrag anzusetzen. Ausgehend von der Tatsache, dass zwischen der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) der Untersuchungsbefugnisse der Kommission und dem Schutz der Rechte der Betroffenen gegen derartige zum Teil grundrechtsintensive Befugnisse ein Spannungsfeld herrscht, ist es unumgänglich, auf die Grundrechtsmethodik des Gerichtshofs einzugehen. In Ermangelung eines geschriebenen Grundrechtekatalogs¹⁰ und aufgrund der fehlenden Verbindlichkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) für die Gemeinschaft wurde prätorisch ein Katalog an Rechtserkenntnisquellen geschaffen, welche als Grundlage für die Herausbildung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts dient. Diese Grundsätze beanspruchen aber keine uneingeschränkte Geltung, sondern der Gerichtshof bringt diese vielmehr in Einklang mit den Interessen der Gemeinschaft.¹¹ Transkribiert man diese Methodik auf das Ermittlungsverfahren der Kommission, ist der Gerichtshof *in praxi* gehalten, einen gerechten Ausgleich zwischen einerseits der der Kommission gemäß Art. 85 EG übertragenen Aufgabe der wirksamen Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts, dessen unabdingbare Voraussetzung die Möglichkeit effektiver Ermittlungen zur Aufdeckung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 EG und 82 EG ist, und andererseits dem Schutz der Verteidigungsrechte der Unternehmen zu finden. Wie im Folgenden gezeigt wird, schafft diese Grundrechtsmethodik keine für jedes Verteidigungsrecht kohärenten Ergebnisse, sondern es muss vielmehr jedes Recht in seiner inhaltlichen Ausgestaltung gesondert untersucht werden. Grundrechtsintensive Eingriffe der Kommission in die Sphäre der Unternehmen sind folglich im Zusammenhang mit dieser Methodik zu bewerten, ein Umstand, der in diesem Beitrag im Rahmen der Untersuchung der einzelnen Verteidigungsrechte beleuchtet wird. Ferner soll die unterschiedliche Tragweite der Verteidigungsrechte aufgrund der Zweiteilung des Ermittlungsverfahrens in ein Voruntersuchungsverfahren und in einen kontradiktorischen Abschnitt eruiert werden. Für

⁹ So war z.B. die Frage nach der Existenz und Reichweite eines Auskunftsverweigerungsrechts während der Vorarbeiten zur VO Nr. 17 Gegenstand der Diskussionen im EP. Der Rat hat diesen Vorschlag nicht berücksichtigt, weshalb der Grundsatz vom Gerichtshof prätorisch entwickelt werden musste, siehe *ibid.*, Rdnr. 32.

¹⁰ Auf die Implikationen der Europäischen Grundrechte-Charta auf das EG-Wettbewerbsrecht wird unter C. konzis eingegangen.

¹¹ Exemplarisch EuGH, Rs. 5/88, *Wachauf*, Slg. 1989, 2609, Rdnr. 18: „Die vom Gerichtshof anerkannten Grundrechte können jedoch keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen, sondern sind im Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion zu sehen. Daher kann die

diesen Beitrag ist dabei insbesondere der erste Abschnitt des Voruntersuchungs- bzw. Ermittlungsverfahrens relevant. Abschließend soll noch ein kurzer Ausblick über die Europäische Grundrechte-Charta mögliche Implikationen auf das Ermittlungsverfahren der Kommission aufzeigen.¹²

B. Grenzen der Ermittlungsbefugnisse

Durch die Vornahme dieser zum Teil grundrechtsintensiven¹³ Maßnahmen greift die europäische Kartellbehörde in grundrechtsrelevante Individualrechtspositionen ein.¹⁴ Ein Spannungsfeld zwischen effektiver Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts einerseits und der Wahrung von Verteidigungsrechten andererseits ist die Folge.¹⁵ Dass dieses Spannungsfeld keineswegs rein theoretischer Natur ist, untermauert die Praxis im Kartellverfahren.¹⁶ Ursächlich hierfür sind die nur fragmentarisch enthaltenen Bestimmungen zu den Rechten der Betroffenen im gemeinschaftsrechtlichen Primär- und Sekundärrecht.¹⁷ Die Gründungsverträge der beiden Gemeinschaften¹⁸ enthielten keinen ausdrücklichen Grundrechtskatalog.¹⁹

Ausübung dieser Rechte, insbesondere im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation, Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der diese Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet“.

¹² Alle weiteren Artikelangaben einschließlich Erwägungsgründe ohne Angabe der Rechtsgrundlage beziehen sich auf die VO (EG) Nr. 1/2003.

¹³ Vgl. nur die Befugnis zur Durchführung von Nachprüfungen in Räumlichkeiten der Unternehmen nach Art. 20 *Norwak/Pombo*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 1, Art. 20 VO (EG) Nr. 1/2003, Rdnr. 7.

¹⁴ *Weiß*, Grundrechtsschutz im EG-Kartellrecht, EuZW 2006, S. 263.

¹⁵ Siehe auch *Schwarze/Weitbrecht*, (Fn. 8), Rdnr. 1.

¹⁶ So sollen zwischen 1995 und 2003 ungefähr 30 Klagen mit grundrechtsrelevanten Fragestellungen eingegangen sein, vgl. *Ameje*, The Interplay between Human Rights and Competition Law in the EU, ECLR 2004, S. 333.

¹⁷ Vgl. *Schwarze/Weitbrecht*, (Fn. 8), Rdnr. 2.

¹⁸ Der EGKS-Vertrag wurde am 18.4.1951 unterzeichnet und trat am 23.7.1952 in Kraft. Seine Geltungsdauer war von vornherein auf 50 Jahre festgelegt, sodass der EGKS-Vertrag mit dem 23.7.2002 ausgelaufen ist.

¹⁹ Nach dem Scheitern der doch sehr ambitionierten Projekte EPG und EVG besann man sich im Integrationsprozess zurück auf das Modell der funktionalen Integration, ausgedehnt auf dem Gesamtbereich der Wirtschaft. Genau diese Akzentuierung verleitete die Gründungsväter zu der Annahme, dass die Grundrechte nicht tangiert werden würden, so *Wetter*, Die Grundrechtscharta des Europäischen Gerichtshofes, 1998, S. 3.

Die sekundärrechtliche Ausgestaltung der Rechtsstellung Betroffener ist zwar lückenhaft,²⁰ allerdings stellt die Verordnung Nr. 1/2003 dahingehend einen Fortschritt gegenüber der Vorgängerregelung dar, als nunmehr grundlegende Verfahrensgrundrechte in Art. 27 und in Kapitel V der Durchführungsverordnung Nr. 773/2004²¹ kodifiziert sind. Zum anderen bringt Erwägungsgrund 37 den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass „[d]iese Verordnung die Grundrechte [wahrt] und im Einklang mit den Prinzipien [steht], die insbesondere in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind“ und sie deshalb „[...] in Übereinstimmung mit diesen Rechten und Prinzipien auszulegen und anzuwenden [ist]“. ²² Diese marginale primär- wie sekundärrechtliche Positivierung grundrechtsrelevanter Bestimmungen führte – und führt – zu etlichen Streitigkeiten vor den Gemeinschaftsgerichten. Und gerade im Kontext des prätorisch verfügbaren Grundrechtsschutzes ist das europäische Wettbewerbsrecht besonders zur Entwicklung und Ausformung von allgemeinen Verfahrensgrundsätzen des europäischen Verwaltungsrechts wie auch des europäischen Grundrechtsschutzes geeignet.²³

I. Grundrechte im Kartellrecht

1. Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der EU

Die Entwicklung des Grundrechtsschutzes auf gemeinschaftlicher bzw. unionaler Ebene lässt sich als eine Kombination richter- und vertragsrechtlicher Elemente, d.h. durch die Rechtsprechung des EuGH und durch Änderungen der Gründungsverträge, zusammenfassen.²⁴ Aufgrund des Fehlens eines geschriebenen (verbindlichen) Grundrechtskatalogs in der EWG mussten die Lücken im Grundrechtsschutz zunächst prätorisch²⁵ gefüllt werden.²⁶ Erstmals Position bezog der

²⁰ *Weiß*, (Fn. 14), S. 264.

²¹ VO (EG) Nr. 773/2004 der Kommission v. 7.4.2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG durch die Kommission, ABl. Nr. L 123 v. 27.4.2004, S. 18.

²² Vgl. auch EuGH, Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859, Rdnr. 12.

²³ So *Schwarze/Weitbrecht*, (Fn. 8), Rdnr. 2; *Lenaerts/Vanhamme*, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, CMLR 1997, S. 532.

²⁴ So *Skouris/Kraus*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1, Einleitung, Rdnr. 342.

²⁵ So *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl. 2005, S. 384; *Kühling*, in: von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 1. Aufl. 2003, S. 587; *Weiß*, (Fn. 14), S. 264; *Ortiz Blanco*, *European Community Competition Procedure*, 2. Aufl. 2006, S. 20.

²⁶ Diese prätorische Entwicklung der Grundrechte ist die Konsequenz aus zwei grundlegenden Strukturentscheidungen, nämlich die unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts und sein

Gerichtshof in der Rechtssache *Stauder*.²⁷ In einem *obiter dictum* erkannte er die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht an und verfügte eine Selbstbindung der Gemeinschaftsorgane an diese.²⁸ Im Grundsatzurteil *Internationale Handelsgesellschaft*²⁹ bestimmte der EuGH den Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht, präzisierte diese Maxime aber dahingehend, dass ein gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsschutz erfolge, der von den „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“ getragen sei.³⁰ Der Gerichtshof lehnte eine unmittelbare Anwendung der nationalen Grundrechte ab, sodass dieser sich nicht allein auf die Grundrechte eines Mitgliedstaats stützte und auch die nationalen Grundrechte nicht selbst anwandte, sondern in ihnen nur eine Rechtserkenntnisquelle³¹ für die Ermittlung der ungeschriebenen Unionsgrundrechte sah.³² In der Rechtssache *Nold*³³ wurde der Katalog der Rechtserkenntnisquellen auf die von den Mitgliedstaaten abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte erweitert.³⁴ Die Grundrechte sind nicht nur gegenüber Maßnahmen der Gemeinschaft zu gewährleisten, sondern sie entfalten auch eine Bindungswirkung gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten.³⁵

Die Gemeinschaftsgerichte messen der EMRK für den gemeinschaftlichen Grundrechtsschutz eine „besondere Bedeutung“ bei.³⁶ Allerdings dient sie dem EuGH

Vorrang gegenüber dem nationalen Recht, so *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 6 EUV, Rdnr. 34. Aufgrund dieser Strukturentscheidung erkannten die Luxemburger Richter, dass die Lücke der fehlenden Grundrechtssicherung im Gemeinschaftsrecht dessen Legitimität, Vorrang und einheitliche Anwendung in Frage stellte, siehe *Kühling*, (Fn. 25), S. 587.

²⁷ EuGH, Rs. 29/69, *Stauder*, Slg. 1969, 419.

²⁸ Ibid., Rdnr. 7: „Bei dieser Auslegung enthält die streitige Vorschrift nichts, was die in den allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, enthaltenen Grundrechte der Person in Frage stellen könnte.“

²⁹ EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125.

³⁰ Ibid., Rdnr. 4.

³¹ Rechtsquellen bilden den Geltungsgrund des Rechts, d.h. sie liefern unmittelbar die Rechtssätze. Demgegenüber enthalten Rechtserkenntnisquellen diejenigen Grundlagen, die zur Gewinnung von Rechtssätzen beitragen. Sie erfüllen primär eine Art „Orientierungsfunktion“ für die Auslegung einer Rechtsquelle, so *Jarass*, EU-Grundrechte, 1. Aufl. 2005, S. 12.

³² Vgl. *Walter*, in: Ehlers, (Fn. 25), S. 10.

³³ EuGH, Rs. 4/73, *Nold*, Slg. 1974, 491.

³⁴ Ibid., Rdnr. 13.

³⁵ EuGH, Rs. 5/88, *Wachauf*, Slg. 1989, 2609, Rdnr. 19; vgl. auch *Skouris/Kraus*, (Fn. 24), Rdnr. 345.

³⁶ EuGH, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651. Im Rahmen des Kartellrechts siehe EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werk*, Slg. 2001, II-729, Rdnr. 60. Dies ist v.a. auf zwei evidente Gründe zurückzuführen: Zum einen dürfte es für den EuGH schwierig sein, die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zu ermitteln. Zum anderen steht mit der EMRK

aufgrund der fehlenden Bindungswirkung für die Gemeinschaft lediglich als Rechtserkenntnisquelle.³⁷ Nichtsdestotrotz stellt die Konvention heute eine *Bill of Rights* für den gesamten europäischen Kontinent dar.³⁸ Der EuGH zieht sie als Quelle der ungeschriebenen EU-Grundrechte heran.³⁹ Diese Rechtsprechung wurde durch den Vertrag von Maastricht in Art. F Abs. 2 EUV (nunmehr Art. 6 Abs. 2) im Sinne einer vertraglichen Fortschreibung des EU-Grundrechtsschutzes kodifiziert.⁴⁰ Vorläufiger Kulminationspunkt der Grundrechtsentwicklung in der EU stellt die (noch) unverbindliche „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“ dar.⁴¹

Die Grundrechte zählen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts. In Ermangelung eines verbindlichen EU-Grundrechtekatalogs kommt den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Wesentlichen eine lückenfüllende Funktion zu.⁴² Diese Lückenfüllungsfunktion ist in einer Rechtsordnung *sui generis*⁴³ notwendig.⁴⁴ Sie erfolgt autonom ohne Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts und nach einer eigenen Methodik.

2. Methode des EuGH

Da Rechtserkenntnisquellen keine strikten Vorgaben für die Inhalte der Grundrechte aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen liefern,⁴⁵ ermitteln die Gemeinschafts-

ein einheitlicher Normtext zur Verfügung, den alle Mitgliedstaaten der EG unterzeichnet haben, so Ehlers, (Fn. 25), S. 386; vgl. auch Weiß, (Fn. 14), S. 264. Eine solche Wirkung hat der EuGH in zwei Fallgruppen anerkannt: Beim Vollzug von unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht durch Behörden der Mitgliedstaaten und bei zulässigen Einschränkungen der durch das Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Grundfreiheiten der Mitgliedstaaten.

³⁷ So deutlich EuG, Rs. T-347/94, *Mayr-Melnhof*, Slg. 1998, II-1751, Rdnr. 311.

³⁸ *Krüger/Polakiewicz*, Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa, EuGRZ 2001, S. 94.

³⁹ Siehe hierzu *Kokott*, Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 1996, S. 599.

⁴⁰ „Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“.

⁴¹ ABl. Nr. C 303 v. 14.12.2007, S. 17; vgl. zur Europäischen Grundrechte-Charta unter C.

⁴² *Szczekalla*, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. 1, 2002, S. 314.

⁴³ EuGH, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 26.

⁴⁴ *Szczekalla*, (Fn. 42), S. 315.

⁴⁵ Zum einen beinhalten die Verfassungstexte der einzelnen Mitgliedstaaten – isoliert betrachtet – verschiedene Grundrechtsstandards. Zum anderen bekräftigen die Gemeinschaftsgerichte, dass

gerichte nicht den maximalen oder gar minimalen Grundrechtsschutz in den Mitgliedstaaten, sondern eruieren anhand einer wertenden Rechtsvergleichung⁴⁶ die „beste Lösung“. ⁴⁷ Dabei geht es in erster Linie darum, einen Standard zu entwickeln, der den nationalen Wertungen ebenso wie denen der EMRK gerecht wird und sich ferner in die Gemeinschaftsstruktur und -ziele einfügt.⁴⁸ Das Endergebnis ist ein „relativierter Maximalstandard“⁴⁹ an Grundrechtsschutz, welcher den Erfordernissen eines effektiven Grundrechtsschutzes auf der einen und den Belangen bzw. Interessen der Gemeinschaft auf der anderen Seite Rechnung tragen soll.⁵⁰

3. Das Spannungsfeld zwischen EMRK- und EU-Grundrechtsschutz

Bei Grundrechtseingriffen ist auf der Rechtfertigungsebene das Gemeinschaftsinteresse mit den betroffenen Individualinteressen zu einem bestmöglichen Ausgleich zu bringen.⁵¹ In *praxi* findet das Öfteren eine enge Anlehnung an die EMRK bzw. die Rechtsprechung des EGMR statt.⁵² Diese Vorgehensweise ist allerdings nicht linear, denn den widerstreitenden Interessen kommt *a priori* kein Vorrang zu.⁵³ Mögliche Konsequenz dessen sind divergierende Entscheidungen zwischen der Straßburger und der Luxemburger Gerichtsbarkeit. Ein Beispiel aus dem Kontext der Ermittlungshandlungen im Kartellverfahrensrecht soll die Problematik veranschaulichen.

Der „*nemo tenetur*“-Grundsatz bzw. das Auskunftsverweigerungsrecht, wonach niemand gehalten ist, sich selbst zu inkriminieren, war (und ist) weder primär- noch sekundärrechtlich in der EG positiviert. Aufgrund der fehlenden Normierung hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Orkem* diesen Grundsatz als Ausprägung der Wahrung der Verteidigungsrechte der Unternehmen abgeleitet.⁵⁴

die EMRK keine Rechtsquelle der EU darstellt, vgl. EuG, Rs. T-112/98, *Mayr-Melnhof*, Slg. 1998, II-1751, Rdnr. 59.

⁴⁶ Vgl. *inter alia* Szczechalla, (Fn. 42), S. 311.

⁴⁷ So grundlegend *Zweigert*, Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, *RabelsZ* 1964, S. 611.

⁴⁸ *Kübling*, (Fn. 25), S. 590.

⁴⁹ Vgl. *Streinz*, *Europarecht*, 8. Aufl. 2008, S. 284.

⁵⁰ Vgl. *Hilf/Hörmann*, Der Grundrechtsschutz von Unternehmen im europäischen Verfassungsverbund, *NJW* 2003, S. 6.

⁵¹ So *Skouris/Kraus*, (Fn. 24), Rdnr. 360.

⁵² *Ibid.* mit Verweis auf EuGH, verb. Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, *Dansk Rørindustri*, Slg. 2005, S. I-5425, Rdnrn. 67 ff. und 215 ff.

⁵³ *Skouris/Kraus*, (Fn. 24), Rdnr. 360.

⁵⁴ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283. Siehe ausführlich unter B.IV.6.

Allerdings gilt die Gewährung des Auskunftsverweigerungsrechts nicht absolut, sondern ist mit der Wahrung der praktischen Wirksamkeit der Ermittlungshandlungen der Kommission in Einklang zu bringen.⁵⁵ Die Ableitung eines absoluten Selbstbezüglichungsverbots aus Art. 6 EMRK verneinte der Gerichtshof in der Rechtssache *Orkem* mit der Begründung, dass die Gewährleistung eines solchen Rechts weder aus dem Wortlaut noch aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK ersichtlich sei.⁵⁶ Im Anschluss an die „Orkem“-Rechtsprechung dehnte der EGMR den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK auch auf Unternehmen aus. Nach dem Urteil *Funke*⁵⁷ umfasste Art. 6 Abs. 1 EMRK als Ausprägung des „fair trial“-Prinzips auch den „nemo tenetur“-Grundsatz, welcher nicht nur im Strafverfahren, sondern auch im Verwaltungsverfahren Geltung beanspruchen kann.⁵⁸ Danach müsste auch Unternehmen ein absolutes Auskunftsverweigerungsrecht gewährt werden. Der Gerichtshof erkannte diese neue Entwicklung in der Straßburger Rechtsprechung, hielt aber an seinen in der „Orkem“-Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen fest.⁵⁹

4. Auswirkungen auf die Ermittlungsbefugnisse

Dieser relativierende Ansatz des EuGH und die daraus resultierenden divergierenden Grundrechtsverbürgungen und als unmittelbare Konsequenz dessen die Untergrabung der Rechtssicherheit wurde vom EGMR in der Sache *Bosphorus*⁶⁰ akzeptiert. In Analogie zur „Solange II“-Entscheidung des BVerfG⁶¹ bestehe eine (widerlegbare) Vermutung der Konventionskonformität, solange der Grundrechtsschutz einer internationalen Organisation – eben auch der EU – wenigstens vergleichbar (*comparable*) mit den Grundrechtsverbürgungen der EMRK sei.⁶² Nur

⁵⁵ Die Gewährung eines absolut geltenden Selbstbezüglichungsverbots, d.h. der Entziehung einer Untersuchungsmaßnahme mit der bloßen Begründung, dass ein bestimmtes Dokument selbstinkriminierende Elemente beinhaltet, würde das Voruntersuchungsverfahren in nicht wieder gutzumachender Weise beeinträchtigen, EuG, Rs. T-112/98, *Mayr-Melnhof*, Slg. 1998, II-1751, Rdnr. 64.

⁵⁶ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283, Rdnr. 29 ff.

⁵⁷ EGMR, Nr. 10828/84, *Funke/Frankreich*, Serie A 256-A, Rdnr. 41 ff.

⁵⁸ Siehe *Schwarze/Weitbrecht*, (Fn. 8), Rdnr. 33; siehe auch *van Overbeek*, The right to remain silent in competition investigations, ECLR 1994, S. 127 f.

⁵⁹ EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 276.

⁶⁰ EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus/Ireland*, Slg. 2005-VI, Rdnr. 155 ff.

⁶¹ *Lavranos*, Das So-Lange-Prinzip im Verhältnis von EGMR und EuGH, EuR 2006, S. 79 ff.

⁶² *Weiß*, (Fn. 14), S. 264; siehe zum Vergleichbarkeitskriterium *Winkler*, Die Vermutung des „äquivalenten“ Grundrechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht nach dem Bosphorus-Urteil des EGMR, EuGRZ 2007, S. 641 ff.

wenn der Grundrechtsschutz offensichtlich unzulänglich (*manifestly deficient*) im Verhältnis zum EMRK-Standard ausgestaltet sei, werde die Konventionsmäßigkeit des Systems aufgehoben.⁶³ Infolgedessen sind die Grundrechtsverbürgungen der EMRK einschließlich der Rechtsprechung des EGMR nicht wortgleich auf das Gemeinschaftsrecht übertragbar. Vielmehr sind diese Rechte stets im Lichte der Gemeinschaftsinteressen auszulegen. Im konkreten Fall ist es deshalb geboten, auf die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zurückzugreifen. Sollte eine Frage noch nicht gelöst sein bzw. neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des EGMR Eingang gefunden haben, so ist bei der Argumentation unbedingt auf die Methodik der Luxemburger Richter Rücksicht zu nehmen. Aufgrund dessen soll im Rahmen der Untersuchung der einzelnen Verfahrensgrundrechte im Ermittlungsverfahren soweit wie möglich auf diese Methodik des Gerichtshofs hinwiesen werden.

II. Vorbemerkungen zum Verwaltungsverfahren vor der Kommission

Das Verfahren vor der Kommission ist ein reines Verwaltungsverfahren und kein Gerichtsverfahren,⁶⁴ auch wenn Buß- oder Zwangsgelder gemäß Art. 23 und 24 verhängt werden.⁶⁵ Rechtsprechung und Kommissionspraxis trugen zu einer Weiterentwicklung des Verwaltungsverfahrens bei, in welchem zunehmend Elemente eines Gerichtsverfahrens an Bedeutung gewinnen. So überwiegt während der Voruntersuchungsphase des Kartellverfahrens das administrative Element, während im zweiten, kontradiktorischen Verfahrensabschnitt gerichtsverfahrensähnliche Züge zur Geltung kommen.⁶⁶ Diese Zweiteilung hat unmittelbare Auswirkungen auf die Inanspruchnahme bzw. den Gewährleistungsumfang der Verteidigungsrechte.

⁶³ Siehe hierzu *Bröhmer*, Die Bosphorus-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuZW 2006, S. 71 ff.; *Douglas-Scott*, Case comment on Bosphorus, CMLR 2006, S. 243 ff.

⁶⁴ Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 19, Rdnr. 2.

⁶⁵ EuGH, verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland*, Slg. 2004, I-123, Rdnr. 200; EuG, Rs. T-99/04, *AC-Treuband*, Rdnr. 113, noch nicht in amtl. Slg. In diesem Zusammenhang ist es interessant festzustellen, dass trotz der Verhängung von Bußgeldern das Verfahren vor der Kommission keineswegs ein Strafverfahren *strictu sensu* darstellt, sondern die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege*, wie er im Gemeinschaftsrecht Anwendung findet, nicht dieselbe Tragweite haben müssen wie im Strafverfahrensrecht.

⁶⁶ *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 1. Aufl. 2005, § 5, Rdnr. 1 m.w.N.

1. Voruntersuchungs- und kontradiktorisches Verfahren

Das behördliche Verwaltungsverfahren ist in zwei unterschiedliche, aufeinander folgende Abschnitte unterteilt, welche jeweils einer eigenen inneren Logik folgen: einer Voruntersuchungs- bzw. Ermittlungsphase und einem kontradiktorischen Abschnitt (*inter partes*).⁶⁷ Im ersten Abschnitt macht die Kommission von ihren Ermittlungsbefugnissen Gebrauch. Dadurch wird es ihr ermöglicht, alle relevanten Elemente zusammenzutragen, um das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen Art. 81 und 82 EG zu beweisen. Ferner kann sie für den weiteren Verlauf des Verfahrens Position beziehen.⁶⁸

Der Abschnitt der Voruntersuchung beginnt mit dem Zeitpunkt, ab welchem die Kommission in Ausübung ihrer Ermittlungsbefugnisse Maßnahmen trifft, die den Vorwurf einer Zuwiderhandlung implizieren und erhebliche Auswirkungen auf die Situation der unter Verdacht stehenden Unternehmen haben⁶⁹ und endet mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte.⁷⁰ Das kontradiktorische Verfahren hingegen erstreckt sich von der Mitteilung der Beschwerdepunkte bis zum Erlass der verfahrensabschließenden Entscheidung der Kommission. Dieser Abschnitt ermöglicht es der Kommission, sich abschließend zu der gerügten Zuwiderhandlung zu äußern.⁷¹

Die eben erwähnte Einteilung des Verwaltungsverfahrens in zwei Abschnitte, deren Zäsur die Mitteilung der Beschwerdepunkte darstellt, hat erhebliche Auswirkungen auf die Verteidigungsrechte der im Verfahren involvierten Unternehmen. Denn erst zu Beginn des kontradiktorischen Abschnitts werden die betroffenen Unternehmen über alle relevanten Gesichtspunkte, auf welche sich die Kommission stützt, informiert und ihnen ein Recht auf Akteneinsicht zuerkannt.⁷² Eine Erstreckung dieser Rechte auf den Abschnitt des Voruntersuchungsverfahrens würde nämlich „die Effizienz der von der Kommission geführten Untersuchung beeinträchtigen, da das betroffene Unternehmen schon im Abschnitt der

⁶⁷ So EuG, Rs. T-99/04, *AC-Treuband*, Rdnr. 47, noch nicht in amtl. Slg.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 182; EuG, verb. Rs. T-5/00 und T-6/00, *Nederlandse Federative Vereniging*, Slg. 2003, II-5761, Rdnr. 38.

⁷⁰ Vgl. Art. 10 VO (EG) Nr. 773/2004.

⁷¹ EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375; EuG, verb. Rs. T-5/00 und T-6/00, *Nederlandse Federative Vereniging*, Slg. 2003, II-5761, Rdnr. 38.

⁷² EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 315 f.; EuGH, verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland*, Slg. 2004, I-123, Rdnr. 66 f.; EuGH, Rs. C-407/04 P, *Dalmine*, Slg. 2007, I-829, Rdnr. 59.

Voruntersuchung erfahren würde, welche Informationen der Kommission bekannt sind und welche damit noch vor ihr verborgen werden können“.⁷³

2. Terminologische Abgrenzung

Die Terminologie hinsichtlich der Verteidigungsrechte ist in der Grundrechtsjudikatur uneinheitlich.⁷⁴ So wird zum einen pauschal von Verteidigungsrechten gesprochen, zum anderen werden die speziellen Verteidigungsrechte genannt, oder es ist allgemein von Verfahrensgarantien oder Verfahrensgrundsätzen die Rede.⁷⁵ Eine Kategorisierung lässt sich schwer herauskristallisieren. *Skouris/Kraus* verstehen die Verteidigungsrechte als eine Gesamtgewährleistung, die eine Reihe von Teilaspekten umfasst.⁷⁶ „Für jedes dieser Rechte ist gesondert festzustellen, wem es zusteht bzw. unter welchen Umständen und in welchem Ausmaß es Einschränkungen erfahren kann“.⁷⁷

III. Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung der Ermittlungsbefugnisse

Die von *Skouris/Kraus* vorgenommene „Definition“ trifft die Problematik auf den Punkt. In der Rechtsprechung lassen sich keine allgemeinen, für alle Verteidigungsrechte geltenden Aussagen finden. Denn die Abwägung der Gemeinschaftsinteressen und Interessen der Betroffenen einerseits und die Inanspruchnahme dieser Rechte entweder im Ermittlungsverfahren oder im kontradiktorischen Abschnitt andererseits führen zu einer Divergenz in den Rechtspositionen selbst. Deshalb ist es unumgänglich für jedes Verteidigungsrecht gesondert seine inhaltliche Reichweite zu definieren. Nachstehend werden nun die einzelnen Verteidigungsrechte vor dem Hintergrund der Grundrechtsmethodik des EuGH sowie nach dem Zeitpunkt der Inanspruchnahme des jeweiligen Rechts untersucht.

⁷³ Ibid., Rdnr. 60.

⁷⁴ *Skouris/Kraus*, (Fn. 24), Rdnr. 383.

⁷⁵ *Nowak*, in: Behrens/Braun/Nowak (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, 1. Aufl. 2004, S. 34.

⁷⁶ Darunter sind v.a. das Recht auf Anhörung, auf Akteneinsicht, auf Begründung von Entscheidungen, auf Vertraulichkeits- und Geheimnisschutz (einschließlich der Beachtung des *legal professional privilege*) sowie das Auskunftsverweigerungsrecht zu subsumieren, so *Skouris/Kraus*, (Fn. 24), Rdnr. 384.

⁷⁷ Ibid.

IV. Verfahrensgrundrechte im Einzelnen

Zu den Gemeinschaftsgrundrechten zählen insbesondere das Recht auf angemessene Verfahrensdauer sowie die allgemeinen Verfahrensrechte wie Anspruch auf rechtliches Gehör, das Recht auf Akteneinsicht und das Recht auf Rechtsbeistand. Ferner werden die Ermittlungsbefugnisse der Kommission durch die Verteidigungsrechte der Unternehmen beschränkt, insbesondere durch den „nemo tenetur“-Grundsatz, das *legal privilege* und die Wahrung der Geschäfts- und Berufsgeheimnisse. Außerdem obliegt es der Kommission, eine Überprüfung *ex ante* hinsichtlich der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Ermittlungshandlung zur Aufklärung der vermuteten Zuwiderhandlung vorzunehmen.⁷⁸

1. Angemessene Verfahrensdauer

a) Inhalt

Der Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer stellt einen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz dar. Demzufolge ist die Kommission verpflichtet, Entscheidungen innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu erlassen. Dadurch soll eine überlange Verfahrensdauer verhindert werden.⁷⁹ Die inhaltliche Reichweite einer „angemessenen Verfahrensdauer“ bestimmt sich „anhand der besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls und insbesondere von dessen Kontext, der verschiedenen Verfahrensabschnitte, die die Kommission abgeschlossen hat, des Verhaltens der Beteiligten im Laufe des Verfahrens, der Komplexität der Angelegenheit sowie ihrer Bedeutung für die verschiedenen Beteiligten“.⁸⁰

b) Besonderheiten im Voruntersuchungsverfahren

Eine Berufung auf den Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer im Rahmen des Voruntersuchungsverfahrens hat das EuG in der Rechtssache *FEG und FU*⁸¹ negativ beschieden. Es begründete diese Differenzierung mit einem Rückgriff auf

⁷⁸ Vgl. *Burrichter*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht Kommentar zum europäischen Kartellrecht, Vorbemerkungen zu Art. 17, Rdnr. 14.

⁷⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-282/95 P, *Guérin automobiles*, Slg. 1995, I-1503, Rdnr. 37; EuG, verb. Rs. T-213/95 und T-18/96, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf*, Slg. 1997, II-1739, Rdnr. 41 ff.

⁸⁰ *Ibid.*, Rdnr. 57; EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Cimenteries*, Slg. 2000, II-491, Rdnr. 707 ff.; EuG, Rs. T-67/01, *JCB Service*, Slg. 2004, II-49, Rdnr. 36 ff.

⁸¹ EuG, verb. Rs. T-5/00 und T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging*, Slg. 2003, II-5761, Rdnr. 78 ff.; vgl. auch *de Bronett*, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht, 1. Aufl. 2005, Vorbemerkungen, Rdnr. 13.

strafrechtliche Erwägungen. Die in Art. 6 Abs. 1 EMRK normierte Pflicht der angemessenen Verfahrensdauer beginne in dem Moment zu laufen, in dem gegen eine Person eine Anschuldigung erhoben wird.⁸² Im Kontext des Kartellrechtsverfahrens erfolge eine Anschuldigung aber erst mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte, in welcher die Kommission ihren Willen zum Ausdruck bringe, zu einer Entscheidung über die Feststellung einer Zuwiderhandlung zu gelangen.⁸³

Eine Relativierung – und mehr praxisorientierte Sichtweise – haben die Luxemburger Richter bezüglich der Geltung dieses Grundsatzes im Voruntersuchungsverfahren in der neueren Rechtsprechung vorgenommen. Demnach könne auch eine überlange Dauer des Voruntersuchungsverfahrens die Verteidigungsrechte der Unternehmen beeinträchtigen.⁸⁴ Denn schon der Vorwurf – und nicht allein die formelle Anschuldigung mittels der Mitteilung der Beschwerdepunkte – der Zuwiderhandlung gegen das EG-Wettbewerbsrecht kann erhebliche Auswirkungen auf die Situation des unter Verdacht stehenden Unternehmens haben.⁸⁵ So kann ein überlanger Zeitraum zwischen der Vornahme der ersten Ermittlungshandlung und der Mitteilung der Beschwerdepunkte in erheblichem Maße die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen beeinträchtigen. Denn „[j]e mehr Zeit nämlich zwischen einer Ermittlungsmaßnahme und der Mitteilung der Beschwerdepunkte vergehe, desto wahrscheinlicher werde es, dass etwaige Entlastungsbeweise nicht mehr oder nur noch schwer gesammelt werden könnten“.⁸⁶

c) Rechtsfolgen

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer führt nicht per se zur Rechtswidrigkeit der Kommissionsentscheidung.⁸⁷ Nur wenn nachgewiesen wird, dass die überlange Verfahrensdauer zu einer Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte geführt hat, ist die verfahrensabschließende Entscheidung rechtswidrig.⁸⁸ Den Unternehmen obliegt in diesem Zusammenhang eine allge-

⁸² EuG, verb. Rs. T-5/00 und T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging*, Slg. 2003, II-5761, Rdnr. 79 mit Verweis auf EGMR, Nr. 8304/78, *Corigliano/Italien*, Serie A 57, § 34.

⁸³ Vgl. diesbezüglich auch EuGH, Rs. 48/72, *Haecht II*, Slg. 1973, 77, Rdnr. 16.

⁸⁴ Vgl. EuG, Rs. T-99/04, *AC-Treuhand*, Rdnr. 51, noch nicht in amtl. Slg.

⁸⁵ Ibid., Rdnr. 50.

⁸⁶ Ibid., Rdnr. 51.

⁸⁷ Vgl. EuGH, verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland*, Slg. 2004, I-123, Rdnr. 71 ff.; EuG, verb. Rs. T-305/94 bis T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschaappij*, Slg. 1999, II-931, Rdnr. 122.

⁸⁸ EuG, Rs. T-67/01, *JCB Service*, Slg. 2004, II-49, Rdnr. 40 ff.; EuG, verb. Rs. T-5/00 und T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging*, Slg. 2003, II-5761, Rdnr. 74.

meine Bedachtsamkeitspflicht. Sie müssen dafür sorgen, dass in ihren Büchern oder Archiven alle Unterlagen, die es ermöglichen, ihre Tätigkeit nachzuvollziehen, gut aufbewahrt werden, damit sie insbesondere für den Fall gerichtlicher oder verwaltungsbehördlicher Maßnahmen über die nötigen Beweise verfügen.⁸⁹

2. Rechtliches Gehör und Recht auf Akteneinsicht

Der Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs und das diesem „akzessorische“ Akteneinsichtsrecht stellen grundlegende Verteidigungsrechte dar. Im Rahmen des Voruntersuchungsverfahrens kommt ihnen allerdings eine marginale Rolle zu. Dieser Umstand ist Ausdruck der dem Ermittlungsverfahren immanenten eigenen inneren Logik.⁹⁰ In begrifflicher Hinsicht ging der Gerichtshof nicht immer widerspruchsfrei vor.⁹¹ Während in der Rechtssache *National Panasonic*⁹² der EuGH explizit einen Anspruch auf rechtliches Gehör im Voruntersuchungsverfahren negierte,⁹³ stellte dieser in den Entscheidungen *Dow Benelux*⁹⁴ und *Dow Chemical Iberica*⁹⁵ fest, dass die „Wahrung der Rechte der Verteidigung als Grundsatz von fundamentalem Charakter nicht nur in Verwaltungsverfahren, die zu Sanktionen führen können, gewährleistet sein [muss], sondern auch in Voruntersuchungsverfahren“⁹⁶ und dass demnach „insbesondere die Erfordernisse zu berücksichtigen [sind], die sich aus der Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ergeben“.⁹⁷ Mit den Urteilen in den Rechtssachen *Orkem*⁹⁸ und *Dalmine*⁹⁹ stellte der Gerichtshof den *status quo ante* des „National Panasonic“-Urteils unter Verweis auf die unterschiedliche Zielsetzung der beiden Verfahrensabschnitte im Kommissionsverfahren wieder her.

⁸⁹ Ibid., Rdnr. 87.

⁹⁰ Siehe unter B.II.1.

⁹¹ Siehe *Nowak/Pombo*, (Fn. 13), Rdnr. 44.

⁹² EuGH, Rs. 136/79, *National Panasonic*, Slg. 1980, 2033, Rdnr. 21.

⁹³ Danach sei der Anspruch auf rechtliches Gehör vor Erlass einer die beteiligten Unternehmen berührenden Entscheidung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren gegeben, die auf die Abstellung einer Zuwiderhandlung oder auf Feststellung einer Rechtswidrigkeit gerichtet sind. Im Voruntersuchungsverfahren (im konkreten Fall im Nachprüfungsverfahren) sei dies gerade nicht der Fall.

⁹⁴ EuGH, Rs. 85/87, *Dow Benelux*, Slg. 1989, 3137, Rdnr. 25 f.

⁹⁵ EuGH, verb. Rs. 97/87 bis 99/87, *Dow Chemical Iberica*, Slg. 1987, 3165, Rdnr. 11 f.

⁹⁶ Ibid., Leitsatz 4.

⁹⁷ Ibid., Rdnr. 25.

⁹⁸ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283, Rdnr. 24 ff.

⁹⁹ EuGH, Rs. C-407/04 P, *Dalmine*, Slg. 2007, I-829, Rdnr. 59.

Dass den betroffenen Unternehmen im Rahmen des Voruntersuchungsverfahrens ein Mindestmaß an Information zukommen muss, um im anschließenden „streitigen“ Verfahrensabschnitt deren Verteidigungsrechte wirkungsvoll in Anspruch nehmen zu können, stellt die jüngere Rechtsprechung nunmehr emphatisch fest.¹⁰⁰ Insoweit erleben die zuvor erwähnten Urteile *Dow Benelux* sowie *Dow Chemicals Iberica* eine Renaissance, als der Gerichtshof schon damals erkannte, dass auch im Ermittlungsverfahren der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht „in nicht wiedergutzumachender Weise beeinträchtigt [werden darf]“.¹⁰¹ Im Folgenden soll der materielle Gehalt der beiden Verteidigungsrechte analysiert und deren praktische Implikationen im Ermittlungsverfahren der Kommission untersucht werden.

a) Rechtliches Gehör

Die Gewährung rechtlichen Gehörs gehört zu den wichtigsten Verteidigungsrechten¹⁰² und stellt einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts dar.¹⁰³ Dieser muss in allen Verfahren (auch Verwaltungsverfahren), die zu Sanktionen führen, namentlich zu Geldbußen oder Zwangsgeldern, beachtet werden.¹⁰⁴ Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst insbesondere die Verpflichtung, dem betroffenen Unternehmen Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der behaupteten Tatsachen und Umstände sowie zu den Unterlagen, welche die Kommission für ihre Behauptung des Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln herangezogen hat, Stellung zu nehmen.¹⁰⁵ Er muss auch in Ermangelung einer sekundärrechtlichen Ausgestaltung gewahrt werden.¹⁰⁶ Der Grundsatz wurde nunmehr im Sekundärrecht nach Art. 27 Abs. 1 sowie Art. 11 Verordnung Nr. 773/2004 positiviert. Umfang und Reichweite der Verteidigungsrechte in einem Verfahren hängen vom Status als Partei, Beschwerdeführer¹⁰⁷ oder Dritter¹⁰⁸ ab.

¹⁰⁰ EuG, Rs. T-99/04, *AC-Treuband*, Rdnr. 66 m.w.N., noch nicht in amtl. Slg.

¹⁰¹ EuGH, verb. Rs. 97/87 bis 99/87, *Dow Chemical Iberica*, Slg. 1987, 3165, Rdnr. 26.

¹⁰² Vgl. *Skouris/Kraus*, (Fn. 24), Rdnr. 385.

¹⁰³ EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461, Rdnr. 9; EuGH, verb. Rs. 100/80 bis 103/80, *Pioneer*, Slg. 1983, 1825, Rdnr. 10.

¹⁰⁴ EuGH, verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland*, Slg. 2004, I-123, Rdnr. 64; EuGH, Rs. C-3/06 P, *Danone*, Slg. 2007, I-1331, Rdnr. 68.

¹⁰⁵ EuGH, verb. Rs. 100/80 bis 103/80, *Pioneer*, Slg. 1983, 1825, Rdnr. 10; siehe auch *Klees*, (Fn. 66), Rdnr. 36.

¹⁰⁶ EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461; EuGH, Rs. C-32/95 P, *Lisrestal*, Slg. 1996, I-5373, Rdnr. 21.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 27 Abs. 1 („eng in das Verfahren einzubinden“) i.V.m. Art. 6 VO (EG) Nr. 773/2004.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 27 Abs. 3 i.V.m. Art. 13. Siehe auch *Klees*, Beteiligung Dritter in Kartellverfahren – EuG Österreichische Postsparkasse, EWS 2006, S. 395 ff. Hinsichtlich der Beteiligung von End-

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs stellt einen Verfahrensfehler dar.¹⁰⁹ Allerdings führt nicht jede Zuwiderhandlung zur Rechtswidrigkeit der Kommissionsentscheidung. Das betroffene Unternehmen muss darlegen, dass die verfahrensabschließende Entscheidung bei Gewährung rechtlichen Gehörs anders ausgefallen wäre.¹¹⁰ Die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung aufgrund eines reinen Verfahrensfehlers begründet dann keinen Anspruch auf eine erneute Anhörung, wenn die zweite Entscheidung inhaltlich im Wesentlichen identisch ist und auf denselben Beschwerdepunkten fußt.¹¹¹ Hinsichtlich jener Beweise, welche in der Mitteilung der Beschwerdepunkte unberücksichtigt geblieben sind, der Entscheidung aber zugrunde liegen, besteht keine Verpflichtung, die betroffenen Personen anzuhören, sofern die Parteien bei vernünftiger Betrachtung hätten ableiten können, welche Schlüsse die Kommission aus ihnen ziehen würde.¹¹² Dass das Anhörungsrecht nicht bloß einen „Papiertiger“ darstellt, hat das Urteil *Schneider Electric* untermauert. Die Verletzung des Anhörungsrechts durch die Kommission qualifizierte das EuG in diesem Fall als eine offenkundige und erhebliche Überschreitung ihrer Grenzen, ein Umstand, der einen „hinreichend qualifizierten Verstoß einer Rechtsnorm, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen“, darstellt.¹¹³ Somit sind die Haftungsvoraussetzungen für normatives Unrecht erfüllt und begründen eine außervertragliche Haftung der Kommission nach Art. 288 Abs. 2 EG.¹¹⁴

b) Recht auf Akteneinsicht

Das Korrelat des Anhörungsrechts ist das Recht auf Akteneinsicht.¹¹⁵ Es zählt zu den Verfahrensgarantien, welche die Verteidigungsrechte schützen und insbesondere die effektive Ausübung des Anhörungsrechts sicherstellen sollen.¹¹⁶ Den Verfahrensbeteiligten soll die Möglichkeit eingeräumt werden, von den Beweis-

verbrauchern im Kartellverfahren siehe EuG, verb. Rs. T-213/01 und T-214/01, *Österreichische Postsparkassen*, Slg. 2006, II-1601, Rdnr. 113.

¹⁰⁹ Ritter, in: Immenga/Mestmäcker, (Fn. 78), Art. 27, Rdnr. 2.

¹¹⁰ EuG, Rs. T-86/95, *Compagnie générale maritime*, Slg. 2002, II-1001, Rdnr. 470; EuGH, verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland*, Slg. 2004, I-123, Rdnr. 75.

¹¹¹ EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 87.

¹¹² EuG, verb. Rs. T-191/98, T-212/98 und T-214/98, *Atlantic Container Line*, Slg. 2003, II-3275, Rdnr. 162 m.w.N.

¹¹³ EuG, Rs. T-351/03, *Schneider Electric*, Slg. 2007, II-2237, Rdnr. 156.

¹¹⁴ Siehe Ruffert, in: *Callies/Ruffert*, (Fn. 26), Art. 288 EG, Rdnr. 58 ff.

¹¹⁵ Vgl. Gundel, in: Ehlers, (Fn. 25), S. 507; Ortiz Blanco, (Fn. 25), S. 24 ff.

¹¹⁶ EuG, verb. Rs. T-191/98, T-212/98 und T-214/98, *Atlantic Container Line*, Slg. 2003, II-3275, Rdnr. 334 m.w.N.; EuG, Rs. T-52/03, *Knauf Gips*, Rdnr. 38, noch nicht in aml. Slg.

stücken in den Akten der Kommission¹¹⁷ Kenntnis zu nehmen, damit sie sinnvoll zu den Schlussfolgerungen Stellung nehmen können, zu denen die Kommission in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte aufgrund dieser Beweisstücke gelangt ist¹¹⁸ (Prinzip der Waffengleichheit¹¹⁹). Dadurch soll eine wirksame Inanspruchnahme der Verteidigungsrechte gewährleistet werden,¹²⁰ die zu den tragenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehören und auch in Art. 6 EMRK verankert sind.¹²¹ Durch die Positivierung in Art. 27 Abs. 2 Satz 2 (i.V.m. Art. 15 Verordnung Nr. 773/2004)¹²² des schon in der „Hoffmann-La Roche“-Entscheidung¹²³ *expressis verbis* anerkannten Rechts auf Akteneinsicht wird dieses nunmehr auf eine rechtlich sichere Grundlage gestellt.¹²⁴ Analog zum Anhörungsrecht variiert der Umfang des Akteneinsichtsrechts je nach Status im jeweiligen Kartellverfahren vor der Kommission.

Eine Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht kann nicht autonom gerügt werden. Vielmehr muss dies inzident über die Anfechtung der verfahrensabschließenden Entscheidung erfolgen.¹²⁵ Wurden belastende Schriftstücke nicht übermittelt, so muss das betroffene Unternehmen darlegen, dass das Ergebnis der Entscheidung anders ausgefallen wäre, hätte die Kommission das nicht übermittelte Schriftstück nicht verwertet.¹²⁶ Wurden hingegen dem Unternehmen entlastende Schriftstücke

¹¹⁷ Die „Akte der Kommission“ besteht aus sämtlichen Schriftstücken und Dokumenten, die von der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission während des Verfahrens erhalten, erstellt oder zusammengestellt wurden. Als Dokumente sind dabei sämtliche Formen der Informationsaufbereitung unabhängig vom verwendeten Medium zu verstehen, vgl. Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Artikel 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens unter der VO (EG) Nr. 139/2004, ABl. Nr. C 325 v. 22.12.2007, S. 7, Rdnr. 8.

¹¹⁸ EuG, Rs. T-52/03, *Knauf Gips*, Rdnr. 38, noch nicht in amtl. Slg. Siehe auch *Schwarze/Weitbrecht*, (Fn. 8), Rdnr. 14.

¹¹⁹ EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Cimenteries*, Slg. 2000, II-491, Rdnr. 143; *Ortiz Blanco*, (Fn. 25), S. 24.

¹²⁰ EuGH, Rs. C-51/92 P, *Hercules Chemicals*, Slg. 1999, I-4235, Rdnr. 76.

¹²¹ EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 316.

¹²² Siehe auch Mitteilung der Kommission, (Fn. 117).

¹²³ EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461, Rdnr. 11; *de Bronett*, Akteneinsicht in das Wettbewerbsverfahren der Europäischen Kommission, WUW 1997, S. 384.

¹²⁴ *Klees*, (Fn. 66), Rdnr. 53.

¹²⁵ EuGH, Rs. C-51/92 P, *Hercules Chemicals*, Slg. 1999, I-4235, Rdnr. 78; EuG, verb. Rs. T-305/94 bis T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 1999, II-931, Rdnr. 317.

¹²⁶ EuGH, verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland*, Slg. 2004, I-123, Rdnr. 71.

nicht übermittelt, so muss das betroffene Unternehmen nur nachweisen, dass dadurch der Verfahrensablauf und der Inhalt der Entscheidung zu Ungunsten dieses Unternehmens beeinflusst wurde.¹²⁷ Es genügt, dass das Unternehmen darlegt, dass es die fraglichen entlastenden Schriftstücke zu seiner Verteidigung hätte einsetzen können.¹²⁸

c) Besonderheiten im Voruntersuchungsverfahren

Die betroffenen Unternehmen können im Voruntersuchungsverfahren ihre Verteidigungsrechte nicht umfassend geltend machen.¹²⁹ Denn erst im kontradiktorischen Abschnitt werden die Parteien durch die Mitteilung der Beschwerdepunkte über alle wesentlichen Gesichtspunkte informiert, auf die sich die Kommission in diesem Verfahrensstadium stützt. Aufgrund dessen wird ein Akteneinsichtsrecht erst im zweiten Abschnitt des Verwaltungsverfahrens gewährt. Das Voruntersuchungsverfahren dient der Kommission dazu, alle relevanten Elemente zur Bestätigung einer vermuteten Zuwiderhandlung gegen die europäischen Wettbewerbsvorschriften zusammenzutragen und dadurch eine Positionierung hinsichtlich des weiteren Prozederes im Verfahren vornehmen zu können.¹³⁰ Eine Erreckung des Rechts auf Zugang zu den Akten auf diese Phase des Kartellverfahrens würde nämlich die Effizienz der Untersuchungsbefugnisse beeinträchtigen.¹³¹ Unter Grundrechtsschutzerwägungen ist dies nicht zu beanstanden.¹³² Der Gerichtshof schlussfolgert im Rahmen einer Abwägung der Rechtsgüter der effizienten Durchführung der Ermittlungsbefugnisse und dem Schutz von Individualrechtspositionen, dass eine Gewährleistung des Anhörungs- und des Akteneinsichtsrechts schon im Voruntersuchungsverfahren die Ermittlungsbefugnisse jedweder Effizienz berauben würde, da die Kommission im gegenteiligen Falle verpflichtet wäre, die betroffenen Unternehmen etwa im Falle von unangemeldeten Nachprüfungen nach Art. 20 (*dawn raids*) vor deren Vornahme anzuhören und ihnen diese anzukündigen. Allerdings werden die Rechtspositionen der Unternehmen im Voruntersuchungsverfahren nicht irreversibel untergraben.¹³³ Durch

¹²⁷ Ibid., Rdnr. 74; EuG, Rs. T-30/91, *Solvay*, Slg. 1995, II-1775, Rdnr. 68.

¹²⁸ EuG, Rs. T-51/92 P, *Hercules Chemicals*, Slg. 1999, II-4235, Rdnr. 81; EuGH, verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland*, Slg. 2004, I-123, Rdnr. 75.

¹²⁹ Ibid., Rdnr. 66 f.; EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 315 f.; EuGH, Rs. C-407/04 P, *Dalmine*, Slg. 2007, I-829, Rdnr. 59.

¹³⁰ EuG, Rs. T-99/04, *AC-Treuhand*, Rdnr. 47 m.w.N., noch nicht in amtl. Slg.

¹³¹ EuGH, Rs. C-407/04 P, *Dalmine*, Slg. 2007, I-829, Rdnr. 60. Siehe auch *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 1286 f.

¹³² So auch *Nowak/Pombo*, (Fn. 13), Rdnr. 46.

¹³³ Vgl. in diesem Zusammenhang *ibid.*

das Erfordernis, den Unternehmen bestimmte Informationen zu Gegenstand und Zweck der Ermittlungshandlungen¹³⁴ zur Verfügung zu stellen, soll unterbunden werden, die Verteidigungsrechte in diesem Abschnitt des Verwaltungsverfahrens in nicht wiedergutzumachender Weise zu beeinträchtigen.¹³⁵

3. Angabe von Gegenstand und Zweck der Ermittlungshandlungen

Trotz der eben beschriebenen höchstrichterlichen Verneinung eines Anhörungs- und Akteneinsichtsrechts im Voruntersuchungsverfahren impliziert die Vornahme von Ermittlungshandlungen, insbesondere von Nachprüfungen nach Art. 20 und Auskunftsverlangen gemäß Art. 18, den Vorwurf einer Zuwiderhandlung, ein Umstand, welcher erhebliche Auswirkungen auf die Situation des unter Verdacht stehenden Unternehmens haben kann.¹³⁶ Auch wenn das betroffene Unternehmen nicht den Status eines „Beschuldigten“ im formellen Sinne besitzt, so lässt sich die Einleitung einer Untersuchung gegen dieses Unternehmen aus materieller Sicht prinzipiell nicht vom Vorwurf einer Zuwiderhandlung gegen das EG-Wettbewerbsrecht trennen.¹³⁷ Aufgrund dessen stellte der Gerichtshof schon in der Rechtsache *Hoechst* emphatisch fest, dass die Verteidigungsrechte im Voruntersuchungsverfahren nicht in irreversibler Weise beeinträchtigt werden dürfen.¹³⁸ Die Kommission ist demzufolge verpflichtet, das von der Ermittlungsmaßnahme betroffene Unternehmen über Gegenstand und Zweck der laufenden Ermittlungen – als Ausfluss des Prinzips der Erforderlichkeit der Ermittlungsmaßnahme – zu informieren.¹³⁹ Der Umfang der Informationspflicht hängt davon ab, ob die Ermittlungshandlung auf einem einfachen Auskunftsverlangen (Art. 18 Abs. 2) bzw. einfachen Prüfungsauftrag (Art. 20 Abs. 3) oder auf einer verbindlichen Auskunftsentcheidung (Art. 18 Abs. 3) bzw. formellen Nachprüfungsentscheidung (Art. 20 Abs. 4) basiert, bei denen sich die Anforderungen aus ihrem zwingenden Charakter und ihren besonders intensiven Auswirkungen auf die Rechtsstel-

¹³⁴ Ausdrücklich verankert in Art. 18 Abs. 2 bzw. 3, Art. 19 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 bzw. 4, Art. 21 Abs. 2.

¹³⁵ Vgl. EuG, Rs. T-99/04, *AC-Treuhand*, Rdnr. 51, noch nicht in amtl. Slg.

¹³⁶ *Ibid.*, Rdnr. 50 m.w.N.

¹³⁷ In diesem Sinne auch EGMR, Nr. 40327/02, *Casse/Luxemburg*, Rdnr. 29 ff. und 71 f., zitiert in EuG, Rs. T-99/04, *AC-Treuhand*, Rdnr. 52 noch nicht in amtl. Slg.

¹³⁸ EuGH, verb. Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859, Rdnr. 15; EuG, Rs. T-99/04, *AC-Treuhand*, Rdnr. 51, noch nicht in amtl. Slg.

¹³⁹ Die Angabe des Zwecks stellt ein „grundlegendes Erfordernis“ dar. Das betroffene Unternehmen soll dadurch in die Lage versetzt werden, den Umfang seiner Mitwirkungspflicht zu erkennen und zugleich seine Verteidigungsrechte zu wahren, so EuG, Rs. T-34/93, *Société Générale*, Slg. 1995, II-545, Rdnr. 40.

lung des betroffenen Unternehmens ergeben.¹⁴⁰ Auf jeden Fall, also unabhängig von der Vornahme einer bloß formalen oder aber einer verbindlichen Ermittlungshandlung, muss durch die Begründung der Ermittlungshandlung das Unternehmen in die Lage versetzt werden, den Zweck und den Gegenstand der Ermittlungen nachvollziehen zu können. Neben der Angabe der vermuteten Zuwiderhandlung muss auch auf den Umstand verwiesen werden, dass es in Bezug auf die vermutete Zuwiderhandlung Vorwürfen ausgesetzt sein kann. Dadurch wird es dem Unternehmen ermöglicht, all diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, welche es für seine Exkulpierung als nützlich erachtet und folglich seine Verteidigung schon für den streitigen Verfahrensabschnitt, d.h. die Phase nach Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte, vorzubereiten.¹⁴¹

Die Gemeinschaftsgerichte sollen durch Angabe des Zwecks hingegen in die Lage versetzt werden, zu beurteilen, ob den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts entsprochen wurde.¹⁴² Diese Kontrolle ist aufgrund des durch die Ermittlungshandlung¹⁴³ verbundenen Eingriffs in die Individualsphäre des Unternehmens unverzichtbar.¹⁴⁴ Aufgrund der Geltung des Kausalitätserfordernisses führt eine unzulängliche Angabe des Gegenstands und Zwecks in der Ermittlungshandlung allerdings nicht per se zur Nichtigerklärung der betroffenen Entscheidung. Das betroffene Unternehmen muss nämlich den Nachweis erbringen, dass die fragliche Unregelmäßigkeit die Wirksamkeit seiner Verteidigung während des kontradiktorischen Abschnitts beeinträchtigt hat und dass der Ablauf dieses Verfahrens insgesamt und der Inhalt der Entscheidung der Kommission durch eine wirksamere Verteidigung hätten beeinflusst werden können.¹⁴⁵

4. Anspruch auf rechtlichen Beistand

Ein weiteres Korrelat des Anhörungsrechts stellt die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Rechtsbeistands dar.¹⁴⁶ Im Kartellverfahrensrecht sieht Art. 18 Abs. 4

¹⁴⁰ Vgl. hinsichtlich Nachprüfungen EuG, Rs. T-266/03, *CB*, Slg. 2007, II-83, Rdnr. 71; EuG, Rs. T-99/04, *AC-Treuband*, Rdnr. 56, noch nicht in amtl. Slg.

¹⁴¹ So *ibid.*

¹⁴² Kommission, Dealing with the Commission – notifications, complaints, inspections and fact-finding powers under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, 1997, http://ec.europa.eu/competition/publications/dealen1_en.pdf (2.3.2009), S. 28.

¹⁴³ Insb. Art. 18 und 20 VO (EG) Nr. 1/2003.

¹⁴⁴ So *Burrichter/Hauschild*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Art. 11 VO Nr. 17, Rdnr. 2.

¹⁴⁵ EuG, Rs. T-99/04, *AC-Treuband*, Rdnr. 58 f., noch nicht in amtl. Slg.; EuGH, verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland*, Slg. 2004, I-123, Rdnr. 71 ff.; EuG, verb. Rs. T-5/00 und T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging*, Slg. 2003, II-5761, Rdnr. 55 ff.

im Rahmen des Auskunftsverlangens die Möglichkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts vor. Im Kontext der Nachprüfungsbefugnis gemäß Art. 20 schweigt die Kartellverfahrensordnung diesbezüglich. Im Urteil *Hoechst*¹⁴⁷ hat der EuGH dem Anspruch auf juristischen Beistand auch während des Ermittlungsverfahrens den Rang eines wesentlichen Verteidigungsrechts zugesprochen.¹⁴⁸ Konform dieser Rechtsprechung weist die Kommission in der Praxis in einer *explanatory note*¹⁴⁹ die betroffenen Unternehmen auf das Recht hin, einen Rechtsbeistand hinzuzuziehen. Die Inanspruchnahme dieses Rechts darf aber nicht zu einer ungebührlichen Verzögerung der Nachprüfung führen.¹⁵⁰ In praxi müssen die Kommissionsbeamten mit ihren Ermittlungen nicht bis zum Eintreffen des Anwalts abwarten, sie gestehen aber dem Unternehmen eine Wartezeit zu, vorausgesetzt, es versichert, die Unterlagen in dem Zustand zu belassen, in welchem die Kommissionsbeamten diese bei ihrer Ankunft vorgefunden haben.¹⁵¹

5. Das „Legal Professional Privilege“

Im Rahmen der Ermittlungshandlungen kann die Kommission umfassende Einsicht in die Unterlagen der Unternehmen nehmen und Erläuterungen diesbezüglich verlangen. So sind die Adressaten eines Auskunftsverlangens nach Art. 18 zur aktiven Mitwirkung verpflichtet.¹⁵² Diese Mitwirkungspflicht konkretisiert sich in der Erteilung aller erforderlichen Auskünfte¹⁵³ sowie der Aushändigung derjenigen Dokumente, die sich auf Tatsachen beziehen, die dem Unternehmen

¹⁴⁶ *Ortiz Blanco*, (Fn. 25), S. 23 f.

¹⁴⁷ EuGH, verb. Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859, Rdnr. 16; siehe auch EuGH, Rs. C-94/00, *Roquette Frères*, Slg. 2002, I-9011, Rdnr. 46.

¹⁴⁸ Vgl. auch *Schwarze/Weitbrecht*, (Fn. 8), Rdnr. 31.

¹⁴⁹ Die Kommissionsbediensteten übergeben in der Regel im Rahmen der Durchführung einer Nachprüfung gem. Art. 20 bei der Ankunft eine *explanatory note*. Dies ist ein interner Vermerk, der nicht die Befugnisse der Inspektoren berührt, sondern erklärt, wie die Kommissionsbediensteten sich ausweisen, das Verfahren ablaufen wird und welche Rechte das Unternehmen hat.

¹⁵⁰ Kommission, *Dealing with the Commission*, (Fn. 142), S. 34 f.

¹⁵¹ Vgl. *Schwarze/Weitbrecht*, (Fn. 8), Rdnr. 31; siehe insoweit die großzügigere Handhabung der Kommission in der Sache *Mewac*, Entscheidung der Kommission v. 17.12.1992 in der Sache IV/32.447, ABl. Nr. L 20 v. 28.1.1993, S. 6, Rdnr. 7.

¹⁵² EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283, Rdnr. 22; EuG, Rs. T-34/93, *Société Générale*, Slg. 1995, II-545, Rdnr. 72.

¹⁵³ Art. 18 Abs. 1. Darunter zu verstehen sind dem Unternehmen bekannte Tatsachen und die sich in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283, Rdnr. 34. Übermittelt werden müssen Art und Umfang der Produktion, Marktstellung, Kalkulations- und Kostengrundlagen, so *Burrichter*, (Fn. 78), Art. 18, Rdnr. 54.

bekannt sind.¹⁵⁴ Die aus einer Nachprüfungsentscheidung gemäß Art. 20 Abs. 4 resultierende Duldungspflicht der betroffenen Unternehmen ist ebenfalls nicht bloß im passiven Sinne zu verstehen, sondern impliziert vielmehr eine aktive Mitwirkungspflicht, sofern dies für die Ausübung der Befugnisse der Kommission erforderlich ist. So sind nicht nur Bücher oder Geschäftsunterlagen vollständig vorzulegen und Fragen richtig zu beantworten,¹⁵⁵ sondern auch Räumlichkeiten zu bezeichnen, in welchen sich bestimmte Unterlagen befinden.

Den eben beschriebenen Mitwirkungspflichten sind aber Grenzen gesetzt. So kann sich ein Unternehmen der Vorlagepflicht von Dokumenten durch Berufung auf das Anwaltsprivileg (*legal professional privilege*) entziehen. Der Begriff des Anwaltsprivilegs umfasst dabei den Schutz des Schriftverkehrs zwischen einem unabhängigen Anwalt und seinem Mandanten zum Schutze der Verteidigungsrechte.¹⁵⁶ Als Ausprägung des Vertraulichkeits- und Geheimnisschutzes¹⁵⁷ musste der Gerichtshof aufgrund der fehlenden sekundärrechtlichen Normierung den Grundsatz prätorisch verfügen. Im *leading case AM&S*¹⁵⁸ wurde zum ersten Mal das Erfordernis anerkannt, dass es einem Einzelnen möglich sein muss, „sich völlig frei an einen Rechtsanwalt zu wenden, zu dessen beruflichen Aufgaben es gehört, unabhängige Rechtsberatung all denen zu erteilen, die danach fragen“.¹⁵⁹ Dieses Erfordernis eruiert der Gerichtshof aus einer Rechtsvergleichung der einzelstaatlichen Rechtsordnungen. Trotz bestehender Unterschiede ist die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant in allen Mitgliedstaaten unter vergleichbaren Voraussetzungen geschützt, „wenn der Schriftwechsel zum einen im Rahmen und im Interesse des Rechts des Mandanten auf Verteidigung geführt wird und zum anderen von unabhängigen Rechtsanwälten, d.h. von Anwälten ausgeht, die nicht durch einen Dienstvertrag an den Mandanten gebunden sind“.¹⁶⁰

Die genaue Konturierung des Schutzzumfanges *ratione materiae, ratione personae* und prozedurale Fragestellungen bezüglich des *legal professional privilege* waren immer wieder Gegenstand der Rechtsprechung *post AM&S*, welche ihren vorläufigen Höhepunkt im Urteil *Akzo Nobel und Akros* Ende des Jahres 2007 erreicht haben.¹⁶¹ Im Rechtsmittelverfahren wird dem Gerichtshof abermals die Gelegen-

¹⁵⁴ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283, Rdnr. 34; Kommission, Dealing with the Commission, (Fn. 142), S. 28. Kritisch hierzu *Burrichter*, (Fn. 78), Art. 18, Rdnr. 60.

¹⁵⁵ Ansonsten greifen die Bußgeldbestände des Art. 23.

¹⁵⁶ Vgl. EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575, Rdnr. 19.

¹⁵⁷ *Skouris/Kraus*, (Fn. 24), Rdnr. 389.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575.

¹⁵⁹ *Ibid.*, Rdnr. 18.

¹⁶⁰ *Ibid.*, Rdnr. 21.

heit geboten, in materieller wie formeller Hinsicht eine für beide Seiten „beste Lösung“ zu unterbreiten.¹⁶² Das Urteil dürfte Mitte 2009 zu erwarten sein.

a) Schutzbereich „ratione materiae“

Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Anwaltsprivilegs ist – neben dem Erfordernis eines unabhängigen Rechtsanwalts¹⁶³ – die Erteilung bzw. das Ersuchen um Rechtsrat¹⁶⁴ zum Zwecke der Verteidigung. Anwaltlicher Schriftverkehr mit anderem Inhalt ist nicht erfasst. Die Form des Rechtsrats ist unbeachtlich: Dieser kann mündlich, schriftlich oder elektronisch erfolgen.¹⁶⁵ Der sachliche Schutzbereich erfasst mehrere Kategorien¹⁶⁶: Erstens den Schutz des Schriftwechsels auf die Kommunikation des Mandanten mit einem (externen) Anwalt¹⁶⁷ nach Eröffnung des Verfahrens für dessen gesamte Dauer bezüglich diejenigen Dokumente, welche mit dem Gegenstand dieses Verfahrens in Zusammenhang stehen.¹⁶⁸ Zweitens erstreckt sich der Schutzbereich nicht nur auf Rechtsfragen, sondern auch auf Angaben zum Sachverhalt des Falls.¹⁶⁹ Drittens sind unter bestimmten Voraussetzungen auch (unternehmens-) interne Dokumente vom Anwaltsprivileg geschützt.¹⁷⁰ Erfasst sind firmeninterne Schriftstücke, welche den Rechtsrat eines

¹⁶¹ EuG, verb. Rs. T-125/03 und T-253/03, *Akzo Nobel und Akros*, Slg. 2007, II-4771. Siehe auch *Seitz*, Der Vertraulichkeitsschutz der Anwaltskorrespondenz im europäischen Wettbewerbsverfahren, EuZW 2008, S. 206.

¹⁶² Gegen das Urteil des EuG wurde am 8.12.2007 Rechtsmittel eingelegt, EuGH, Rs. C-550/07 P, *Akzo Nobel und Akros*. Die folgenden Ausführungen sind demnach nicht rechtskräftig, geben aber eine erste Orientierung.

¹⁶³ Siehe unter B.IV.5.b).

¹⁶⁴ „Rechtsrat ist die Einschätzung des Anwalts, ob bestimmte Verträge, Vertragsentwürfe, oder sonstige Verhaltensweisen mit europäischem oder nationalem Wettbewerbsrecht übereinstimmen, Prognosen hinsichtlich zu erwartender Sanktionen und Empfehlungen zum Vorgehen gegenüber den Wettbewerbsbehörden“ so *Miersch*, in: Dalheimer/Feddersen/Miersch (Hrsg.), Kommentar zur VO 1/2003, vor Art. 17, Rdnr. 33.

¹⁶⁵ *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, EG-KartellVO, 2004, Vorbemerkungen zu Art. 17 VO (EG) Nr. 1/2003, Rdnr. 348.

¹⁶⁶ Siehe *Seitz*, (Fn. 161), S. 207.

¹⁶⁷ Der Schriftwechsel wird in beiden Richtungen geschützt, also das Ersuchen des Mandanten auf Rechtsrat und umgekehrt die Erteilung von Rechtsrat von einem Anwalt, vgl. *Miersch*, (Fn. 164), Rdnr. 32.

¹⁶⁸ Vgl. auch Beschluss v. 4.4.1990 zu EuG, Rs. T-30/89, *Hilti*, Slg. 1990, II-163, Rdnr. 13. Zur Qualifikation des „Zusammenhangs“ siehe *Bischke*, in: Münchener Kommentar, (Fn. 24), vor Art. 17 VO (EG) Nr. 1/2003, Rdnr. 59.

¹⁶⁹ *Ibid.*, Rdnr. 19; *Miersch*, (Fn. 164), Rdnr. 33.

¹⁷⁰ EuG, Rs. T-30/89, *Hilti*, Slg. 1990, II-163, Rdnr. 18.

unabhängigen Anwalts wiedergeben¹⁷¹ wie auch Dokumente, die den Wortlaut der Anwaltskorrespondenz wiedergeben.¹⁷²

In der Literatur war die rechtliche Subsumtion sogenannter vorbereitender Dokumente, d.h. jener Dokumente, die ein Unternehmen einem Anwalt zu Zwecken der Vorbereitung auf einen Fall übermitteln will, unter das Anwaltsprivileg umstritten.¹⁷³ Der Präsident des EuG bejahte diese Frage in einem von *Akzo Nobel und Akros* angestrenzten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.¹⁷⁴ Demnach müsse dem Unternehmen die Möglichkeit eingestanden werden, Arbeitsunterlagen oder Übersichten zu erstellen, um dem Anwalt Informationen zum Verständnis des Zusammenhangs, der Art und der Bedeutung des Sachverhalts zukommen zu lassen. Dies gelte umso mehr in Verfahren, die von zahlreichen und komplexen Informationen gekennzeichnet sind, also in Verfahren der Zuwiderhandlung gegen Art. 81 und 82 EG.¹⁷⁵

Im Hauptsacheverfahren *Akzo Nobel und Akros*¹⁷⁶ folgte das EuG dem Beschluss des Präsidenten hinsichtlich der Notwendigkeit des Schutzes vorbereitender Dokumente durch das *legal privilege*, wenn auch unter engen Voraussetzungen. Insoweit schafft das Gericht erster Instanz eine neue, vierte Kategorie an schutzwürdigen Dokumenten. Denn auch vorbereitende Unterlagen, die nicht Gegenstand eines Schriftwechsels oder für die Übergabe an einen Rechtsanwalt erstellt worden sind, fallen in den Schutzbereich des *legal privilege*, vorbehaltlich der Voraussetzung, ausschließlich im Rahmen der Ausübung der Verteidigungsrechte eine rechtliche Beratung eines Anwalts anfordern zu wollen.¹⁷⁷ Allein der Umstand, dass ein Schriftstück Gegenstand einer Besprechung mit einem Rechtsanwalt war, ist noch nicht schutzbegründend.¹⁷⁸ Die betroffenen Unternehmen müssen dartun, dass diese Dokumente dem alleinigen Zweck der Einholung von

¹⁷¹ So kann etwa die firmeninterne Rechtsabteilung für Zwecke der Inkennzeichnung führender Mitarbeiter diesen den Rechtsrat des Anwaltes in Form einer Zusammenfassung zukommen lassen.

¹⁷² EuG, Rs. T-30/89, *Hilti*, Slg. 1990, II-163, Rdnr. 18.

¹⁷³ Dagegen *Miersch*, (Fn. 164), Rdnr. 39; dafür *Burrichter*, (Fn. 78), Rdnr. 54.

¹⁷⁴ Beschluss des Präsidenten des Gerichts erster Instanz v. 30.10.2003, EuG, verb. Rs. T-125/03 R und T-253/03 R, *Akzo Nobel und Akros*, Slg. 2003, II-4771; siehe ausführlich hierzu *Seitz*, Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg im europäischen Wettbewerbsverfahren, EuZW 2004, S. 231 ff. Der Beschluss wurde vom Präsidenten des Gerichtshofs aufgrund mangelnder Dringlichkeit wieder aufgehoben, Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs v. 27.9.2004, EuGH, verb. Rs. C-7/04 P (R), *Akzo Nobel und Akros*, Slg. 2004, I-8739, Rdnr. 41.

¹⁷⁵ Beschluss des Präsidenten des Gerichts erster Instanz v. 30.10.2003, EuG, verb. Rs. T-125/03 R und T-253/03 R, *Akzo Nobel und Akros*, Slg. 2003, II-4771, Rdnr. 102.

¹⁷⁶ EuG, verb. Rs. T-125/03 und T-253/03, *Akzo Nobel und Akros*, Slg. 2007, II-3523.

¹⁷⁷ So *ibid.*, Rdnr. 123.

¹⁷⁸ *Ibid.*

Rechtsberatung dienen und dass dieser Zweck sich unzweideutig aus dem Inhalt der Schriftstücke selbst oder aus dem Zusammenhang ergibt, in dem die Schriftstücke verfasst und aufgefunden wurden.¹⁷⁹

Vor allem unter praktischen Gesichtspunkten ist die Erweiterung des sachlichen Schutzbereichs des *legal privilege* zu begrüßen. Nicht die Frage des Zeitpunkts des Austausches eines Dokuments definiert seinen Inhalt, sondern allein der Zweck, zu welchem es erstellt wurde.¹⁸⁰

b) Schutzbereich „ratione personae“

Neben dem sachlichen Schutzbereich muss als weiteres konstitutives Element zur Gewährung des *legal professional privilege* der Schriftverkehr zwischen dem Mandanten und einem unabhängigen Rechtsanwalt erfolgen. Diese Anforderung eruierte der EuGH im Grundsatzurteil *AM&S*¹⁸¹ mittels einer wertenden Rechtsvergleichung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.¹⁸² Die gemeinsamen Kriterien konkretisieren sich in der Funktion des Anwalts als einem Mitgestalter der Rechtspflege, „der in völliger Unabhängigkeit und in deren vorrangigem Interesse dem Mandanten die rechtliche Unterstützung zu gewähren hat, die dieser benötigt“.¹⁸³ Vom Anwaltsprivileg ausgenommen ist folglich der Schriftverkehr zwischen dem Unternehmen und seinen Unternehmensjuristen (Syndikusanwälte oder *in-house lawyers*).¹⁸⁴

Die Einschränkung des persönlichen Geltungsbereichs durch das Erfordernis eines unabhängigen externen Rechtsanwalts ist in der Literatur¹⁸⁵ wie auch innerhalb der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit umstritten. So forderte Generalanwalt *Shynn* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *AM&S* eine Gleichsetzung von Unternehmensjuristen und externen Rechtsberatern, vorausgesetzt, erstere sind trotz ihres Arbeitsverhältnisses Mitglieder der Standesordnung sowie deren Regeln und ethischen Verpflichtungen unterworfen.¹⁸⁶ Dieser Ansicht schloss sich der Präsident des EuG im Beschluss *Akzo Nobel und Akros* mit der Begründung an, die Standesregeln für Anwälte in den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hät-

¹⁷⁹ Ibid. Rdnr. 124.

¹⁸⁰ Siehe auch *Seitz*, (Fn. 161), S. 207.

¹⁸¹ EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575, Rdnrn. 21, 22 und 27.

¹⁸² Ibid., Rdnr. 21.

¹⁸³ Ibid., Rdnr. 24.

¹⁸⁴ Ausführlich zur Entwicklung *Sladič*, Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Anwaltsprivileg, ZEuS 2007, S. 533 ff.

¹⁸⁵ Vgl. *inter alia Burrichter*, (Fn. 78), Rdnr. 49 m.w.N.

¹⁸⁶ Schlussanträge GA *Shynn* zu EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575.

ten *post AM&S* eine Weiterentwicklung dahingehend erfahren, als dass nunmehr die den unabhängigen Anwälten zuerkannte Funktion eines Mitgestalters der Rechtspflege „in gewissem Maß auch einigen Gruppen von auf Dauer in einem Unternehmen angestellten Rechtsberatern zufallen könnte, sofern sie strengen Standes- und Berufspflichten unterliegen“. ¹⁸⁷ Dieser progressiven Auslegung folgte das EuG im Hauptsacheverfahren *Akzo Nobel* nicht. Denn der EuGH habe in der Rechtssache *AM&S* ¹⁸⁸ den Begriff eines unabhängigen Rechtsanwalts negativ in dem Sinne definiert, dass dieser nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zu seinem Mandanten stehen darf und nicht im positiven Sinne nach der Zugehörigkeit zur Rechtsanwaltschaft oder der Unterwerfung unter die Berufs- und Standesregeln. Das Kriterium eines rechtlichen Beistandes „in völliger Unabhängigkeit“ ¹⁸⁹ impliziere den Beistand eines Rechtsanwalts, der strukturell, hierarchisch und funktional im Verhältnis zu dem von ihm beratenen Unternehmen ein Dritter ist. ¹⁹⁰ Eine wertende Gesamtschau der nationalen Verfassungstraditionen bestätige diese Rechtsprechung. ¹⁹¹ Untermauert wird das Erfordernis eines unabhängigen Rechtsanwalts mit dem *effet utile* und einer einheitlichen Anwendung der Ermittlungsbefugnisse der Kommission. ¹⁹²

Dadurch begründet das EuG ein *genuin* europäisches Anwaltsprivileg. Dies ist unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten notwendig. So könnte die Kommission im Falle von Untersuchungen bei Unternehmen, welche ihren Sitz in mehreren Mitgliedstaaten haben und in denen der Schutz des Anwaltsprivilegs unterschiedlich ausgestaltet ist, dieses Verteidigungsrecht untergraben, indem sie die erforderlichen Dokumente in dem Mitgliedstaat anfordert, in welchem der Schutz des Anwaltsprivilegs weniger stringent ausgestaltet ist. ¹⁹³

¹⁸⁷ Beschluss des Präsidenten des Gerichts erster Instanz v. 30.10.2003, EuG, verb. Rs. T-125/03 R und T-253/03 R, *Akzo Nobel und Akcros*, Slg. 2003, II-4771, Rdnr. 125; aufgehoben durch Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs v. 27.9.2004, EuGH, verb. Rs. C-7/04 P (R), *Akzo Nobel und Akcros*, Slg. 2004, I-8739, Rdnr. 41. Siehe zum Beschluss auch *Hofmann*, Eine Neubestimmung der Reichweite des Anwaltsprivilegs in Wettbewerbsverfahren?, EuZW 2003, S. 742; *Tosato/Bellodi*, Il nuovo diritto europeo della concorrenza, S. 145.

¹⁸⁸ EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575, Rdnr. 24.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*, Rdnr. 168.

¹⁹¹ *Ibid.*, Rdnr. 171.

¹⁹² *Ibid.*, Rdnr. 176.

¹⁹³ Vgl. *van der Hout*, in: Mäsch (Hrsg.), Praxiskommentar zum Kartellrecht, vor Art. 17 ff., 2009, i.E.

c) Prozedurale Aspekte zur Geltendmachung des Anwaltsprivilegs

Im Rahmen der Ermittlungshandlungen kann die Kommission alle für die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen erforderlichen Auskünfte einholen und Nachprüfungen vornehmen. Diese Befugnis ermächtigt die Kommission insbesondere, Einsicht in die Geschäftsunterlagen, d.h. in jene Unterlagen zu verlangen, die sich auf die Tätigkeit des Unternehmens auf dem Markt beziehen. Dieses Einsichtsrecht wird durch den Schutz des Anwaltsprivilegs konditioniert. Für die Geltendmachung des *legal professional privilege* zeichnet das Urteil *AM&S* ein dreistufiges Verfahren vor, welches das EuG in der Rechtssache *Akzo Nobel und Akros* präzierte.

Das betroffene Unternehmen muss diejenigen Dokumente, welche es unter Berufung auf das Anwaltsprivileg der Einsichtnahme entziehen will, als solche kenntlich machen (z.B. *protected by attorney/legal privilege*). Eine bloße Berufung auf die Herkunft reicht nicht aus, sondern den Kommissionsbediensteten müssen alle zweckdienlichen Angaben gemacht werden, welche die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant beweisen. Zweckdienlich sind unter anderen Angaben zum Verfasser und Empfänger des Schriftstücks, Erläuterungen zu Funktionen und Verantwortlichkeiten der Betroffenen sowie Erklärungen, zu welchem Zweck und in welchem Zusammenhang das Schriftstück erstellt wurde. Auch Hinweise bezüglich des Kontexts, in dem das Schriftstück gefunden wurde, die Art und Weise seiner Einordnung oder andere Unterlagen können die Kommissionsbediensteten von der Vertraulichkeit überzeugen.¹⁹⁴ Eine Offenlegung der Dokumente durch das betroffene Unternehmen ist allerdings nicht erforderlich.¹⁹⁵ In vielen Fällen reicht eine summarische Prüfung („Überfliegen“ der relevanten Dokumente hinsichtlich Briefkopf, Titel oder anderer oberflächlicher Merkmale) aus, damit sich die Kommissionsbediensteten von der besonderen Natur der Schriftstücke überzeugen können. Allerdings ist auch in diesem Zusammenhang das Unternehmen nicht verpflichtet, eine summarische Prüfung zu dulden, sofern ein bloßes Überfliegen ohne die Offenlegung der Dokumente nicht möglich ist.¹⁹⁶ Genau an dieser Stelle greift das Urteil *Akzo Nobel und Akros* verfahrensmodifizierend ein. Verweigerte ein Unternehmen die Einsichtnahme bzw. auch eine bloß summarische Prüfung der relevanten Dokumente und ist die Kommission vom durch das Anwaltsprivileg geschützten Inhalt nicht überzeugt, so musste nach dem Urteil *AM&S* die Beurteilung dieser Voraussetzungen auf gemeinschaftsrechtlicher (und nicht nationaler) Ebene erfolgen.¹⁹⁷ Die Kommission war gehalten, die Herausgabe der relevanten Schriftstücke mittels einer (ver-

¹⁹⁴ EuG, verb. Rs. T-125/03 und T-253/03, *Akzo Nobel und Akros*, Slg. 2007, II-3523, Rdnr. 80.

¹⁹⁵ EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575, Rdnr. 29; EuG, verb. Rs. T-125/03 und T-253/03, *Akzo Nobel und Akros*, Slg. 2007, II-3523, Rdnr. 82.

¹⁹⁶ *Ibid.*, Rdnr. 83.

¹⁹⁷ EuGH, Rs. 155/79, *AM&S*, Slg. 1982, 1575, Rdnr. 30.

bindlichen) Nachprüfungsentscheidung nach Art. 14 Abs. 3 Verordnung Nr. 17 (jetzt Art. 20 Abs. 4) unter Androhung von Buß- und Zwangsgeldern im Falle einer unterlassenen Folgeleistung zu erzwingen.¹⁹⁸ In der Literatur wurde dieses Verfahren als unbefriedigend empfunden. Der Kommission war es untersagt, die Schriftstücke vom Unternehmen zu entfernen, ein Umstand, welchem die Gefahr der Vernichtung oder Verfälschung der Dokumente immanent war.¹⁹⁹ Vor dem Hintergrund dieser prozeduralen Unzulänglichkeit machte die Kommission während der Nachprüfungen bei *Akzo Nobel und Akros* vom Verfahren des „versiegelten Umschlags“ Gebrauch. Sie hat von betreffenden Schriftstücken eine Kopie angefertigt und, in einem versiegelten Umschlag aufbewahrt, mitgenommen. Dieses Vorgehen rügten *Akzo Nobel und Akros* vor dem EuG als eine Verletzung des in der Rechtssache *AM & S* vorgezeichneten Verfahrens.²⁰⁰ Das EuG erkannte diese Vorgehensweise als legitim an, trägt sie doch zwei widerstreitenden Interessen Rechnung, nämlich der Effektivität des Ermittlungsverfahrens, indem der Kommission eine gewisse Kontrolle über die zu überprüfenden Unterlagen bleibt und sie deren Entziehung und Manipulation verhindern kann und dem Schutz des Anwaltsprivilegs, indem eine Verletzung durch Einsichtnahme vermieden wird.

In einem dritten Schritt kann das betroffene Unternehmen gegen die Nachprüfungsentscheidung²⁰¹ der Kommission Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 4 EG beim EuG einlegen.²⁰² Auch den hieraus resultierenden verfahrensrechtlichen Defiziten begegnet das EuG in der Entscheidung *Akzo Nobel und Akros*.

Gemäß Art. 242 Satz 1 EG und Art. 60 Abs. 1 EuGH-Satzung entfalten die im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Klagen und Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung. Dies bedeutet, dass der Betroffene auch nach Klageerhebung bzw. Einlegung des Rechtsmittels verpflichtet ist, die aus dem angefochtenen Akt resultierenden Gebote und Verbote zu befolgen.²⁰³ Zur Vermeidung nicht wiedergutmachender Schäden kann gemäß Art. 242 Satz 1 EG und Art. 243 EG einstweiliger Rechtsschutz beantragt werden. Dieser ist akzessorisch zur Klage im Hauptsacheverfahren, d.h. Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz sind nur zulässig, wenn und solange das Hauptsacheverfahren rechtshängig ist (Art. 104 § 1 EuG-VerfO).²⁰⁴ Aufgrund dieser strengen Akzessorietät kommt im Rahmen von Ent-

¹⁹⁸ Ibid., Rdnr. 31.

¹⁹⁹ Miersch, (Fn. 164), Rdnr. 43.

²⁰⁰ Siehe EuG, verb. Rs. T-125/03 und T-253/03, *Akzo Nobel und Akros*, Slg. 2007, II-3523, Rdnr. 82.

²⁰¹ Bzw. auch förmlichen Auskunftsverlangen nach Art. 18 Abs. 3.

²⁰² Dieses ist erstinstanzlich für alle Nichtigkeitsklagen natürlicher und juristischer Personen zuständig, vgl. Art. 225 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 51 EuGH-Satzung.

²⁰³ Siehe Ebricke, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 1. Aufl. 2003, Art. 243 EG, Rdnr. 1.

scheidungen im Ermittlungsverfahren *in praxi* kein vorläufiger Rechtsschutz in Betracht. Im Prinzip ist es nicht möglich, die Durchführung einer Nachprüfung durch Klage zu verhindern.²⁰⁵ Dieser Systemfehler²⁰⁶ wird durch ein Beweisverwertungsverbot korrigiert.²⁰⁷ Danach dürfen Informationen, welche im Rahmen einer rechtswidrig durchgeführten Nachprüfung erlangt wurden, nicht verwertet werden. Im gegenteiligen Fall ist die verfahrensabschließende Entscheidung rechtswidrig.²⁰⁸ Ein reines Verwertungsverbot werde aber dem besonderen Grundsatz des Vertraulichkeitsschutzes der Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant nicht gerecht.²⁰⁹ Deshalb solle die Kommission auch einem Kenntnisnahmeverbot²¹⁰ unterliegen, aufgrund dessen die Kommission, wenn sie einen entsprechenden Antrag der betroffenen Unternehmen auf Schutz der Vertraulichkeit ablehnend bescheidet, „vom Inhalt der betreffenden Unterlagen erst dann Kenntnis nehmen darf, wenn sie dem Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt hat, sachdienlich das Gericht anzurufen. Sie hat insoweit abzuwarten, bis die Frist für die Erhebung einer Klage gegen ihre Ablehnungsentscheidung abgelaufen ist, ehe sie Kenntnis vom Inhalt dieser Unterlagen nimmt“.²¹¹

d) Stellungnahme

Gegen das Urteil des EuG wurde Rechtsmittel zum EuGH eingelegt.²¹² Da das EuG die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs rezipiert, dürfte eine Zurückweisung des Rechtsmittels zu erwarten sein. Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte ist allerdings nicht statisch und das Urteil ist keineswegs als *stare decisis* zu verstehen. Insbesondere die Begründung der Ausnahme der Syndikusanwälte vom Anwaltsprivileg fußt auf der unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltung in den einzelnen Mitgliedstaaten. Sollte in den Mitgliedstaaten eine Tendenz hin in Richtung Schutz des Schriftverkehrs zwischen Unternehmen und seinen *in-*

²⁰⁴ Ibid., Rdnr. 11; Schwarze, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 242 EG, Rdnr. 8; siehe auch Wägenbaur, Die jüngere Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes, EuZW 1996, S. 328.

²⁰⁵ Vgl. Brei, Die Entscheidung des EuGH in der Rs. Roquette Frères, ZWeR 2004, S. 113 f.

²⁰⁶ So Feddersen, Anmerkungen zur Rs. Roquette Frères, EuZW 2003, S. 23.

²⁰⁷ Vgl. hierzu Seitz/Berg/Lohrberg, „Dawn raids“ im europäischen Kartellverfahren, WUV 2007, S. 725.

²⁰⁸ EuG, Rs. T-59/99, *Ventouris*, Slg. 2003, II-5257, Rdnr. 126; EuG, Rs. T-66/99, *Minoan Lines*, Slg. 2003, II-5515, Rdnr. 56.

²⁰⁹ EuG, verb. Rs. T-125/03 und T-253/03, *Akzo Nobel und Akros*, Slg. 2007, II-3523, Rdnr. 86.

²¹⁰ Seitz, (Fn. 161), S. 206.

²¹¹ EuG, verb. Rs. T-125/03 und T-253/03, *Akzo Nobel und Akros*, Slg. 2007, II-3523, Rdnr. 88.

²¹² EuGH, Rs. C-550/07 P, *Akzo Nobel*, eingelegt am 8.12.2007.

house counsels erfolgen, wäre auch die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit angehalten, diesen Entwicklungen mit der Begründung Rechnung zu tragen, dass seit der Rechtsprechung *AM & S* eine Weiterentwicklung der nationalen Verfassungstraditionen hin zur Subsumtion von Unternehmensjuristen unter das Anwaltsprivileg stattgefunden habe.²¹³

Die Ausweitung des Schutzzumfangs von einem Verbot der Beweisverwertung auf ein Kenntnismahnverbot der Kommission²¹⁴ trägt dem in der Literatur erhobenen Vorwurf eines Systemfehlers Rechnung,²¹⁵ dass im Rahmen der Nachprüfungsentscheidung nach Art. 20 Abs. 4 effektiver Rechtsschutz in der Praxis nur nachträglich möglich ist. Insofern statuiert das Verbot der Kenntnismahn eine Unterart vorläufigen Rechtsschutzes in dem Sinne, als die Kommission gehalten ist, eine Kenntnismahn der Schriftstücke erst nach (rechtskräftiger)²¹⁶ Entscheidung vorzunehmen.

6. Auskunftsverweigerungsrecht (Grundsatz des „*nemo tenetur se ipsum accusare*“)

a) Gegenstand und Rechtsgrundlage

Im Rahmen von Untersuchungen, insbesondere von Auskunftersuchen nach Art. 18²¹⁷ unterliegen die Unternehmen einer aktiven Mitwirkungspflicht.²¹⁸ Diese Mitwirkungspflicht spiegelt sich in den *verba legalia* des Art. 18 Abs. 1 wider, wonach die Unternehmen der Kommission alle „erforderlichen Auskünfte“ erteilen müssen. Diese aktive Mitwirkungspflicht als Ausprägung des *effet utile* der Kommissionsbefugnisse zur Durchsetzung der Wettbewerbsregeln (Art. 85 EG) steht dabei in einem Spannungsfeld mit dem Grundsatz des *nemo tenetur*.²¹⁹ Nach

²¹³ Siehe auch *Sauter*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H.I., § 3, Rdnr. 66.

²¹⁴ Siehe hierzu die Begründung des EuG, *ibid.*, Rdnr. 87.

²¹⁵ Siehe *Feddersen*, (Fn. 206), S. 23.

²¹⁶ Insoweit sind die Fristen in Art. 230 Abs. 5 EG i.V.m. Art. 102 §§ 1 und 2 VerfO EuG zu berücksichtigen. Art. 230 Abs. 5 EG bestimmt, dass ab Bekanntgabe, Mitteilung oder Kenntnismahn der Handlung die Zweimonatsfrist zu laufen beginnt. Art. 102 §§ 1 und 2 VerfO EuG konkretisieren diese Frist: Diese beginnt ab dem 14. Tag nach Veröffentlichung der Maßnahme im Amtsblatt der Gemeinschaften. Zudem ist eine pauschale 10-tägige Entfernungsfrist zu berücksichtigen, siehe auch *Booß*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. II, EL 2000, Art. 230 EG, Rdnr. 84 ff.

²¹⁷ Relevant ist der Grundsatz des Selbstbeachtungsverbots auch im Rahmen der Nachprüfungsbefugnis gemäß Art. 20, v.a. hinsichtlich Abs. 2 lit. e), wonach die Kommission Erläuterungen zu Tatsachen oder Unterlagen verlangen kann, die mit Gegenstand und Zweck der Nachprüfung in Zusammenhang stehen; vgl. auch *Nowak/Pombo*, (Fn. 13), Rdnr. 36.

²¹⁸ EuG, Rs. T-34/93, *Société Générale*, Slg. 1995, II-545, Rdnr. 72.

²¹⁹ Vgl. *Skouris/Kraus*, (Fn. 24), Rdnr. 390.

dem Scheitern einer sekundärrechtlichen Verankerung eines Selbstbezüglichungsverbots²²⁰ musste dieser Grundsatz durch den EuGH prätorisch verfügt werden.²²¹ Diesem Grundsatz zufolge ist niemand gehalten, sich selbst zu inkriminieren. Im Kontext des Kartellverfahrens würde dies bedeuten, dass niemand (im Rahmen der Mitwirkungspflicht) verpflichtet werden kann, Informationen zu erteilen, welche die eigene Schuld an einer Zuwiderhandlung gegen Art. 81 oder 82 EG beweisen.

Ein solches Auskunftsverweigerungsrecht gilt im europäischen Kartellrecht aber nicht absolut.²²² In diesem Zusammenhang gibt Erwägungsgrund 23 Verordnung Nr. 1/2003 die gegenwärtige Judikatur wieder: „Unternehmen, die einer Entscheidung der Kommission nachkommen, können nicht gezwungen werden, eine Zuwiderhandlung einzugestehen; sie sind auf jeden Fall aber verpflichtet, Fragen nach Tatsachen zu beantworten und Unterlagen vorzulegen, auch wenn die betreffenden Auskünfte dazu verwendet werden können, den Beweis einer Zuwiderhandlung durch die betreffenden oder andere Unternehmen zu erbringen“. Aufgrund dieser Differenzierung kann der Anwendungsbereich des „nemo tenetur“-Grundsatzes nur im Zuge einer Einzelfallbeurteilung bestimmt werden.²²³ Fallgruppen lassen sich der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte entnehmen. Diese sollen im Folgenden nachgezeichnet werden.²²⁴

b) Fallgruppen

Die Rechtssache *Orkem*²²⁵ bot dem Gerichtshof erstmals Gelegenheit, sich zum Bestehen eines Auskunftsverweigerungsrechts im europäischen Wettbewerbsrecht zu äußern. Dieses folge aus dem Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte als fundamentalem Grundsatz der Gemeinschaftsrechtsordnung. Das Bestehen eines eigenständigen Gemeinschaftsgrundrechts, wonach Unternehmen bei selbstbelastenden Auskünften ein Auskunftsverweigerungsrecht zustehe, verneinte der Gerichtshof.²²⁶ Zum einen erkennen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein Selbstbezüglichungsverbot nur natürlichen Personen im Rahmen eines Strafverfahrens zu. Eine Rechtsvergleichung rechtfertige somit nicht die Existenz eines

²²⁰ Siehe die Nachweise bei *Schwarze/Weitbrecht*, (Fn. 8), Rdnr. 32.

²²¹ Erstmals in EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283.

²²² So ausdrücklich EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke*, Slg. 2001, II-729, Rdnr. 66.

²²³ Eine Aufnahme des „nemo tenetur“-Grundsatzes unmittelbar in Art. 18 wurde in der Ratsgruppe heftig diskutiert, vgl. *Hossensfelder/Lutz*, Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag, WUW 2003, S. 127.

²²⁴ Vgl. *van der Hout*, (Fn. 193).

²²⁵ Urteil EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283.

²²⁶ Vgl. *Nowak/Pombo*, (Fn. 13), Rdnr. 36.

gemeinsamen „nemo tenetur“-Grundsatzes zugunsten juristischer Personen im Bezug auf Zuwiderhandlungen wirtschaftlicher Natur.²²⁷ Zum anderen ergebe sich weder aus dem Wortlaut des Art. 6 EMRK noch aus der diesbezüglichen Rechtsprechung des EGMR ein Recht auf Auskunftsverweigerung.²²⁸ Allerdings betonte der Gerichtshof, dass durch das Auskunftersuchen der Kommission nicht die Verteidigungsrechte der Unternehmen beeinträchtigt werden dürften. Das Spannungsfeld zwischen effektiver Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts und Wahrung der Verteidigungsrechte löste der Gerichtshof (etwas unklar) dahingehend, dass die Kommission das Unternehmen verpflichten kann, ihr alle „erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und ihr erforderlichenfalls die in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln, selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen“.²²⁹ Unzulässig wäre nur die Pflicht, solche Antworten zu erteilen, „durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat“.²³⁰ Dass diese Unterscheidung zu Recht in der Literatur kritisiert wird,²³¹ zeigt die Kommissionspraxis selbst. Danach wäre die Frage „an wie vielen Treffen mit ihren Wettbewerbern, in welchen sie gegen Art. 81 EG verstoßen haben, haben sie teilgenommen?“ unzulässig. Die Frage aber „an wie vielen Treffen mit ihren Wettbewerbern haben sie teilgenommen?“ ist unter dem Gesichtspunkt der Selbstinkriminierung bedenkenlos.²³²

Diese Rechtsprechung präzisierte das EuG in der Rechtssache *Mannesmann-Röhrenwerke*.²³³ Das Gericht erster Instanz untermauerte *expressis verbis* die Nichtanwendbarkeit des Art. 6 EMRK aufgrund der fehlenden Bindungswirkung der Konvention für das Gemeinschaftsrecht.²³⁴ Diese sei lediglich Rechtserkenntnisquelle.²³⁵ Das EuG leitet – in Analogie zur Entscheidung *Orkem* – ein Auskunftsverweigerungsrecht aus dem Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte ab.²³⁶ Dieses müsse mit der praktischen Wirksamkeit, dem *effet utile*, des Vor-

²²⁷ Ibid., Rdnr. 29.

²²⁸ Ibid., Rdnr. 30.

²²⁹ Ibid., Rdnr. 34.

²³⁰ Ibid., Rdnr. 35.

²³¹ Vgl. *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, S. 999.

²³² Kommission, *Dealing with the Commission*, (Fn. 142); siehe unter B.IV.6.d).

²³³ EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke*, Slg. 2001, II-729; siehe auch *Pache*, Anmerkungen zur Rs. Mannesmann-Röhrenwerke, EuZW 2001, S. 351 f., *Schwarze/Weitbrecht*, (Fn. 8), Rdnr. 34.

²³⁴ EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke*, Slg. 2001, II-729, Rdnr. 59.

²³⁵ Ibid., Rdnr. 60.

²³⁶ Ibid., Rdnr. 63.

untersuchungsverfahrens in Einklang gebracht werden.²³⁷ Aufgrund der prätorisch zementierten Mitwirkungspflichten der Unternehmen während der Vornahme der Ermittlungshandlungen sowie deren Verpflichtung, der Kommission Fragen zu rein tatsächlichen Gegebenheiten zu beantworten und nur die vorhandenen angeforderten Unterlagen zu übermitteln,²³⁸ könne im Rahmen des Voruntersuchungsverfahrens kein absolut geltendes Auskunftsverweigerungsrecht abgeleitet werden.²³⁹ Ein solches gelte nur insoweit, als Antworten verlangt werden, durch die das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestanden werden müsste. Diesen Nachweis müsse die Kommission erbringen.²⁴⁰ Hegt folglich die Kommission lediglich den Verdacht einer Zuwiderhandlung gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht, so kann sie die Unternehmen nicht zu allgemeinen Auskünften verpflichten, sondern sie muss konkrete Fragen stellen und Vorwürfe erheben. Fragen, mit denen die Kommission ein Unternehmen auffordert, ihr mitzuteilen, welche Themen bei den Zusammenkünften, an denen es teilgenommen habe, besprochen und welche Entscheidungen getroffen worden seien, verletzen es in seinen Verteidigungsrechten, da solche Fragen geeignet seien, das Unternehmen zum Eingeständnis seiner Beteiligung an einem Verstoß gegen Art. 81 und 82 EG zu zwingen.²⁴¹

Die „gekünstelte“²⁴² Unterscheidung zwischen der Auskunftspflicht hinsichtlich rein tatsächlicher Gegebenheiten sowie der Übermittlungspflicht vorhandener Unterlagen und dem Auskunftsverweigerungsrecht bei Fragen, durch welche das betreffende Unternehmen sich selbst belasten muss, stellt nach Auffassung des EuG keine Verletzung der Verteidigungsrechte und des Grundsatzes eines fairen Prozesses dar.²⁴³ Den Unternehmen sei es später im Verwaltungsverfahren oder in einem Verfahren vor dem Gemeinschaftsrichter möglich, seine Verteidigungsrechte auszuüben und zu beweisen, dass die in den Antworten mitgeteilten Tat-

²³⁷ Vgl. auch *Hilf/Hörmann*, (Fn. 50), S. 7.

²³⁸ EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke*, Slg. 2001, II-729, Rdnrn. 65 und 77. Diese umfassen Informationen über Zusammenkünfte der Unternehmen wie Ort, Namen der teilnehmenden Unternehmen, Protokolle der Treffen und der sie betreffenden Arbeitsunterlagen und vorbereitenden Unterlagen, handschriftlichen Aufzeichnungen, Notizen und Schlussfolgerungen sowie von Planungsdokumenten, Diskussionspapieren und Entwürfen zur Durchführung von Preiserhöhungen.

²³⁹ *Ibid.*, Rdnr. 66.

²⁴⁰ *Ibid.*, Rdnr. 67.

²⁴¹ *Ibid.*, Rdnr. 71.

²⁴² *Rengeling/Szczekalla*, (Fn. 231), S. 999.

²⁴³ EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke*, Slg. 2001, II-729, Rdnr. 77. Siehe ausführlich *Nehl*, Nachprüfungsbefugnisse der Kommission aus gemeinschaftsverfassungsrechtlicher Perspektive, in: *Behrens/Braun/Nowak*, (Fn. 75), S. 80 ff.

sachen oder die übermittelten Unterlagen eine andere als die ihnen von der Kommission beigemessene Bedeutung haben.²⁴⁴

Im Urteil *Limburgse Vinyl Maatschappij*²⁴⁵ musste sich der Gerichtshof mit grundlegenden Fragen des Auskunftsverweigerungsrechts im Kartellverfahren auseinandersetzen. Hinsichtlich der Verbürgungen des Art. 6 EMRK stellte der Gerichtshof fest, dass nach der Entscheidung in der Rechtssache *Orkem* in der Rechtsprechung des EGMR eine neue Entwicklung eingetreten sei.²⁴⁶ Die Rechtsmittelführer machten geltend, dass in den Urteilen *Funke*,²⁴⁷ *Saunders*²⁴⁸ und *J.B.*²⁴⁹ der EGMR nicht nur ein aus Art. 6 EMRK ableitbares Selbstbeichtigungsverbot statuiere, sondern ein solches Verbot in Straf- wie Verwaltungsverfahren beansprucht werden könne. Dass sich sowohl natürliche wie auch juristische Personen auf Art. 6 EMRK berufen können, hat der EuGH selbst in der Rechtssache *Orkem* anerkannt.²⁵⁰ Zwar schweigt der Gerichtshof hinsichtlich eines auf Art. 6 EMRK gründenden allgemeinen Selbstbeichtigungsverbots, er rezipiert die Rechtsprechung des EGMR aber dahingehend, dass nunmehr ein Verbot der Selbstbelastung in jenen Fällen gilt, in welchen ein Unternehmen zu einem Eingeständnis seiner Beteiligung an einem Wettbewerbsverstoß gezwungen wird.²⁵¹ Zwang ist dann gegeben, wenn das Unternehmen einer Auskunftspflicht unterliegt und im Falle der Weigerung Sanktionen drohen.²⁵² Aufgrund des Zwangselements bestätigte der Gerichtshof die vom EuG²⁵³ getroffene Differenzierung bezüglich des Anwen-

²⁴⁴ EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke*, Slg. 2001, II-729, Rdnr. 78.

²⁴⁵ EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 274.

²⁴⁶ Ibid.; siehe hierzu *Wesseling*, Case comment on *Limburgse Vinyl Maatschappij*, CMLR 2004, S. 1141 ff.

²⁴⁷ EGMR, Nr. 10828/84, *Funke/Frankreich*, Serie A256-A, Rdnr. 41 ff.

²⁴⁸ EGMR, Nr. 19187/91, *Saunders/Vereinigtes Königreich*, Slg. 1996-VI.

²⁴⁹ EGMR, Nr. 31827/96, *J.B./Schweiz*, Slg. 2001-III, Rdnr. 44.

²⁵⁰ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283, Rdnr. 30. An dieser Stelle sei angemerkt, dass auch das BVerfG juristischen Personen kein absolutes Auskunftsverweigerungsrecht zuerkennt, BVerfGE 95, 241 – Herausgabe von Sendemitschnitten, siehe *Rengeling/Szczekalla*, (Fn. 231), S. 1000.

²⁵¹ So explizit EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 275.

²⁵² So *Miersch*, (Fn. 164), Rdnr. 21; *Burrichter*, (Fn. 78), Rdnr. 37; EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 279.

²⁵³ EuG, verb. Rs. T-305/94 bis T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 1999, II-931, Rdnr. 455 ff.; bestätigt durch EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 277 ff.

dungsbereichs des „nemo tenetur“-Grundsatzes: Fordert die Kommission die erforderlichen Informationen im Rahmen eines einfachen Auskunftsverlangens gemäß Art. 18 Abs. 2 an und das Unternehmen antwortet, entfällt die Möglichkeit der Berufung auf ein Auskunftsverweigerungsrecht. Denn es besteht keine Pflicht seitens des Unternehmens zur Beantwortung des einfachen Auskunftsverlangens.²⁵⁴ Eine Auskunftsverweigerung ist nicht sanktionsbewehrt, da die Antworten freiwillig erteilt werden. Das Recht auf Auskunftsverweigerung ist sozusagen nach der getätigten Aussage verwirkt. Eine Auskunftsentscheidung nach Art. 18 Abs. 3 hingegen verpflichtet die Adressaten, die angeforderten Informationen zu erteilen. Ein Verstoß ist gemäß Art. 23 sanktionsbewehrt, weshalb die Kommission nur Fragen im Rahmen der oben zitierten Rechtsprechung anfordern darf. Jedenfalls kann die Weigerung oder die Unmöglichkeit, auf Auskunftsverlangen zu antworten, nicht als Nachweis für die Beteiligung eines Unternehmens an einem Kartell gewertet werden.²⁵⁵

In der Rechtssache *Aalborg Portland*²⁵⁶ nahm der Gerichtshof eine weitere Relativierung des Selbstbeziehungsverbots vor. Ausgehend von zwei Prämissen²⁵⁷ könne die Kommission Auskünfte von Mitgliedern einer Unternehmensvereinigung, durch welche andere Mitglieder derselben belastet werden, einholen. Eine Anerkennung eines Auskunftsverweigerungsrechts in dem Sinne, dass Mitglieder einer Unternehmensvereinigung vor Aussagen der anderen Mitglieder geschützt seien, „ginge über das zur Wahrung der Verteidigungsrechte der Unternehmen erforderliche Maß hinaus und würde zu einer ungerechtfertigten Behinderung der Kommission bei der Erfüllung ihrer Aufgabe führen, die darin besteht, die Einhaltung der Wettbewerbsregeln im Gemeinsamen Markt zu überwachen“.²⁵⁸

²⁵⁴ Vgl. EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Cimenteries*, Slg. 2000, II-491, Rdnr. 734; Kommission, *Dealing with the Commission*, (Fn. 142), S. 29.

²⁵⁵ EuG, verb. Rs. T-305/94 bis T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschaappij*, Slg. 1999, II-931, Rdnr. 489.

²⁵⁶ EuGH, verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland*, Slg. 2004, I-123.

²⁵⁷ Die aus Art. 85 EG resultierende Befugnis der Kommission, den Adressaten des Auskunftsverlangens zu den Handlungen aller übrigen betroffenen Unternehmen zu befragen sowie die den Unternehmen im Rahmen der Ermittlungshandlungen obliegenden aktive Mitwirkungspflicht, *ibid.*, Rdnr. 207.

²⁵⁸ *Ibid.*, Rdnr. 208, bestätigt insoweit EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Cimenteries*, Slg. 2000, II-491, Rdnr. 731 ff.

Einen ersten Versuch, die Trennlinie zwischen Erteilung selbstbelastender Auskünfte und Übermittlung rein tatsächlicher Gegebenheiten aufzuheben, vollzog das EuG in der Entscheidung *Tokai Carbon*.²⁵⁹ Danach gelte ein Auskunftsverweigerungsrecht auch „für die Ersuchen um Vorlage der Protokolle dieser Treffen und der sie betreffenden Arbeitsunterlagen und vorbereitenden Unterlagen, handschriftlichen Aufzeichnungen, Notizen und Schlussfolgerungen sowie von Planungsdokumenten, Diskussionspapieren und Entwürfen zur Durchführung von Preiserhöhungen“.²⁶⁰ Dieser Vorstoß wurde im Rechtsmittelverfahren *SGL Carbon*²⁶¹ zurückgewiesen. Die Pflicht zur Zusammenarbeit erlaube es dem Unternehmen nicht, sich dem Verlangen nach Vorlage von Dokumenten mit der Begründung zu entziehen, dass es sich selbst belasten müsste, wenn es ihnen nachkommen würde.²⁶² Das betreffende Unternehmen könne zur Wahrung seiner Verteidigungsrechte entweder während des Verwaltungsverfahrens oder im Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten geltend machen, dass die vorgelegten Dokumente einen anderen als den ihnen von der Kommission zugeschriebenen Sinn hätten.²⁶³

c) Kritik

In der Literatur wird die Ablehnung eines generellen Auskunftsverweigerungsrechts kontrovers diskutiert. Stein des Anstoßes ist die nach dem Urteil *Orkem* mit dem Urteil *Funke*²⁶⁴ einhergehende neue Entwicklung in der Rechtsprechung des EGMR.²⁶⁵ Der Argumentation, dass weder die nationalen Rechtsordnungen noch der Wortlaut des Art. 6 EMRK sowie die Rechtsprechung des EGMR ein generelles Selbstbeichtigungsverbot rechtfertigen,²⁶⁶ sei mit dem Urteil *Funke* die Grundlage entzogen worden.²⁶⁷ Die Straßburger Richter hätten sowohl explizit die Verankerung eines Selbstbeichtigungsverbots in Art. 6 Abs. 1 EMRK als auch impli-

²⁵⁹ EuG, verb. Rs. T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01, T-252/01, *Tokai Carbon*, Slg. 2004, II-1181.

²⁶⁰ Ibid., Rdnr. 408.

²⁶¹ EuGH, Rs. C-301/04 P, *SGL Carbon*, Slg. 2006, I-5915.

²⁶² Ibid., Rdnr. 48.

²⁶³ Ibid., Rdnr. 49.

²⁶⁴ EGMR, Nr. 10828/84, *Funke/Frankreich*, Serie A256-A, Rdnr. 41 ff.

²⁶⁵ Diese neue Entwicklung wird in EuGH verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 274 bestätigt.

²⁶⁶ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283, Rdnr. 30.

²⁶⁷ So *Burrichter/Hauschild*, (Fn. 144), Rdnr. 25; *Schwarze/Weitbrecht*, (Fn. 8), Rdnr. 33; *van Overbeek*, (Fn. 58), S. 132.

zit die Geltung dieses Verbots im Rahmen von Verwaltungsverfahren festgestellt. Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs habe der Gerichtshof selbst klargestellt, dass sich sowohl natürliche als auch juristische Personen auf die Verbürgungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK stützen können.²⁶⁸ Dieser These widerspricht in Abkehr seiner früheren Meinung²⁶⁹ *Burrichter*. Seiner Ansicht zufolge impliziere das Urteil *Funke* keine Ausweitung des Anwendungsbereiches *ratione personae* von Art. 6 Abs. 1 EMRK auch auf juristische Personen.²⁷⁰ Daran vermag auch der Umstand, dass der EuGH im Urteil *Orkem* den Geltungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK auch auf juristische Personen erstreckte, nichts zu ändern, da weder aus dem Wortlaut dieser Bestimmung noch aus der Rechtsprechung des EGMR ein Auskunftsverweigerungsrecht für Unternehmen entnommen werden könne.²⁷¹

d) Stellungnahme

Der Ansicht *Burrichters* dürfte im Ergebnis zu folgen sein, seinem Begründungsansatz aber nicht. Dass der persönliche Geltungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK sich auch auf juristische Personen erstreckt, ist weitgehend anerkannt.²⁷² Ein Rückgriff auf die „*Orkem*“-Rechtsprechung ist darüber hinaus nicht zielführend, da eine Änderung der Rechtsprechung des EGMR *post Orkem* höchstrichterlich bestätigt wurde.²⁷³ Eine Änderung der Gemeinschaftsjudikatur war nach Ansicht des EuGH aber nicht erforderlich, da die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte konform der des Menschenrechtsgerichtshofs war.²⁷⁴

Die Geltung eines beschränkten Auskunftsverweigerungsrechts im EG-Wettbewerbsrecht kann anhand der Grundrechtsmethodik des Gerichtshofs in Verbindung mit dem Urteil *Bosphorus*²⁷⁵ gerechtfertigt werden. Der letztgenannten Rechtsprechung zufolge bestehe eine widerlegbare Vermutung der Konventionsmäßig-

²⁶⁸ *Burrichter/Hauschild*, (Fn. 144), Rdnr. 25 mit Verweis auf EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283, Rdnr. 30.

²⁶⁹ Siehe *Burrichter/Hauschild*, (Fn. 144), Rdnr. 25 f.

²⁷⁰ *Burrichter*, (Fn. 78), Rdnr. 43.

²⁷¹ *Ibid.*, Rdnr. 44.

²⁷² Vgl. die Begründung von *Weiß*, Der Schutz des Rechts auf Aussageverweigerung durch die EMRK, NJW 1999, S. 2237; siehe auch *Meyer-Ladewig*, EMRK, 1. Aufl. 2003, Art. 6 EMRK, Rdnr. 53; *Frozwein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996, Art. 6 EMRK, Rdnr. 2.

²⁷³ EuGH, verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Slg. 2002, I-8375, Rdnr. 274.

²⁷⁴ *Ibid.*; siehe außerdem unter B.I.4.

²⁷⁵ EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus/Irland*, Slg. 2005-VI.

keit des unionalen Grundrechtsschutzes. Der vom Gerichtshof angewandte „relativierte Maximalstandard“, wonach zwischen den Individualinteressen und den Interessen der Gemeinschaft die „beste Lösung“ gefunden werden soll,²⁷⁶ müsse sowohl im Hinblick auf die materiellrechtlichen Gewährleistungen als auch im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Durchsetzung der EMRK gleichwertig sein.²⁷⁷ „Gleichwertig“ bedeute aber nicht „identisch“, denn ein identischer Grundrechtsschutz „*could run counter to the interest of international cooperation pursued*“.²⁷⁸ Die Vermutung der Konventionsmäßigkeit ist dann aufgehoben, wenn das Schutzniveau gemessen am EMRK-Standard „offensichtlich unzulänglich“ (*manifestly deficient*) ist.²⁷⁹ Zwar fehlt es an einer genauen Konturierung des „manifestly deficient“-Test, doch dürfte das vom EuGH vertretene beschränkte Auskunftsverweigerungsrecht die Voraussetzungen erfüllen. Einerseits besteht ein aus der Wahrung der Verteidigungsrechte resultierendes Auskunftsverweigerungsrecht für Unternehmen. Dass dieses nicht allgemein gilt, wird andererseits verfahrensrechtlich durch die Möglichkeit kompensiert, im Verwaltungsverfahren oder im Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten den Einwand erheben zu können, dass die vorgelegten Dokumente einen anderen als den ihnen von der Kommission zugeschriebenen Sinn hätten.²⁸⁰

Nichtsdestotrotz ist die von den Gemeinschaftsgerichten vorgenommene unscharfe Abgrenzung *ratione materiae* zwischen einer Auskunftspflicht bei rein tatsächlichen Gegebenheiten und einem Recht auf Auskunftsverweigerung bei inkriminierenden Fragen nicht vor Widersprüchlichkeiten gefeit. Denn letztendlich dürfte es wohl auf das Formulierungsgeschick der Kommission ankommen, ob die Frage ein Eingeständnis impliziert oder sich auf zulässige Tatsachenentscheidungen bezieht.²⁸¹ Dadurch wird die Rechtssicherheit konterkariert.²⁸² Eine Einzelfallbeurteilung analog zur Vorgehensweise des EuG in der Rechtssache *Tokai Carbon*, wonach auch ein Ersuchen um Vorlage von Dokumenten unter bestimmten Umständen zu einer Selbstbezüglichung führen kann,²⁸³ wäre daher zu begrüßen.

²⁷⁶ So war der Gerichtshof in der Rs. *Orkem* bemüht, einen Ausgleich zwischen der Aufrechterhaltung der praktischen Wirksamkeit des EG-Wettbewerbsrechts und den Verteidigungsinteressen der Unternehmen zu finden, so *Hilf/Hörmann*, (Fn. 50), S. 7.

²⁷⁷ *Bröhmer*, Die Bosphorus-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuZW 2006, S. 75.

²⁷⁸ EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus/Irland*, Slg. 2005-VI, Rdnr. 155.

²⁷⁹ *Ibid.*, Rdnr. 156.

²⁸⁰ EuGH, Rs. C-301/04 P, *SGL Carbon*, Slg. 2006, I-5915, Rdnr. 49.

²⁸¹ So *Burrichter/Hauschild*, (Fn. 144), Rdnr. 27; vgl. auch das unter B.IV.6.b) genannte Beispiel.

²⁸² Vgl. *Scholz*, Grundrechtsprobleme im europäischen Kartellrecht – Zur Hoechst-Entscheidung des EuGH, WUW 1990, S. 104.

²⁸³ EuG, verb. Rs. T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01, T-252/01, *Tokai Carbon*, Slg. 2004, II-1181, Rdnr. 407 f., aufgehoben durch EuGH, Rs. C-301/04 P, *SGL Carbon*, Slg. 2006, I-5915.

7. Schutz von Geschäftsräumen

Artikel 20 Abs. 2 lit. a) räumt der Kommission die Befugnis ein, alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel von Unternehmen zu betreten.²⁸⁴ Ferner schuf die Verordnung Nr. 1/2003 eine Rechtsgrundlage zur Durchführung von Nachprüfungen in Privatwohnungen bestimmter Unternehmensmitglieder.²⁸⁵ Aufgrund dessen stellt sich im Rahmen der Nachprüfungsbefugnisse gemäß Art. 20 und des neu eingeführten Art. 21 die Frage eines etwaigen grundrechtlichen Schutzes von Privatwohnungen und Geschäftsräumen.

a) Rechtsprechung

Im Grundsatzurteil *Hoechst*²⁸⁶ erkannte der Gerichtshof ein Gemeinschaftsgrundrecht der Unverletzlichkeit von Privaträumen natürlicher Personen an.²⁸⁷ Eingriffe der gemeinschaftlichen Hoheitsgewalt dürfen nur unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Wesensgehaltsgarantie sowie des allgemeinen Gesetzesvorbehalts vorgenommen werden.²⁸⁸ Deshalb muss die Nachprüfungsbefugnis in Privatwohnungen von Unternehmensmitgliedern im Lichte dieses Gemeinschaftsgrundrechts ausgelegt werden.²⁸⁹ Ein Gemeinschaftsgrundrecht auf Unverletzlichkeit von Geschäftsräumen verneinte der Gerichtshof mit der Begründung, dass die Rechtsordnungen in Bezug auf Art und Umfang des Schutzes von Geschäftsräumen gegen behördliche Eingriffe erhebliche Unterschiede aufweisen.²⁹⁰ Auch aus Art. 8 Abs. 1 EMRK sowie der Rechtsprechung des EGMR lasse sich eine Ausdehnung des Schutzes

²⁸⁴ Der Kommission kommt kein Durchsuchungsrecht zu. Im Rahmen der Nachprüfungsbefugnisse verfügt sie über eine Entscheidungs-, aber keine Vollstreckungskompetenz. Widersetzt sich ein Unternehmen einer Nachprüfungsentscheidung nach Art. 20 Abs. 4, muss sich die Kommission zur zwangsweisen Durchsetzung der nationalen Behörden bedienen, siehe EuGH, verb. Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859, Rdnr. 30 ff.; siehe auch *Schriebers*, Die Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission in Kartellverfahren, WUW 1993, S. 105.

²⁸⁵ Zur Begründung der Notwendigkeit einer solchen Befugnis siehe Erwägungsgrund 26; siehe die Nachweise bei *Burrichter*, (Fn. 78), Art. 21, Rdnr. 2, Fn. 2.

²⁸⁶ EuGH, verb. Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859.

²⁸⁷ *Ibid.*, Rdnr. 17; siehe auch EuGH, Rs. 85/87, *Dow Benelux*, Slg. 1989, 3137, Rdnr. 28; EuGH, verb. Rs. 97/87, 98/87 und 99/87, *Dow Chemical Iberica*, Slg. 1987, 3165, Rdnr. 14.

²⁸⁸ *Nowak/Pombo*, (Fn. 13), Rdnr. 23; siehe auch *Schorkopf*, Würde des Menschen, Persönlichkeits- und Kommunikationsrechte, in: Ehlers, (Fn. 25), S. 419 f.

²⁸⁹ *Nowak/Pombo*, (Fn. 13), Rdnr. 23. In der Sache *Marineschläuche* hat die Kommission zum ersten Mal von der Ermittlungsbefugnis gemäß Art. 21 Gebrauch gemacht, siehe Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, Anhang zum Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 2007, SEK (2008) 2038, http://ec.europa.eu/competition/annual_reports/2007/part2_de.pdf (2.3.2009), S. 12.

²⁹⁰ EuGH, verb. Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859, Rdnr. 17.

fangs auf Geschäftsräume nicht entnehmen.²⁹¹ Im Anschluss an die „Hoechst“-Rechtsprechung haben die Straßburger Richter den persönlichen Geltungsbereich in den Urteilen *Niemietz*²⁹² und *Stés Colas Est*²⁹³ auch auf Geschäftsräume von juristischen Personen ausgedehnt. Die Gemeinschaftsgerichte nahmen von dieser Entwicklung zwar Kenntnis, leiteten davon aber keine Auswirkungen auf das Urteil *Hoechst* ab.²⁹⁴ In der jüngst ergangenen Entscheidung in der Rechtssache *Roquette Frères*²⁹⁵ fragte der vorlegende Cour de Cassation den EuGH ausdrücklich, ob dieser vor dem Hintergrund der Entscheidungen *Niemietz* an seiner Rechtsprechung festhalten wolle. Der Gerichtshof bestätigte unkommentiert seine bisherige Rechtsprechung.

b) Kritik

Das methodische Vorgehen des EuGH ist in der Literatur deutlicher Kritik ausgesetzt. Die Versagung eines Gemeinschaftsgrundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung unter Hinweis auf die „nicht unerheblichen Unterschiede“ in den nationalen Rechtsordnungen diesbezüglich führt im Ergebnis zur Gewährleistung eines Minimalstandards.²⁹⁶ Ferner erfuhr der persönliche Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK mit den Urteilen *Niemietz* und *Stés Colas Est* eine Ausweitung auch auf Geschäftsräume juristischer Personen. Diese Rechtsprechung war dem Gerichtshof zum einen schon in der Rechtssache *Hoechst* bekannt,²⁹⁷ zum anderen hätte sich ihm in der Entscheidung *Roquette Frères* die Möglichkeit geboten, sich mit der Thematik auseinanderzusetzen.²⁹⁸ Implizit dürfte der Gerichtshof im letztgenannten Urteil²⁹⁹ der Argumentation des Generalanwalts *Mischo*³⁰⁰ gefolgt sein. Unter Hinweis auf den Fall *Niemietz*³⁰¹ prüft der Generalanwalt den Ein-

²⁹¹ Ibid., Rdnr. 18.

²⁹² EGMR, Nr. 13710/88, *Niemietz/Deutschland*, Series A251-B, S. 34 f.

²⁹³ EGMR, Nr. 37971/97, *Stés Colas Est/Frankreich*, Slg. 2002-III, Rdnr. 41.

²⁹⁴ EuG, verb. Rs. T-305/94 bis T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschaappij*, Slg. 1999, II-931, Rdnr. 420.

²⁹⁵ EuGH, Rs. C-94/00, *Roquette Frères*, Slg. 2002, I-9011.

²⁹⁶ Siehe *Schorkopf*, (Fn. 288), S. 419; *Ress/Ukrow*, Neue Aspekte des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Gemeinschaft, EuZW 1990, S. 502 ff.

²⁹⁷ Siehe *ibid.*, S. 504, Fn. 51.

²⁹⁸ Vgl. die Kritik von *Schwarze/Weitbrecht*, (Fn. 8), Rdnr. 21; *Fedderson*, (Fn. 206), S. 23.

²⁹⁹ Siehe EuGH, Rs. C-94/00, *Roquette Frères*, Slg. 2002, I-9011, Rdnr. 29.

³⁰⁰ Schlussanträge GA *Mischo* zu *ibid.*, Nr. 32 ff.; siehe auch *Brei*, (Fn. 205), S. 122 ff.

³⁰¹ EGMR, Nr. 13710/88, *Niemietz/Deutschland*, Series A251-B, Rdnr. 31.

griffsvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 EMRK³⁰² und kommt zu dem Schluss, dass die im Urteil *Hoechst* statuierten Grundsätze keiner Änderung bedürfen.

c) Stellungnahme

In den beiden *leading cases* zum Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung vermeidet der Gerichtshof eine Auseinandersetzung mit einer eventuellen Rechtfertigung des Eingriffs in das Grundrecht.³⁰³ Während der EuGH im Urteil *National Panasonic*³⁰⁴ ausdrücklich auf die Schranken des Art. 8 Abs. 2 EMRK einging, unterließ der Gerichtshof in *Roquette Frères*³⁰⁵ eine solche Prüfung explizit, implizit lassen die Ausführungen in Randnummer 29 den Schluss zu, dass die Luxemburger Richter nunmehr die Unverletzlichkeit der Geschäftsräume in den Anwendungsbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK fassen und Eingriffe anhand des Eingriffsvorbehalts in Art. 8 Abs. 2 EMRK prüfen. Eine solche dogmatische Vorgehensweise ist kohärent und unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit³⁰⁶ zu begrüßen.

C. Ausblick

Die Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse durch die Verordnung Nr. 1/2003 trägt den gestiegenen Anforderungen an ein modernes Kartellverfahrensrecht Rechnung. Da es zunehmend schwieriger ist, Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 und 82 EG aufzudecken, mussten der Kommission Instrumente in die Hand gegeben werden, um ihrem von Art. 85 EG vorgegebenen Auftrag gerecht zu werden. Die Ermittlungsbefugnisse werden aber durch die Verteidigungsrechte begrenzt. In diesem Zusammenhang besteht aber ein Missverhältnis dahingehend, als dass auf der einen Seite die Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse als eine Notwendigkeit verstanden wurde, auf der anderen Seite aber nur ein Teil der anerkannten Verteidigungsrechte (Art. 27 und 28) in die Kartellverfahrensordnung aufgenommen wurde. Eine positivrechtliche Verankerung der Verteidigungsrechte wäre aufgrund des Rechtsstaatsgebots zu begrüßen gewesen, auch wenn die Verankerung beispielsweise des prätorisch verfüigten *legal professional privilege* oder des Auskunfts-

³⁰² Ausführlich *Brei*, (Fn. 205), S. 122 ff.

³⁰³ Siehe *Kingreen*, (Fn. 26), Art. 6 EU, Rdnr. 142; *Schorkopf*, (Fn. 288), S. 419.

³⁰⁴ EuGH, Rs. 136/79, *National Panasonic (UK)*, Slg. 1980, 2033, Rdnr. 19.

³⁰⁵ EuGH, Rs. C-94/00, *Roquette Frères*, Slg. 2002, I-9011.

³⁰⁶ Insb. durch die Vermeidung divergierender Auslegungen zwischen EGMR und Gemeinschaftsgerichte.

verweigerungsrechts mit all seinen prätorisch verfügbaren Facetten und Abstufungen ein – zugegebenermaßen – schwieriges Unterfangen dargestellt hätte.

Schwer abzuschätzen sind die Implikationen der Grundrechtsverbürgungen der Europäischen Grundrechtecharta auf das EG-Wettbewerbsrecht. Das Scheitern der Europäischen Verfassung sowie des Lissaboner Vertragswerkes vereitelten eine primärrechtliche Verankerung eines geschriebenen Grundrechtskatalogs, weshalb die Charta für die Gemeinschaft noch unverbindlich bleibt. Nichtsdestotrotz berufen sich die Generalanwälte in ihren Schlussanträgen auf die Bestimmungen der Grundrechte-Charta.³⁰⁷

Die Grundrechte-Charta fasst wesentliche Verteidigungsrechte unter dem in Art. 41 verankerten „Recht auf eine gute Verwaltung“ zusammen. Absatz 2 hebt als wichtige Ausprägungen dieses Rechts den Anspruch auf rechtliches Gehör, das Recht auf Akteneinsicht sowie die Begründungspflicht hervor.³⁰⁸ Artikel 41 führt dabei die oben skizzierten Rechte auf Anhörung, Akteneinsicht sowie das Auskunftsverweigerungsrecht und das Anwaltsprivileg fort.³⁰⁹ Dadurch erfahren die Verteidigungsrechte eine grundrechtliche Fundierung³¹⁰ und somit eine Stärkung insofern, als sekundärrechtliche Ermächtigungsgrundlagen nicht in einer die Grundrechte derogierenden Weise ausgelegt werden dürfen.³¹¹ In der jüngeren Rechtsprechung³¹² sind Tendenzen einer vermehrt grundrechtlichen Argumentation erkennbar.³¹³ Zwar sind nach Ansicht der Literatur nach der „max-mobil“-Entscheidung³¹⁴ des EuGH kaum andere Auslegungsergebnisse zu erwarten, allerdings dürfte durch die grundrechtliche Fundierung der Kerngehalt der Bestimmung auch in Fällen notwendiger Einschränkung nicht angetastet werden.³¹⁵ Zwar hat der EGMR in der „Bosphorus“-Entscheidung³¹⁶ die Konventionsmäßigkeit des unionalen Grundrechtsstandards judiziert. In diesem Kontext dürfte aber *Ress* in seiner *concurring opinion* im „Bosphorus“-Urteil zuzustimmen sein, wonach nicht die Schaffung eines doppelten Standards beabsichtigt war sowie im Rahmen

³⁰⁷ Vgl. die Nachweise bei *Alber*, Selbstbindung der europäischen Organe an die Europäische Charta der Grundrechte, EuGRZ 2001, S. 352 f.

³⁰⁸ Siehe *Streinz*, in: *Streinz*, (Fn. 203), Art. 41 GRCh, Rdnr. 8 ff.

³⁰⁹ Siehe die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. Nr. C 310 v. 16.12.2004, S. 424.

³¹⁰ *Skouris/Kraus*, (Fn. 24), Rdnr. 393.

³¹¹ Vgl. EuGH, verb. Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859, Rdnr. 12; EuGH, Rs. 85/87, *Dow Benelux*, Slg. 1989, 3137, Rdnr. 23.

³¹² Siehe insb. EuG, Rs. T-99/04, *AC-Treuhand*, noch nicht in amtl. Slg.

³¹³ Siehe auch *Skouris/Kraus*, (Fn. 24), Rdnr. 394.

³¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-141/02 P, *T-Mobile Austria*, Slg. 2005, I-1283, Rdnr. 69 ff.

³¹⁵ *Skouris/Kraus*, (Fn. 24), Rdnr. 393.

³¹⁶ EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus/Irland*, Slg. 2005-VI, Rdnr. 155 ff.

einer Einzelfallbewertung die Grundrechtsüberprüfung des EGMR möglich sein muss.³¹⁷ Ansonsten wäre es ein Leichtes, aufgrund der fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit der Charta den Grundrechtsgehalt der EMRK auszuhöhlen.

³¹⁷ Concurring opinion von Ress, *ibid.*

