
Ein Beitrag zur Freiwilligkeit von Grundrechtsverzichten im europäischen Eigenverwaltungsrecht, dargestellt am Beispiel des Vergleichsverfahrens in Kartellbußgeldsachen

Eckart Bueren*

Inhalt	
A. Einführung	486
I. Verfahrensgrundrechte im konsensualen Kontext	486
II. Grundrechtliche Problematik	488
III. Gang der Untersuchung	490
B. Der grundrechtliche Maßstab für Rechtsverzicht im (Kartell-)Bußgeldverfahren	490
I. Der dreifache Grundrechtsschutz nach dem Vertrag von Lissabon	490
II. Implikationen für Rechtsverzicht im Bußgeldverfahren	492
C. Anforderungen an Verzichtserklärungen	496
I. Verzichtbarkeit	496
1. Kriterien zur Ermittlung der Disponibilität	496
2. Akteneinsicht im Vergleichsverfahren	497
II. Hinreichende Kenntnis der Sachlage	498
1. Anforderungen	498
2. Anwendung auf das Vergleichsverfahren	499
III. Freiwilligkeit	500
1. Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU	501
a) Behördeninitiative zum Verzicht auf förmliche Anhörung und Akteneinsicht	501
b) Belohnung von Aufklärungshilfe	503
c) Zwischenergebnis	506
2. Literatur zum Kartellverfahren	507

* Dr. Eckart Bueren, Ass. iur., Dipl. Volksw. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

3. Rechtslage zu Art. 6 EMRK	508
a) Kriterien des EGMR	508
(1) Keine konkreten, staatlich veranlassten Willensmängel	508
(2) Mindestmaß verfahrensrechtlicher Schutzvorkehrungen	509
b) Interpretation der Rechtsprechung	510
4. Anwendung auf Verständigungsverfahren, insbesondere das Vergleichsverfahren	511
a) Konsequenzen der Rechtslage zu Art. 6 EMRK	511
b) Grundrechtlicher Standard vs. Realität	513
(1) Umgehung formell begrenzter Nachlässe durch vorgelagerte Bemessungsvariablen	513
(2) Kartellbehördlicher Einfluss auf nicht kartellrechtliche Sanktionen	516
D. Fazit	519

A. Einführung

I. Verfahrensgrundrechte im konsensualen Kontext

Verfahrensgrundrechte gegenüber den Unionsbehörden finden ihren wichtigsten Anwendungsbereich bislang im europäischen Kartellrecht,¹ das nicht nur ein wesentliches Instrument zur Sicherung eines funktionierenden Binnenmarktes ist, sondern als Referenzgebiet auch in besonderem Maße zur Entwicklung allgemeiner Grundsätze des europäischen Eigenverwaltungsrechts und des europäischen Grundrechtsschutzes beigetragen hat.² Dies gilt namentlich für das rechtliche Gehör sowie das daraus abgeleitete Akteneinsichtsrecht im Verwaltungsverfahren.³ Deshalb verdient es besondere Beachtung, dass das Kartellbußgeldverfahren zunehmend von konsensualen Elementen geprägt wird, bei denen die Unter-

¹ Gündel, in: Ehlers (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten, 2009, § 20, Rdnr. 15; in Bezug auf „ne bis in idem“ Rengeling/Szcekalla, Grundrechte in der EU, 2004, S. 1023; von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 327 f., bezeichnet das Wettbewerbsrecht als „zentralen Sach- und Rechtsbereich“, in dem die Kommission das Unionsrecht unmittelbar gegenüber den Bürgern vollzieht.

² Von Danwitz, (Fn. 1), S. 358; Classen, Gute Verwaltung, 2008, S. 255; Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 2004, S. 70.

³ Siehe Hix, Recht auf Akteneinsicht, 1992, S. 27 f.; Bülow, Relativierung von Verfahrensfehlern, 2007, S. 113-115.

nehmen zum Erhalt einer Bußgeldermäßigung Verteidigungsrechte nicht in Anspruch nehmen: Gewisse Verständigungselemente sind bereits frühzeitig Bestandteil der Bußgeldbemessung gewesen, deren Grundsätze seit 1998 in Leitlinien konkretisiert sind.⁴ Seit 1996 ist dazu die viel diskutierte, bereits zweimal novellierte und mittlerweile sehr erfolgreiche Kronzeugenregelung getreten, nach der geständige Unternehmen Bußgeldfreiheit oder erhebliche Ermäßigungen erhalten können.⁵ Mitte 2008 hat die Kommission zudem ein flankierendes „Vergleichsverfahren“ für Kartellfälle eingeführt⁶ und nach Überwindung längerer Anlaufschwierigkeiten in bislang drei Fällen angewandt.⁷ Wesentlicher Hintergrund ist, dass die Kommission angesichts einer hohen Zahl von Kronzeugenfällen das Standardverfahren vereinfachen bzw. „effizienter“ gestalten und sich dabei unter anderem von dem als verfahrensunökonomisch empfundenen Aufwand umfassender Akteneinsicht der Parteien entlasten will; zugleich soll die seit jeher hohe Rechtsmittelquote in Kartellbußgeldverfahren gesenkt werden.⁸

Im Vergleichsverfahren finden nach informellen Sondierungen „Vergleichsgespräche“ zwischen Unternehmen und Kommission statt, welche die Kommission anhand von drei förmlichen Treffen strukturiert und in deren Verlauf die Unternehmen Zugang zu ausgewählten Bestandteilen der Akte erhalten.⁹ Die Kommission strebt dabei ein „Einvernehmen“ über Vorwürfe und Bußgelder an, will aber über beides nicht „verhandeln“. Auf Grundlage des

⁴ Sowohl die Bußgeldleitlinien aus dem Jahr 1998 (ABl. C 9 v. 14.1.1998, S. 3, Rdnr. 3) als auch die geltende Fassung (ABl. C 210 v. 1.9.2006, S. 2, Rdnr. 29) werten aktive Zusammenarbeit als mildernenden Umstand. Daneben ist herkömmlich auch „passive“ Zusammenarbeit, v.a. in Form eines Nichtbestreitens der vorgeworfenen Tatsachen, honoriert worden.

⁵ Außerdem belohnte die erste Fassung der Kronzeugenregelung – anders als die späteren – ein Nichtbestreiten der Tatsachen mit einem Bußgeldnachlass von 10-50 %, Teil D der Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen (96/C 207/04), ABl. C 207 v. 18.7.1996, S. 4.

⁶ Siehe Art. 10a, 12 Abs. 2, 15 Abs. 1a VO (EG) Nr. 773/2004, ABl. L 123 v. 27.4.2004, S. 18, zuletzt geändert durch die VO (EG) Nr. 622/2008 der Kommission v. 30.6.2008 zur Änderung der VO (EG) Nr. 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen, ABl. L 171 v. 1.7.2008, S. 3. Ergänzt werden diese Regelungen durch die Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl. L 171 v. 1.7.2008, S. 3.

⁷ Europäische Kommission, IP/10/586 – DRAM; Europäische Kommission, IP/10/985 – Tierfutter; Europäische Kommission, IP/11/473 – Waschpulverhersteller.

⁸ Siehe Europäische Kommission, MEMO/10/201, Q&A erster Vergleichsbeschluss; Europäische Kommission, MEMO/08/458, FAQ settlement.

⁹ Im ersten Treffen geht es um Kernpunkte des Falles. Danach gewährt die Kommission – sofern ein Einvernehmen abschbar erscheint – kurzfristig Einsicht in zentrale Beweisdokumente und die Parteien können zu den Vorwürfen Stellung nehmen. Die Verteidigungsargumente sind Gegenstand eines zweiten Treffens. Bei einem dritten Treffen geht es um Details der

„Einvernehmens“ können die Unternehmen Vergleichsausführungen mit weitgehenden Anerkenntnissen und Rechtsverzichten einreichen,¹⁰ kraft derer die standardmäßige umfassende Akteneinsicht und eine förmliche mündliche Anhörung der Parteien entfallen (Art. 12 Abs. 2, Art. 15 Abs. 1a Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 773/2004).¹¹ Erst danach erlässt die Kommission eine formelle Mitteilung der Beschwerdepunkte, welche im Standardverfahren den kontradiktorischen Abschnitt eröffnet. Sie ist im Vergleichsverfahren erheblich kürzer gefasst, ebenso wie der unmittelbar nach einer Bestätigung der Unternehmen ergehende Bußgeldbeschluss.¹² Die Unternehmen erhalten darin eine Ermäßigung von 10 %; zudem ist ein etwaiger Abschreckungsaufschlag auf den Faktor 2 begrenzt.¹³

II. Grundrechtliche Problematik

Das Vergleichsverfahren ist in mehrfacher Hinsicht problematisch und dementsprechend an prominenter Stelle auch plakativ als „Deal“ im Kartellrecht¹⁴ oder – noch pejorativer – als „Ablasshandel“¹⁵ bezeichnet worden. Ein wichtiger Aspekt ist, dass das Vergleichsverfahren unter anderem einen Verzicht des Unternehmens auf die in Art. 27 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 in Verbindung mit Art. 15 Verordnung (EG) Nr. 773/2004 gewährleistete umfassende Akteneinsicht

Bußgeldzumessung. Ergänzende Telefonkonferenzen sind in allen Stadien möglich; zum Ganzen *Hirsbrunner*, Settlements in EU-Kartellverfahren – Kritische Anmerkungen nach den ersten Anwendungsfällen, *EuZW* 2011, S. 13 f.; *Soltész*, Belohnung für geständige Kartellsünder – Erste Settlements im Europäischen Kartellrecht, *BB* 2010, S. 2124; *ders.*, Das Verfahren ist insgesamt umständlich, *Compliance* 2010, S. 5; Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, http://www.cgsh.com/de/Commission_Issues_Its_First_Cartel_Settlement_Decision_In_The_DRAM_Case (1.9.2011), S. 3 f.; *Daems/Hugmark/Joshua*, Cartels and Leniency, *Eur. Antitrust Rev.* 2011, S. 3 ff.

¹⁰ Siehe Art. 10a Abs. 2 VO (EG) Nr. 773/2004 n.F. und die Mitteilung zum Vergleichsverfahren, (Fn. 6), Rdnr. 20; Überblick bei *Soltész*, (Fn. 9), *BB* 2010, S. 2123; krit. *Cooke*, in: Ehlermann/ Marquis (Hrsg.), *European competition law annual* 2008, 2010, S. 261, 271.

¹¹ *Wils*, The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles, *World Competition* 2008, S. 348; *Brankin*, All Settled: Where are the European Commission's Settlement Proposals Post Consultation?, *Comp Law* 2008, S. 171.

¹² *Mehta/Centella*, Settlement procedure in EU cartel cases, *Comp. L. Int.* 2008, S. 11; *Kroes*, Settlements in cartel cases, 2008, *SPEECH/08/445*, S. 3. Für eine alternative Zusammenfassung mit detailliertem Schaubild *Daems/Hugmark/Joshua*, What's the Deal?, Navigating the European Commission's 2008 Settlement Notice, *Eur. Antitrust Rev.* 2009, S. 26; für einen knapperen Überblick *Kindhäuser*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Lfg. 69, 2009, Bußgeldrechtliche Folgen Art. 81 EGV, Rdnr. 69; *Weitbrecht/Mühle*, Europäisches Kartellrecht 2003-2008, *EuZW* 2008, S. 558 f.

¹³ Mitteilung zum Vergleichsverfahren, (Fn. 6), Rdnr. 32.

¹⁴ *Mussler*, *FAZ* v. 19.8.2008, S. 11.

¹⁵ *Mussler*, *FAZ* v. 14.4.2011, S. 18.

erfordert. Dieses verfahrensakzessorische Recht dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör.¹⁶ Es ist eine bereichsspezifische Ausgestaltung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes und als Element der Verteidigungsrechte, die in allen Bußgeldverfahren zu beachten¹⁷ und nun auch in Art. 48 GRCh garantiert sind, sowie in Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b) GRCh¹⁸ primärrechtlich gewährleistet.

Das Vergleichsverfahren wirft damit die auch über den spezifischen Kontext des Kartellverfahrens hinaus bedeutsame Frage auf, nach welchen Kriterien im Unionsrecht die Wirksamkeit eines Verzichts auf Verfahrensgrundrechte zu beurteilen ist, der durch hoheitliche Vergünstigungen, namentlich Bußgelder-mäßigungen, veranlasst wird. Dass es an einem Grundrechtseingriff fehlt, wenn der Grundrechtsträger in zulässiger Weise in die Beeinträchtigung einwilligt bzw. auf seinen Grundrechtsschutz verzichtet, ist für das Unionsrecht zwar anerkannt.¹⁹ Wie sich Art. 8 Abs. 2 Satz 1 GRCh entnehmen lässt, geht auch die Grundrechtecharta hiervon aus. Welche Voraussetzungen an einen Grundrechtsverzicht im Detail zu stellen sind, ist im Unionsrecht aber noch weitgehend offen.²⁰ Kaum untersucht worden sind vor allem die Anforderungen an die Freiwilligkeit. Im Kartellrecht erhält diese Problematik eine besondere Schärfe vor dem Hintergrund einer mehrfachen erheblichen Anhebung der Bußgelder in den letzten Jahren,²¹ von denen bereits geltend gemacht worden ist, dass sie die Grenze

¹⁶ Sura, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 2, 2011, Art. 27 VO 1/2003, Rdnr. 1; Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, S. 104. Zur Differenzierung zwischen verfahrensakzessorischen und -konstituierenden Akteneinsichtsrechten von Danwitz, (Fn. 1), S. 428 f. m.w.N.

¹⁷ EuG, Rs. T-30/91, *Solvay/Kommission*, Slg. 1995, II-1775, Rdnr. 59; EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30 bis 32/95, T-34 bis 39/95, T-42 bis 46/95, T-48/95, T-50 bis 65/95, T-68 bis 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Cimenteries CBR/Kommission*, Slg. 2000, II-491, Rdnr. 156; Sura, (Fn. 16), Art. 27 VO 1/2003, Rdnr. 30; allg. EuGH, Rs. C-328/05 P, *SGL Carbon AG/Kommission*, Slg. 2007, I-3921, Rdnr. 70.

¹⁸ Bischke, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 2007, Art. 27 VO 1/2003, Rdnr. 1 f.; Sura, (Fn. 16), Art. 27 VO 1/2003, Rdnr. 1 f.; Weiß, in: Loewenheim/Meessen (Hrsg.), Kartellrecht, 2009, Art. 27 VerfVO, Rdnr. 1; allg. Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 2010, Art. 41, Rdnrn. 21 ff. und 24 ff.

¹⁹ Ehlers, in: Ehlers, (Fn. 1), § 14, Rdnr. 64; Jarass, (Fn. 18), Art. 52, Rdnr. 20; Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 4, 2009, Rdnr. 318.

²⁰ Frenz, (Fn. 19), Rdnr. 315; Winkler, Die Grundrechte der EU, 2006, S. 112; zur Frage, welche Rechte überhaupt verzichtbar sind, Stumpf, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2009, Art. 6 EUV, Rdnr. 31.

²¹ Zu dem Anstieg *Carree/Günster/Schinkel*, European Antitrust Policy 1957-2004: An Analysis of Commission Decisions, Rev. Ind. Organ. 2010, S. 122-124; *Veljanovski*, Cartels Fines in Europe – Law, Practice and Deterrence, World Competition 2007, S. 65 f.; *Motta*, On Cartel Deterrence and Fines in the European Union, E.C.L.R. 2008, S. 210. Für eine erste statistische Auswertung zu den Bußgeldleitlinien 2006 *Veljanovski*, European Cartel Fines Under the 2006 Penalty Guidelines – A Statistical Analysis, 2010, S. 2.

der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der betroffenen Unternehmen erreicht oder überschritten hätten.²² Die Problematik ist aber, dem Referenzcharakter des Kartellrechts entsprechend, für alle Verständigungen in repressiven Verfahren bedeutsam.

III. Gang der Untersuchung

Der vorliegende Beitrag untersucht anlässlich und am Beispiel der Akteneinsicht im Vergleichsverfahren die unionsrechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit eines Verzichts auf Verfahrensgrundrechte in Bußgeldverfahren mit Schwerpunkt auf dem Kriterium der Freiwilligkeit. Hierzu werden zunächst die Implikationen der veränderten grundrechtlichen Maßstäbe nach dem Vertrag von Lissabon analysiert (B.). Darauf aufbauend werden unter Heranziehung der Rechtsprechung des EGMR Kriterien für einen Verzicht hergeleitet und exemplarisch auf das Vergleichsverfahren angewandt. Bei letzterem zeigen sich schwer handhabbare Divergenzen zwischen grundrechtlichem Standard und verfahrenspraktischer Realität, die aus Spezifika des Kartellbußgeldverfahrens gegen Unternehmen resultieren (C.). Die Ergebnisse werden abschließend zusammengefasst (D.).

B. Der grundrechtliche Maßstab für Rechtsverzichte im (Kartell-)Bußgeldverfahren

I. Der dreifache Grundrechtsschutz nach dem Vertrag von Lissabon

Unter dem Vertrag von Lissabon kann eine Weiterentwicklung und Ausdifferenzierung der Grundrechtsdogmatik auf einem gestärkten, auf drei Säulen gestützten²³ Grundrechtsschutz aufbauen: Erstens hat sich die EU gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 EUV verpflichtet, der EMRK beizutreten.²⁴ Sobald das geschehen ist, wird die EMRK unmittelbarer Maßstab für das Handeln der EU-Organe

²² Siehe *Meyring*, Uferlose Haftung im Bußgeldverfahren?, WuW 2010, S. 169, Fn. 84 m.w.N.; *Fockenbrock/Sigmund*, Handelsblatt v. 29.4.2009, S. 29. Gedrängt durch die Folgen der Finanz- und Wirtschaftskrise hat die Kommission darauf mit internen Richtlinien reagiert, die günstigere Zahlungsbedingungen und einen Bußgeldnachlass wegen drohender Insolvenz erleichtern sollen. *Almunia/Lewandowski*, Information note – Inability to pay under paragraph 35 of the 2006 Fining Guidelines and payment conditions, SEC(2010) 737/2.

²³ So *Pernice*, in: Griller/Ziller (Hrsg.), The Lisbon Treaty, 2008, S. 235, 240; *Borowski*, in: Leifse (Hrsg.), Die EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 147, 154; ähnl. *Mayer*, Der Vertrag von Lissabon und die Grundrechte, EuR Beiheft 1/2009, S. 88 („dreigleisiger“); *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon, 3. Aufl. 2010, § 14 V.1.; *Pache/Rösch*, Der Vertrag von Lissabon, NVwZ 2008, S. 475 („dreifacher Grundrechtsschutz“); krit. dazu *Frenz*, (Fn. 19), RdNr. 24-27.

sein.²⁵ Schon davor ist sie gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV – wie schon nach Art. 6 Abs. 2 EUV a.F. – Rechtserkenntnisquelle für die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts.²⁶ Die durch sie gewährleisteten Rechte gelten – als zweite Komponente des Grundrechtsschutzes – gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV weiterhin.²⁷ Drittens ist die Grundrechtecharta durch Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV von einer Rechtserkenntnisquelle zu einem verbindlichen Grundrechtskatalog im Rang des Primärrechts geworden.²⁸ Gemäß der sogenannten Kongruenzklausel in Art. 52 Abs. 3 GRCh ist die EMRK bereits vor einem Beitritt der EU Mindeststandard, soweit GRCh und EMRK einander entsprechende Rechte gewährleisten,²⁹ was nach Sinn und Zweck der Norm weit auszulegen ist.³⁰ Artikel 52 Abs. 3 Satz 1 GRCh bewirkt, dass bei einander entsprechenden Rechten der gesamte materielle

²⁴ *Pache/Rösch*, (Fn. 23), S. 474; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, S. 28 f.

²⁵ *Streinz/Ohler/Herrmann*, (Fn. 23), § 14 V.1; *Schulte-Herbrüggen*, Der Grundrechtsschutz in der EU nach dem Vertrag von Lissabon, ZEuS 2009, S. 362 f.

²⁶ So der Gerichtshof der EU und die überwiegende Literatur, siehe *Grabenwarter*, (Fn. 24), S. 23 f.; *Schulte-Herbrüggen*, (Fn. 25), S. 352 f.; *Jarass*, (Fn. 18), Einl., Rdnr. 40 ff., Art. 52, Rdnr. 64; *Klein*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VI/1, 2010, § 167, Rdnrn. 7-10; *Frenz*, (Fn. 19), Rdnrn. 32-39 m.w.N. Zum Meinungsstand nach Art. 6 Abs. 2 EUV a.F. *Classen*, (Fn. 2), S. 184 m.w.N.; *Ibing*, Einschränkung der europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, 2006, S. 44-50. Dem EGMR zufolge unterliegen Mitgliedstaaten bei ihrem Handeln auf Grundlage von EU-Recht zwar der EMRK, es wird aber konventionskonformes Verhalten vermutet, solange die EU einen der EMRK vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus Airways vs. Irland*, ECHR 2005-VI, Rdnrn. 136 f., 145-148, 150 ff., insb. 154-157; *Kraus*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 3, Rdnrn. 19-27; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rdnr. 694 ff.

²⁷ Das Verhältnis der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts zu der GRCh ist noch nicht geklärt. Richtigerweise dürfte von einem (Anwendungs-)Vorrang der GRCh auszugehen sein, während die allgemeinen Grundsätzen die Funktion haben, den geschriebenen Schutz bei Bedarf zu ergänzen und zu flexibilisieren, *Borowski*, (Fn. 23), S. 147, 154; ausführlich *Schulte-Herbrüggen*, (Fn. 25), S. 353-359 m.w.N.; im Ergebnis auch *Jarass*, (Fn. 18), Einl., Rdnr. 32 f.; weitergehend *Frenz*, (Fn. 19), Rdnrn. 23-27 m.w.N. Die praktische Relevanz der Frage ist begrenzt, weil die jeweiligen Garantien weitgehend übereinstimmen, *Pache/Rösch*, Die Grundrechte der EU nach Lissabon, EWS 2009, S. 400; *dies.*, Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon – die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU, EuZW 2008, S. 521; und weil Art. 52 Abs. 4 Satz 1, Präambel Abs. 5 Satz 1 GRCh eine harmonische Auslegung anordnen *Jarass*, (Fn. 18).

²⁸ Zur Verbindlichkeit und dadurch aufgeworfenen Einzelproblemen *Schulte-Herbrüggen*, (Fn. 25), S. 346-352; *Streinz/Ohler/Herrmann*, (Fn. 23), § 14 II. und V.; *Jarass*, (Fn. 18), Einl., Rdnrn. 10 und 21 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, (Fn. 26), Rdnr. 662.

²⁹ *Frenz*, (Fn. 19), Rdnrn. 48-71; *Grabenwarter*, (Fn. 24), S. 27; *Schulte-Herbrüggen*, (Fn. 25), S. 363 f.; *von Danwitz*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 GRCh, Rdnr. 52; *Niedobitek*, in: Merten/Papier, (Fn. 26), § 159, Rdnr. 95; *Jarass*, (Fn. 18), Art. 52, Rdnr. 62 f.

³⁰ *Von Danwitz*, (Fn. 29), Art. 52 GRCh, Rdnr. 54; *Frenz*, (Fn. 19), Rdnr. 51.

Rechtsschutz der EMRK in die Grundrechtecharta übernommen wird.³¹ Artikel 52 Abs. 3 Satz 1 GRCh fungiert also in Bezug auf das Mindestschutzniveau jedenfalls im Ergebnis – ungeachtet der rechtlich strittigen Konstruktion³² – wie eine Inkorporationsklausel,³³ so dass die europäischen Institutionen die entsprechenden Rechte der EMRK beachten müssen. Insoweit ist auch die Rechtsprechung des EGMR rechtlich relevant.³⁴ Dieser Zusammenhang kann fruchtbar gemacht werden, um Maßstäbe für Rechtsverzichte in Bußgeldverfahren herzuleiten.

II. Implikationen für Rechtsverzichte im Bußgeldverfahren

Der gestärkte Grundrechtsschutz ermöglicht eine Fortentwicklung in Bereichen, die herkömmlich von richterlicher Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der EU abhängig gewesen sind. Vorliegend ist von zentraler Bedeutung, dass der von Art. 6 EMRK gewährte Schutz vollständig in die Grundrechtecharta aufgenommen wird. Die Erläuterungen zur Grundrechtecharta, die gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 7 GRCh bei ihrer Auslegung zu berücksichtigen sind, gehen davon aus, dass Art. 48 GRCh Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK entspricht, und dass Art. 47 Abs. 2 und 3 GRCh eine umfassendere Tragweite als Art. 6 Abs. 1 EMRK hat.³⁵ Zwar wird uneinheitlich beurteilt, welcher genaue Stellenwert der nicht abschließenden³⁶ Aufzählung zukommt;³⁷ die vorgenannten Entsprechungen sind in der Literatur aber anerkannt.³⁸

³¹ *Ziegenhorn*, Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtecharta, 2009, S. 145, 164-168; *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2010, Art. 52 GRCh, Rdnr. 34; *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 7, Rdnr. 84; *Niedobitek*, (Fn. 29), § 159, Rdnr. 95; *Klein*, (Fn. 26), § 167, Rdnr. 13 f.; *Jarass*, (Fn. 18), Art. 52, Rdnr. 63.

³² Teils wird vertreten, dass die EU-Organe unmittelbar an die entsprechenden Rechte der EMRK gebunden sind, *von Danwitz*, (Fn. 29), Art. 52 GRCh, Rdnr. 51; wohl auch *Ziegenhorn*, (Fn. 31), S. 164-168; für nur inhaltliche Identität entsprechender Rechte *Borowsky*, (Fn. 31), Art. 52 GRCh, Rdnr. 30. Nach anderer Ansicht ist die GRCh so auszulegen, dass ihr Schutzniveau nicht hinter den entsprechenden EMRK-Rechten zurückbleibt, so *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, S. 20-22, 74-76; *ders.*, (Fn. 18), Art. 52, Rdnr. 68 f.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GRCh, Rdnrn. 31, 37 f.; *Frenz*, (Fn. 19), Rdnrn. 48 f., 59-62.

³³ Vgl. *Rengeling/Szczekalla*, (Fn. 1), S. 260 f.

³⁴ *Von Danwitz*, (Fn. 29), Art. 52 GRCh, Rdnr. 57; *Geiger*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 6 EUV, Rdnr. 16; *Borowsky*, (Fn. 31), Art. 52 GRCh, Rdnr. 37; *Niedobitek*, (Fn. 29), §159, Rdnr. 99; *Frenz*, (Fn. 19), Rdnr. 57 f. m.w.N.; *Becker*, in: Schwarze, (Fn. 20), Art. 52 GRCh, Rdnr. 16; *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, S. 23; ebenso die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. C 303 v. 14.12.2007, S. 17 ff., 33.

³⁵ *Ibid.*, S. 34; siehe auch *Rengeling/Szczekalla*, (Fn. 1), S. 992.

³⁶ *Von Danwitz*, (Fn. 29), Art. 52 GRCh, Rdnr. 53; *Ziegenhorn*, (Fn. 31), S. 161.

³⁷ *Borowsky*, (Fn. 31), Art. 52 GRCh, Rdnr. 31b sieht eine „in die Nähe einer Verbindlichkeit“ gehende Bedeutung; ähnl. wohl *Becker*, in: Schwarze, (Fn. 20), Art. 52 GRCh, Rdnr. 15.

Artikel 6 EMRK erfasst auch bestimmte (verwaltungs-)behördlich geführte Verfahren, in denen Sanktionen verhängt werden,³⁹ namentlich das europäische Kartellbußgeldverfahren. Dieses enthält nach ganz herrschender und überzeugender Literaturansicht eine strafrechtliche Anklage im Sinn von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK.⁴⁰ Eine solche ist dem EGMR zufolge gegeben, wenn eine für die Verfolgung zuständige Stelle den Betroffenen offiziell darüber informiert, dass ihm die Begehung einer im Sinne der EMRK strafrechtlichen Tat vorgeworfen wird, oder wenn der Betroffene aufgrund einer solchen Beschuldigung konkreten Ermittlungsmaßnahmen ausgesetzt ist, die ihn vergleichbar belasten.⁴¹ Im

Hingegen sieht von *Danwitz*, (Fn. 29), Art. 52 GRCh, Rdnr. 53 nur einen „ersten Anhaltspunkt“; ähnl. *Kingreen*, (Fn. 32), Art. 52 GRCh, Rdnrn. 27-30; *Ziegenhorn*, (Fn. 31), S. 161 f., der v.a. zukünftig eine Unvereinbarkeit von Erläuterungen mit Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GRCh für möglich erachtet.

³⁸ Explizit für Art. 47 Abs. 2, 3 und Art. 48 GRCh stimmen mit den Erläuterungen überein bzw. akzeptieren diese als Vorgabe für den Inhalt der Rechte: *Hilf*, in: Merten/Papier, (Fn. 26), § 164, Rdnrn. 78 und 81; *Rengeling/Szczekalla*, (Fn. 1), S. 958, 992; *Eser*, in: Meyer, (Fn. 31), Art. 47 GRCh, Rdnrn. 20, 27, Art. 48 GRCh, Rdnrn. 20, 24; *Voet van Vormizele*, in: Schwarze, (Fn. 20), Art. 47 GRCh, Rdnr. 2 f., Art. 48 GRCh, Rdnrn. 1, 7; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 32), Art. 47 GRCh, Rdnr. 3 f., Art. 48 GRCh, Rdnr. 2; *Alber*, in: Tettinger/Stern, (Fn. 29), Art. 47 GRCh, Rdnr. 1 f.; *Jarass*, (Fn. 32), S. 441 f., 460; *ders.*, (Fn. 18), Art. 47, Rdnr. 1, Art. 48, Rdnr. 1; *Magiera*, in: Merten/Papier, (Fn. 26), § 167, Rdnrn. 78, 80; für Art. 48 Abs. 2 GRCh *Frenz*, (Fn. 19), Rdnr. 5103, für Art. 47 Abs. 2 und 3 GRCh allerdings wohl nur einschränkend, Rdnr. 4990.

³⁹ EGMR, Nr. 8544/79, *Öztürk*, Serie A 73, NJW 1985, 1273 ff.; EGMR, Nr. 6903/75, *Deeuer vs. Belgium*, Serie A 35; *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 6 EMRK, Rdnr. 25 ff., insb. Rdnrn. 29, 41, 263; *Meyer-Ladewig*, in: Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 6 EMRK, Rdnrn. 21 ff. und 58; *Grabenwarter*, (Fn. 24), S. 337-341, alle m.w.N. zur Rechtsprechung.

⁴⁰ So *König*, Das europäische Verwaltungsanktionsrecht und die Anwendung strafrechtlicher Rechtsgrundsätze, 2009, S. 62-65; *Peretz/Ward u.a.*, in: Bellamy/Child, European Community law of competition, 2008, Rdnr. 13.030; *Slater/Thomas/Waelbroeck*, Competition Law Proceedings before the European Commission and the Right to a Fair Trial: No Need for Reform?, Eur. Comp. J. 2009, S. 103-121; *Böge/Bardong*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, (Fn. 18), Art. 2 VO 1/2003, Rdnr. 20; *Wils*, The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, World Competition 2004, S. 208 f.; *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, 4. Aufl. 2007, Vorb. zu Art. 23 ff., Rdnr. 38; *Kerse/Khan*, EC antitrust procedure, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 3-004; *Schwarze*, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungsanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, S. 261; *ders.*, Rechtsstaatliche Defizite des europäischen Kartellbußgeldverfahrens, WuW 2009, S. 11; *ders.*, Europäische Kartellbußgelder im Lichte übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze, EuR 2009, S. 171, 172, 183 f.; siehe auch Schlussanträge des GA Léger zu EuGH, Rs. C-185/95 P, *Baustahlgewerbe/Kommission*, Slg. 1998, I-8417, Nr. 31 i.V.m. Fn. 25, der das Rechtsmittelverfahren gegen eine Kartellbußgeldentscheidung dem „strafrechtlichen Bereich“ i.S.d. EMRK zuordnet.

⁴¹ EGMR, Nr. 5100 bis 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel vs. Netherlands*, Serie A 22, Rdnrn. 81- 85; EGMR, Nr. 34619/97, *Janosevic vs. Sweden*, ECHR 2002-VII, Rdnr. 66 ff.; *Peukert*, (Fn. 39), Art. 6 EMRK, Rdnrn. 26-43; *Grabenwarter*, (Fn. 24), S. 341-343.

Kartellbußgeldverfahren sind typischerweise beide Alternativen erfüllt. Eine Verständigung mit der Verfolgungsbehörde ändert an einer Qualifikation als strafrechtliche Anklage nichts,⁴² ebenso wenig wie der Umstand, dass die Kommission kein Gericht im Sinne dieser Norm ist.⁴³ Im Bereich des Verwaltungsunrechts ist es mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, wenn zunächst eine Behörde die Sanktionsentscheidung trifft, solange der Betroffene diese im Grundsatz umfassend gerichtlich überprüfen lassen kann.⁴⁴

Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Schutzwirkung von Art. 6 EMRK im behördlichen Bußgeldverfahren bereits vor dem Beitritt der EU zur EMRK vermittelt durch Art. 47 Abs. 2 und 3⁴⁵ sowie vor allem Art. 48 in Verbindung mit Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GRCh gewährleistet wird.⁴⁶ Dies ist bei der Auslegung der Norm zu beachten. Der Wortlaut von Art. 48 GRCh lässt durch Abheben auf die „angeklagte“ Person wie schon Art. 6 EMRK offen, ab wann die Verteidigungsrechte zu gewährleisten sind.⁴⁷ Gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh ist der Begriff der Anklage übereinstimmend mit demjenigen in Art. 6 EMRK auszulegen.⁴⁸ Dem lässt sich

⁴² EGMR, Nr. 6903/75, *Deetwer vs. Belgium*, Serie A 35, Rdnr. 41 ff.; *Peukert*, (Fn. 39), Art. 6 EMRK, Rdnr. 42.

⁴³ Dazu *Castillo de la Torre*, Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases, World Competition 2009, S. 570; *Dieckmann*, in: Wiedemann/Bumiller (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008, § 41, Rdnr. 5, der davon ausgehend allerdings wohl eine Geltung von Art. 6 EMRK ablehnt. Letzteres verkennt, dass die Norm ab einer strafrechtlichen Anklage im Sinne der EMRK eingreift, die durch eine Behörde vor gerichtlicher Befassung erfolgen kann, vgl. *Kerse/Khan*, (Fn. 40), Rdnr. 3-004. Art. 6 EMRK erfasst dann im Grundsatz das gesamte mehrstufige Verfahren, eingehend *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, S. 355 ff.; knapp *Gundel*, in: Merten/Papier (Fn. 26), § 146, Rdnr. 89. In ähnlicher Weise differenzieren die Schlussanträge GA *Vesterdorf* zu EuG, Rs. T-1/89 bis 15/89, *Rhône-Poulenc/Kommission*, Slg. 1991, II-867, unter I.A.3; sowie Schlussanträge GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-185/95 P, *Baustahlgewerbe/Kommission*, Slg. 1998, I-8417, Nr. 31 i.V.m. Fn. 25.

⁴⁴ EGMR, Nr. 8544/79, *Öztürk*, Serie A 73, Rdnr. 56; *Castillo de la Torre*, (Fn. 43), S. 570-577 m.w.N.; *Wils*, (Fn. 40), S. 209; *Schmidt*, Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung, 2004, S. 191 f.; *Classen*, (Fn. 2), S. 193 f.

⁴⁵ Art. 47 GRCh betrifft zwar vorwiegend das faire Gerichtsverfahren, während das faire Verwaltungsverfahren v.a. in Art. 41 GRCh geregelt ist. Art. 47 GRCh strahlt aber jedenfalls auf das Verwaltungsverfahren aus, *Jarass*, (Fn. 18), Art. 47, Rdnrn. 31 und 48 f. Dies erfordert auch die Entsprechung mit Art. 6 Abs. 1 EMRK.

⁴⁶ Im Ergebnis ebenso *Jarass*, (Fn. 18), Art. 48, Rdnrn. 4 ff., 17 ff.; *Weiß*, in: Terhechte (Hrsg.), Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht, 2008, § 6, Rdnr. 17 ff., dem zufolge die Verteidigungsrechte i.S.v. Art. 27 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 gem. Erwägungsgrund 37 übereinstimmend mit Art. 48 Abs. 2 GRCh auszulegen sind, der Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK inkorporiert.

⁴⁷ *Eser*, (Fn. 38), Art. 48 GRCh, Rdnr. 25.

⁴⁸ Ebenso ohne Bezug auf Art. 52 Abs. 3 GRCh *Blanke*, (Fn. 38), Art. 48 GRCh, Rdnr. 1; *Eser*, (Fn. 38), Art. 48 GRCh, Rdnr. 25; *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, S. 461 f. i.V.m. 466 f., *Jarass*,

auch nicht entgegenhalten, dass die Grundrechtecharta mit dem Recht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 GRCh) bereits eine Regelung zu Verwaltungsverfahren enthält. In der Literatur ist ganz überwiegend anerkannt, dass im Kartellbußgeldverfahren daneben weitere gebietsspezifische Gewährleistungen gelten müssen, die in den justiziellen Grundrechten (Art. 47 bis 50 GRCh) verbürgt sind.⁴⁹ Zudem deuten die auslegungsrelevanten (Art. 52 Abs. 7 GRCh) Erläuterungen zu Art. 41 GRCh die wichtige Rolle weiterer Grundrechte für ein faires Verfahren an, wobei Art. 47 GRCh explizit erwähnt wird.⁵⁰ Diesem übergreifenden Verständnis entspricht es, dass der Gerichtshof der EU bei der Bindung an Verfahrensgrundrechte nicht zwischen formal zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren trennt.⁵¹ Die Zuerkennung besonderer gebietsspezifischer Rechte entspricht bereits seiner bisherigen Praxis.⁵² Er hat schon vor dem Vertrag von Lissabon einzelne Grundsätze aus Art. 6 EMRK im Kartellverfahren bejaht und nur die direkte Anwendbarkeit der Norm bislang offen gelassen.⁵³

(Fn. 18), Art. 48, Rdnrn. 4 f., 17, 19; *Magiera*, (Fn. 38), § 161, Rdnr. 79 f.; *Alber*, (Fn. 38), Art. 48 GRCh, Rdnr. 4.

⁴⁹ *Gundel*, (Fn. 1), § 20, Rdnr. 16; *Alber*, (Fn. 38), Art. 48 GRCh, Rdnrn. 7, 10; knapp *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 27 VO 1/2003, Rdnr. 4; zu Art. 48 Abs. 2 GRCh *Weiß*, (Fn. 18), Art. 27 VerVO, Rdnrn. 1, 3; *Rengeling/Szczekalla*, (Fn. 1), S. 998 ff.; *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, S. 462 f. i.V.m. S. 466 f., *ders.*, (Fn. 18), Art. 48, Rdnrn. 5, 19. A.A. wohl nur *Frenz*, (Fn. 19), Rdnr. 5077. Lediglich formell abweichend *Pfeffer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, S. 73, der die besondere Garantien in Verwaltungsverfahren mit Sanktionscharakter als Teil von Art. 41 GRCh behandelt (S. 63), aber anerkennt, dass Art. 48 GRCh dem Wortlaut nach auch Verwaltungsverfahren erfasst.

⁵⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, (Fn. 34), S. 28; sowie näher *Rengeling/Szczekalla*, (Fn. 1), S. 890.

⁵¹ *Schorkopf*, in: *Heselhaus/Nowak*, (Fn. 31), § 53, Rdnr. 12.

⁵² Siehe z.B. zur Anerkennung der nun in Art. 48 Abs. 1 GRCh gewährleisteten Unschuldsvermutung im Kartellverfahren EuGH, Rs. C-199/92 P, *Hüls*, Slg. 1999, I-4287, Rdnr. 150 f.; *Peretz/Ward u.a.*, (Fn. 40), Rdnr. 13.076; *Dieckmann*, (Fn. 43), § 41, Rdnr. 26. Zum jetzt auf Art. 48 GRCh gestützten „legal privilege“ EuGH, Rs. C-550/07 P, *Akzo*, Slg. 2010, Rdnr. 40 ff.; *Voet van Vormizele*, (Fn. 38), Art. 48 GRCh, Rdnr. 9; *Reinalter*, Die Grenzen der Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission im Kartellverfahren, ZEuS 2009, S. 75 ff.; *Seitz*, Ein Schritt vor und zwei zurück? – Zum letzten Stand des Anwaltsgeheimnisses für Unternehmensanwälte im Europäischen Kartellverfahren, EuZW 2010, S. 524. Zu dem von der Rechtsprechung nur sehr eingeschränkt anerkannten Recht eines Unternehmens, sich nicht selbst belasten zu müssen EuG, verb. Rs. T-236/01 u.a., *Tokai Carbon/Kommission*, Slg. 2004, II-1181, Rdnrn. 402-406; *Reinalter*, ZEuS 2009, S. 84 ff.; *Vocke*, Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren, 2006, S. 115-117; *Kerse/Khan*, (Fn. 40), Rdnr. 3-016 ff.; *Gumbel*, Grundrechte im EG-Kartellverfahren, 2001, S. 128 f.

⁵³ *Dannecker/Biermann*, (Fn. 40), Vorb. zu Art. 23 ff., Rdnr. 37 f.; *Gundel*, (Fn. 1), § 20, Rdnr. 18; *Classen*, (Fn. 2), S. 195 f.; *Winkler*, (Fn. 20), S. 498; *Pfeffer*, (Fn. 49), S. 71.

Die materielle Inkorporation des Schutzniveaus unter dem Vertrag von Lissabon gilt auch für Einschränkungsmöglichkeiten.⁵⁴ Daher können die Anforderungen an einen Verzicht auf Art. 6 EMRK für entsprechende Rechte der Grundrechtecharta als Mindeststandard herangezogen werden. Dabei ist beachtenswert, dass die Verteidigungsrechte unbeschadet des Vorstehenden je nach Stand des Verfahrens und den besonderen Umständen des Falles ähnlich wie bei Art. 6 Abs. 3 EMRK differieren können.⁵⁵ Im Kartellbußgeldverfahren können sich Besonderheiten insbesondere daraus ergeben, dass es sich – jedenfalls in der Praxis – allein gegen juristische Personen richtet und dass der Kommissionsbeschluss gerichtlich überprüft werden kann.

C. Anforderungen an Verzichtserklärungen

I. Verzichtbarkeit

1. Kriterien zur Ermittlung der Disponibilität

Entsprechend dem allgemeinen Grundsatz, dass der Einzelne nicht über mehr verfügen kann, als er selbst an Rechtsmacht innehat, kann auf Grundrechte nur insoweit verzichtet werden, als hierdurch nicht über öffentliche Interessen und Rechte anderer disponiert wird.⁵⁶ Dies ist durch Interpretation des jeweiligen Grundrechts zu ermitteln.⁵⁷ Ergibt sich demnach, dass ein Verzicht öffentliche Interessen berührt, muss das Interesse des Einzelnen am Verzicht gegen die Interessen der Allgemeinheit an der Einhaltung der Grundrechtsgarantie durch den Staat abgewogen werden,⁵⁸ wobei die Bedeutung des jeweiligen Grundrechts sowie Umfang und Dauer des in Rede stehenden Verzichts einzubeziehen sind.⁵⁹

⁵⁴ *Schulte-Herbrüggen*, (Fn. 25), S. 363 f.; *von Danwitz*, (Fn. 29), Art. 52 GRCh, Rdnr. 31; *Jarass*, (Fn. 18), Art. 52, Rdnr. 25.

⁵⁵ *Eser*, (Fn. 38), Art. 48 GRCh, Rdnr. 25; *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, S. 467; ähnl. *Winkler*, (Fn. 20), S. 480.

⁵⁶ Zum Verzicht auf EMRK-Grundrechte *Grabenwarter*, (Fn. 24), S. 124; *Grabenwarter/Maraubn*, in: *Grote/Maraubn* (Fn. 26), Kap. 7, Rdnr. 66; *Zimmerlin*, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, 2008, S. 157 f.

⁵⁷ Zur EMRK *Gollwitzer*, in: *Löwe/Rosenberg* (Hrsg.), StPO, Bd. 4, 25. Aufl. 2001, Art. 1 EMRK, Rdnr. 24.

⁵⁸ Zum Verzicht auf EMRK-Grundrechte *Grabenwarter/Maraubn*, (Fn. 56), Kap. 7, Rdnr. 66; *Grabenwarter*, (Fn. 24), S. 124; zum entsprechenden Vorgehen des EGMR, der seine Kriterien nur unscharf definiert, siehe beispielhaft EGMR, Nr. 16717/90, *Ponger vs. Austria*, ECHR 1997-III, Rdnrn. 58, 62; *Loucaides*, Questions of Fair Trial under the European Convention on Human Rights, Hum. Rts. L. Rev. 2003, S. 49 f.; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2006, S. 746 f.

⁵⁹ *Frenz*, (Fn. 19), Rdnr. 317.

Einwilligung oder Verzicht sind erst unzulässig, wenn sie öffentlichen Interessen von erheblichem Gewicht widersprechen.⁶⁰ Insoweit gelten also für den europäischen Grundrechtsschutz ähnliche Grundsätze wie sie aus dem deutschen Recht geläufig sind.⁶¹

2. Akteneinsicht im Vergleichsverfahren

Das verfahrensakzessorische Recht auf umfassende Akteneinsicht im Kartellverfahren gehört zu den Garantien, die die Rechte der Verteidigung schützen und eine effektive Ausübung des Anhörungsrechts sowie Waffengleichheit zwischen Kommission und Unternehmen sicherstellen sollen.⁶² Es ist untrennbar mit dem fundamentalen, in allen Verfahren, die zu Sanktionen führen können, zu beachtenden⁶³ Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte verbunden und durch ihn bedingt.⁶⁴ Vorwiegend in der älteren Literatur wird das Akteneinsichtsrecht zwar auch aus dem Rechtsstaatsprinzip, einem unionsrechtlichen Demokratieprinzip, Transparenz und Partizipation an behördlicher Entscheidungsfindung für die Betroffenen als Strukturprinzipien, der Menschenwürde, Art. 6 EMRK sowie weiteren Grundrechten hergeleitet.⁶⁵ Selbst unter Berücksichtigung dieser Fundierungen ist aber in erster Linie die Wahrung der Verteidigungsrechte bezweckt.⁶⁶ Folglich überwiegt das individuelle Interesse, so dass eine

⁶⁰ Zu den europäischen Grundrechten *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, S. 71 inkl. Fn. 52; *ders.*, (Fn. 18), Art. 52, Rdnr. 20; *Ehlers*, (Fn. 19), § 14, Rdnr. 64; zum Verzicht auf EMRK-Rechte EGMR, Nr. 57325/00, *D.H. vs. Czech Republic*, ECHR 2007-XII, Rdnr. 204; *Grabenwarter*, (Fn. 24), S. 124; *Gaede*, (Fn. 58), S. 746 f. m.w.N.

⁶¹ Zu diesen *Seifert*, Problemkreise des Grundrechtsverzichts, JURA 2007, S. 103 f.; *Fischinger*, Der Grundrechtsverzicht, JuS 2007, S. 810 f.

⁶² EuG, Rs. T-52/03, *Knauff/Kommission*, Slg. 2008, II-115 (abgekürzte Veröffentlichung), Rdnr. 38; EuG, Rs. T-30/91, *Solvay/Kommission*, Slg. 1995, II-1775, Rdnrn. 59, 83; *Sura*, (Fn. 16), Art. 27 VO 1/2003, Rdnrn. 30-32; *Weiß*, (Fn. 18), Art. 27 VerfVO, Rdnr. 18; *Peretz/Ward u.a.*, (Fn. 40), Rdnr. 13.088; *Bischke*, (Fn. 18), Art. 27 VO 1/2003, Rdnr. 11; *Kerse/Khan*, (Fn. 40), Rdnr. 4-028 ff.

⁶³ EuGH, verb. Rs. C-125, 133, 135 und 137/07 P, *Lombardklub*, Slg. 2009, I-8681, Rdnrn. 270, 327; EuGH, Rs. C-3/06 P, *Groupe Danone/Kommission*, Slg. 2007, I-1331, Rdnr. 68; EuG, Rs. T-30/91, *Solvay/Kommission*, Slg. 1995, II-1775, Rdnr. 59.

⁶⁴ EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30 bis 32/95, T-34 bis 39/95, T-42 bis 46/95, T-48/95, T-50 bis 65/95, T-68 bis 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Cimenteries CBR/Kommission*, Slg. 2000, II-491, Rdnr. 156; *Ortiz Blanco/Jörgens*, in: Ortiz Blanco, European Community competition procedure, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 10.05.

⁶⁵ Für einen Überblick *Classen*, (Fn. 2), S. 244-247, 306; *Gumbel*, (Fn. 52), S. 197-201; *Hix*, (Fn. 3), S. 32-42.

⁶⁶ *Gumbel*, (Fn. 52), S. 187.

Verzichtbarkeit zu bejahen ist.⁶⁷ Das ergibt sich erst recht bei Bejahung einer Verzichtbarkeit sogar des Anhörungsrechts,⁶⁸ dem das verfahrensakzessorische Akteneinsichtsrecht funktional zugeordnet ist.

Wertungsmäßig wird das Ergebnis dadurch bestätigt, dass keine Pflicht zur Akteneinsicht besteht⁶⁹ und ein unterlassener Antrag auf Einsicht in Dokumente außerhalb der Kommissionsakte zur Verwirkung führt.⁷⁰ Wenn der Berechtigte sein Recht durch Untätigkeit verwirken kann, sollte er ebenso darauf verzichten können. Dieser Befund entspricht auch dem Schutzniveau von Art. 6 EMRK im Verwaltungsstrafverfahren. Der EGMR hat zahlreiche Aspekte eines fairen Verfahrens als grundsätzlich verzichtbar eingestuft,⁷¹ im Kontext von Absprachen sogar das Verfahren selbst.⁷²

II. Hinreichende Kenntnis der Sachlage

1. Anforderungen

Als weitere eigenständige Voraussetzung für einen wirksamen Verzicht wird in der Literatur zum Unionsrecht verlangt, dass der Grundrechtsträger „in voller Kenntnis der Sachlage“ handelt.⁷³ Im deutschen Recht ist eine entsprechende

⁶⁷ Implizit ebenso EuG, Rs. T-23/99, *LR AF 1998 A/S/Kommission*, Slg. 2002, II-1705, Rdnr. 179 (Rechtsfolge eines Verzichts); EuGH, verb. Rs. C-65/02 P und C-73/02 P, *ThyssenKrupp Stainless GmbH/Kommission*, Slg. 2005, I-6773, Rdnr. 82 (Auslegung von etwaigen Verzichtserklärungen).

⁶⁸ Hierfür *Classen*, (Fn. 2), S. 292 f.

⁶⁹ *Bischke*, (Fn. 18), Art. 27 VO 1/2003, Rdnr. 12.

⁷⁰ EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30 bis 32/95, T-34 bis 39/95, T-42 bis 46/95, T-48/95, T-50 bis 65/95, T-68 bis 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Cimenteries CBR/Kommission*, Slg. 2000, II-491, Rdnr. 383. Die zurzeit des Urteils geltende und bereits erörterte Rechtslage hat sich mittlerweile geändert: Art. 15 Abs. 1 VO 773/2004 sieht nunmehr ein Antragserfordernis für die Ausübung der Akteneinsicht vor.

⁷¹ Siehe etwa EGMR, Nr. 11855/85, *Håkansson and Stureson vs. Sweden*, Serie A171-A, Rdnr. 66 f.; EGMR, Nr. 25116/94, *Schöps vs. Germany*, NJW 2002, S. 2015, Rdnr. 48; *Gundel*, (Fn. 43), § 146, Rdnr. 129; *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, S. 71. Laut EGMR kann namentlich auf die Anwesenheit im Verfahren, die Beiziehung eines Verteidigers, das Konfrontationsrecht, die Verfahrensöffentlichkeit und die Garantie des unabhängigen und unparteilichen Gerichts verzichtet werden, *Gundel*, (Fn. 43), § 146, Rdnr. 129 m.w.N.; *Gaede*, (Fn. 58), S. 741 m.w.N. Im Schrifttum wird die Ansicht, dass grundsätzlich Teilrechte von Art. 6 EMRK verzichtbar sind, ganz überwiegend geteilt, siehe *Gaede*, (Fn. 58), S. 747 ff.; *Grabenwarter*, (Fn. 24), S. 123 f.; *Peukert*, (Fn. 39), Art. 6 EMRK, Rdnr. 3; *Gollwitzer*, (Fn. 57), Art. 6 EMRK, Rdnrn. 91 ff., 115, 189; *Gundel*, (Fn. 43), § 146, Rdnr. 130 a.E.; a.A. *Loucaides*, (Fn. 58), S. 48 ff.

⁷² EGMR, Nr. 6903/75, *Deeuer vs. Belgium*, Serie A 35, Rdnr. 49; EGMR, Nr. 33441/96, *Richard vs. France*, ECHR 1998-II, Rdnr. 49; *Gaede*, (Fn. 58), S. 741, 746 f.

⁷³ *Stumpf*, (Fn. 20), Art. 6 EUV, Rdnr. 31, der diese Anforderung explizit neben das Erfordernis eines freiwilligen Verzichts stellt; ohne entsprechende Abgrenzung *Jarass*, (Fn. 18), Art. 52, Rdnr. 20.

Anforderung umstritten, sie wird aber tendenziell großzügiger gefasst und der Freiwilligkeit des Verzichts zugeordnet: Teils wird eine „ausreichende Kenntnis der Sachlage“ verlangt,⁷⁴ teils lediglich geprüft, ob der Verzicht auf Täuschung oder Erschleichung beruht, während ein bloßer Irrtum unbeachtlich sein soll.⁷⁵

Die Rechtsprechung des EGMR wird dahingehend interpretiert, dass sich der Erklärende für einen wirksamen Verzicht auf Rechte aus Art. 6 EMRK der Tragweite seines Handelns bewusst sein muss.⁷⁶ Hierzu verlangt der EGMR Vorkehrungen im Verfahren, die im konkreten Fall die Erwartung begründen, der Verzicht beruhe auf einer informierten und hinsichtlich der Folgen bewussten Entscheidung.⁷⁷ Ob dies eine „ausreichende“ oder eher eine „volle“ Kenntnis erfordert, ist unklar⁷⁸ und dürfte sich nicht abstrakt beantworten lassen.

Der Standard zu Art. 6 EMRK bildet im Ergebnis einen Mittelweg zwischen den genannten Literaturmeinungen. Er hat jedenfalls als Mindestschutzniveau für das Unionsrecht Bedeutung und erscheint sachgerecht: Einerseits muss verhindert werden, dass sich der Erklärende in Bezug auf unvorhersehbare Situationen und Rechtsfolgen seines Grundrechtsschutzes begibt; andererseits kann nicht jede beliebige Fehlvorstellung ohne Rechtsgutsbezug zur Unwirksamkeit eines Verzichts führen, wenn man eine situative Verfügung über Grundrechtspositionen prinzipiell als Teil des Grundrechtsgebrauchs respektieren will.⁷⁹

2. Anwendung auf das Vergleichsverfahren

Im Hinblick auf die für einen Verzicht erforderliche Kenntnis der Sachlage ist zu berücksichtigen, dass das verfahrensakzessorische Recht auf umfassende Akteneinsicht ein Informationsrecht ist, das dem Betroffenen das Auffinden entlastender

⁷⁴ So *Dieterich*, in: Müller-Glöge/Schmidt u.a. (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 10. Aufl. 2010, GG Einl., Rdnr. 65, wobei nicht klar wird, ob er dies als Teil der Freiwilligkeit oder als eigenständiges Merkmal versteht.

⁷⁵ So *Fischinger*, (Fn. 61), S. 810; *Seifert*, (Fn. 61), S. 103, beide m.w.N. und Verortung im Rahmen der Freiwilligkeit.

⁷⁶ So *Peukert*, (Fn. 39), Art. 6 EMRK, Rdnr. 3 m.w.N.

⁷⁷ EGMR, Nr. 10802/84, *Pfeifer u. Plankl vs. Österreich*, NJW 1992, S. 1874, Rdnr. 37 f.; EGMR, Nr. 36256/97, *Thompson vs. United Kingdom*, Rdnr. 44; *Gaede*, (Fn. 58), S. 765; *Gundel*, (Fn. 43), § 146, Rdnr. 129; *Schädler*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 2008, Art. 1 EMRK, Rdnr. 8.

⁷⁸ EGMR, Nr. 57325/00, *D.H. vs. Czech Republic*, ECHR 2007-XII, Rdnr. 202, bezieht sich auf die bisherige Rechtsprechung, fordert aber anlässlich eines Verzichts auf das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK, der Verzicht müsse „in voller Kenntnis der Tatsachen erklärt worden sein, also auf der Grundlage eines informierten Einverständnisses“.

⁷⁹ Siehe *Dieterich*, (Fn. 74), GG Einl., Rdnr. 63; *Fischinger*, (Fn. 61), S. 809.

Schriftstücke in der Akte erst ermöglichen soll.⁸⁰ Daraus folgt, dass auf Akteneinsicht nur auf unvollständiger Wissensgrundlage verzichtet werden kann, weil der Erklärende den Akteninhalt gerade noch nicht kennt. Soweit als Verzichtsvoraussetzung eine volle Kenntnis der Sachlage gefordert wird, kann daher jedenfalls nicht verlangt werden, dass der Verzichtende genau überblickt, welche Verteidigungs- bzw. Entlastungschancen er aufgibt. Andernfalls wäre jeder Verzicht unwirksam. Vielmehr kann nur erreichbar sein und deshalb nur vorausgesetzt werden, dass sich der Betroffene darüber im Klaren ist, welche Konsequenzen drohen, wenn er sich nicht verteidigt. Das ist der Fall, wenn er weiß, was ihm zur Last gelegt wird und in welchem Ausmaß dafür Sanktionen drohen.

Im Vergleichsverfahren erklärt das betroffene Unternehmen den Verzicht auf umfassende Akteneinsicht erst nach Abschluss der Vergleichsgespräche im Vergleichersuchen. Zu diesem Zeitpunkt hat die Kommission bereits die Vorwürfe und die mögliche Bußgeldspanne offengelegt. Das Unternehmen setzt sich zwar der Gefahr aus, diese Belastungen auf falscher Grundlage zu akzeptieren.⁸¹ Bezogen auf die Umstände, die für einen Verzicht auf Akteneinsicht relevant sind, hindert das eine volle Kenntnis der Sachlage aber nicht.

III. Freiwilligkeit

Eine in Bezug auf die Unionsgrundrechte soweit ersichtlich unbestrittene⁸² und auch bei Art. 6 EMRK anerkannte⁸³ Voraussetzung für einen wirksamen Verzicht ist dessen Freiwilligkeit. Wenn – wie im Vergleichsverfahren – Verzicht auf Verfahrensrechte mit Bußgeldnachlässen angeregt bzw. verknüpft werden, ist diese Anforderung besonders problematisch. In der Literatur wird dementsprechend bezweifelt, ob Unternehmen sich freiwillig für ein Vergleichsverfahren mit den geforderten Erklärungen entscheiden können.⁸⁴ Allerdings ist weitgehend unge-

⁸⁰ 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 A/S/Kommission*, Slg. 2004, I-123, Rdnr. 69; *Weiß*, (Fn. 18), Art. 27 VerfVO, Rdnr. 18; *Sura*, (Fn. 16), Art. 27 VO 1/2003, Rdnr. 31.

⁸¹ Vgl. *Cooke*, (Fn. 10), S. 261, 271.

⁸² Zu Unionsgrundrechten *Winkler*, (Fn. 20), S. 113; *Stumpf*, (Fn. 20), Art. 6 EUV, Rdnr. 31. Im deutschen Recht entspricht das Freiwilligkeitserfordernis der wohl herrschenden Ansicht, ist aber bestritten, näher *Fischinger*, (Fn. 61), S. 809 f. m.w.N.

⁸³ Siehe EGMR, Nr. 16717/90, *Pauger vs. Austria*, ECHR 1997-III, Rdnr. 58; EGMR, Nr. 11855/85, *Håkansson and Stureson vs. Sweden*, Serie A171-A, Rdnr. 66 f.; *Grabenwarter*, (Fn. 24), S. 124; *Peukert*, (Fn. 39), Art. 6 EMRK, Rdnr. 3; *Grabenwarter/Maraubn*, (Fn. 56), Kap. 7, Rdnr. 66; *Gundel*, (Fn. 43), § 146, Rdnr. 129.

⁸⁴ *Waelbroeck*, Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?, Global Competition Law Centre Working Paper 01/08, S. 38, 40 f., *ders.*, in: Gheur (Hrsg.),

klärt, anhand welcher Kriterien die Freiwilligkeit eines Verzichts zu messen ist. Dabei muss man sich vergegenwärtigen, dass die Freiheit einer Verzichtsentcheidung nicht empirisch als psychologisches Faktum festgestellt werden kann, sondern anhand von typisierten Umständen normativ und wertend geprüft werden muss.⁸⁵ „Freiwilligkeit“ im Rechtssinne bedeutet, dass eine Verzichtserklärung dem Rechtsinhaber normativ zugerechnet werden kann. Es muss also festgelegt werden, welche Umstände und Einwirkungen eine im Rechtssinne freie Entscheidung sichern bzw. ausschließen. Hierzu wird nachfolgend der Stand von Rechtsprechung und Literatur zum Unionsrecht sowie zu Art. 6 EMRK untersucht (1.-3.). Die herausgearbeiteten Anforderungen werden sodann auf das Vergleichsverfahren angewandt und Divergenzen zwischen grundrechtlichem Standard und Verfahrenspraxis aufgezeigt (4.).

1. Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU

Ein klares Kriterium dafür, wann ein Verzicht auf Verfahrens(grund)rechte freiwillig ist, hat sich im europäischen Eigenverwaltungsrecht bislang nicht herausgebildet. Der Rechtsprechung zum Kartellbußgeldverfahren können aber einige Hinweise diesbezüglich entnommen werden.

a) Behördeninitiative zum Verzicht auf förmliche Anhörung und Akteneinsicht

Mit Blick auf einen Verzicht auf Akteneinsichts- bzw. Anhörungsrechte gibt es soweit ersichtlich nur zwei einschlägige Urteile des Gerichts.

Hinsichtlich des Rechts auf umfassende Akteneinsicht ist das Urteil *LR AF 1998 A/S gegen Kommission*⁸⁶ bedeutsam. Im Verwaltungsverfahren hatte die Kommission den Unternehmen nach Mitteilung der Beschwerdepunkte unter im Einzelnen streitigen Umständen vorgeschlagen, sichergestellte Unterlagen zur Vermeidung einer Einsichtnahme in die Kommissionsakte untereinander auszutauschen, woran sich auch die Klägerin beteiligte.⁸⁷ Sie rügte später, unter Druck

Alternative enforcement techniques in EC competition law, 2009, S. 221, 250, 252 f.; auch zu Art. 9 VO 1/2003 *Ratliff*, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 10), S. 305 ff. sowie S. 313 in Bezug auf die Erklärung gem. Rdnr. 20 lit. c) der Mitteilung zum Vergleichsverfahren, hinreichende Informationen und Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten zu haben.

⁸⁵ *Gaede/Rübenstahl*, Die Effektivierung der revisionsgerichtlichen Rechtskontrolle von Urteilsabsprachen durch die Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts, HRRS 2004, S. 348; *Gaede*, (Fn. 58), S. 759 f.

⁸⁶ EuG, Rs. T-23/99, *LR AF 1998 A/S/Kommission*, Slg. 2002, II-1705.

⁸⁷ *Ibid.*, Rdnrn. 173-176.

der Kommission auf Akteneinsicht verzichtet zu haben, wobei die Kommission bei einem anderen Unternehmen, das offenbar Akteneinsicht verlangt habe, die Geldbuße zur Strafe geringer herabgesetzt habe. Die Kommission bestritt dies.⁸⁸ Das Gericht betonte zunächst den Zweck der Akteneinsicht und die daraus folgenden Verpflichtungen der Kommission,⁸⁹ würdigte anschließend recht ausführlich den Sachverhalt⁹⁰ und führte aus, dass die Klägerin kein Verhalten der Kommission bewiesen habe,

„aus dem sie [...] hätte schließen können, dass die Ausübung ihres Rechts auf Akteneinsicht Auswirkungen auf die spätere Beurteilung des Umfangs ihrer Kooperation bei der Berechnung der Geldbuße haben würde“

oder dass die Kommission bei einem anderen Unternehmen so verfahren sei. Andere Parteien hätten zwar eine Verbindung zwischen ihrer Kooperation und Modalitäten der Akteneinsicht hergestellt, dabei aber

„nicht auf ein Verhalten der Kommission Bezug [genommen], das den Eindruck hätte erwecken können, dass ein Antrag auf Akteneinsicht eine Erhöhung der Geldbuße zur Folge hätte.“

Die Klägerin habe außerdem nicht bewiesen, dass sie sich unter Druck bereit erklärt habe, keine Akteneinsicht zu nehmen. Da die Kommission selbst das Recht auf Einsichtnahme gewährleistet habe, könne ihr auch nicht vorgeworfen werden, dass sie den Zugang dadurch erleichtern wollte, dass sie die Unternehmen zu einem Austausch von Unterlagen aufforderte.⁹¹

Aus diesem Urteil ergibt sich, dass die Kommission auch mit dem Ziel der Aufwandsersparnis darauf hinwirken darf, dass die Parteien ihr Akteneinsichtsrecht nicht ausüben. Zugleich deutet es darauf hin, dass es für die Wirksamkeit eines Verzichts relevant wäre, wenn die Kommission diesen bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt. Andernfalls wäre die entsprechende Rüge schon unschlüssig und die relativ ausführliche Sachverhaltswürdigung überflüssig gewesen.⁹² Unklar ist allerdings, welchen Standard das Gericht anlegt: Das erste Zitat deutet an, dass umfassende Akteneinsicht keinen Einfluss auf die Beurteilung des Umfangs der Kooperation haben darf. Eine hoheitliche Vergünstigung für einen Verzicht auf Akteneinsicht könnte danach – wie in der Literatur vertreten⁹³ –

⁸⁸ Ibid., Rdnr. 167 f.

⁸⁹ Ibid., Rdnrn. 169-171.

⁹⁰ Ibid., Rdnrn. 172-180.

⁹¹ Ibid., Rdnrn. 181-183, Hervorhebungen jeweils vom Verfasser.

⁹² Vgl. das nachfolgend resümierte Urteil *CD-Contact*, in dem das EuG den tatsächlichen Hintergrund der rechtlich als nicht durchgreifend beurteilten Rüge nicht geprüft hat.

⁹³ In diese Richtung zum Vergleichsverfahren *Waelbroeck*, in: Gheur, (Fn. 84), S. 221, 252 ff.; ders., GCLC Working Paper, (Fn. 84), S. 38 ff., der jede Vergünstigung für eine Nichtinanspruch-

dessen Wirksamkeit ausschließen. Da ein Bußgeldnachlass im Vergleichsverfahren an einen Verzicht gekoppelt ist, erschiene seine Wirksamkeit – vorbehaltlich einer Intensitätsschwelle – problematisch. Hingegen stellt die zweite Formulierung darauf ab, ob umfassende Akteneinsicht strafschärfend bewertet worden ist. Sie entspricht der Linie zum eingeschränkten Auskunftsverweigerungsrecht (näher sogleich b)) und ist Ausdruck der rechtlichen Selbstverständlichkeit, dass die Ausübung von Verteidigungsrechten keine rechtlichen Nachteile zur Folge haben darf. Da das Vergleichsverfahren rechtstechnisch in eine Bußgeldermäßigung mündet, deren Ausbleiben rechtlich keine Strafe ist, wären die dort erklärten Verzichte demnach unproblematisch.

Das zweite einschlägige Urteil, *CD-Contact*, datiert aus dem Jahr 2009 und bezieht sich auf das Recht einer förmlichen mündlichen Anhörung. Das Gericht entschied, dass nicht nur der Anhörungsbeauftragte der Kommission, sondern auch die das Bußgeldverfahren betreibende Generaldirektion (GD) Wettbewerb beschuldigte Unternehmen kontaktieren darf, um die etwaige Abhaltung einer förmlichen Anhörung zu erörtern.⁹⁴ Dabei verletze es weder die Verteidigungsrechte noch die ordnungsgemäße Verwaltung, wenn die GD Wettbewerb ein Unternehmen darauf hinweist, dass sie die Sache so rasch wie möglich voranbringen wolle und dass alle anderen Adressaten auf eine förmliche Anhörung verzichtet hätten. Das Gericht verwarf die daran anknüpfende Behauptung des Klägers, er sei stillschweigend zu einem Verzicht gedrängt worden.

Danach steht es der Freiwilligkeit nicht entgegen, wenn die Kommission einem beschuldigten Unternehmen implizit nahelegt, auf eine förmliche Anhörung zu verzichten, um das Verfahren zügig abzuschließen. Ein Verzicht wird also durch behördliche Veranlassung nicht per se unfreiwillig. Ob dies auch bei Verknüpfung mit einer Bußgeldermäßigung gilt, bleibt aber wiederum offen.

b) Belohnung von Aufklärungshilfe

Eine weitere Festlegung könnte man daraus entnehmen, dass es dem Gerichtshof der EU zufolge die Verteidigungsrechte der Unternehmen nicht verletzt, wenn die Kommission kooperatives Verhalten bußgeldmindernd berücksichtigt.⁹⁵

nahme von Verteidigungsrechten scharf kritisiert. In ähnlicher Weise wird in der Literatur auch für EMRK-Rechte diskutiert, ob nicht jede staatliche Initiative in Richtung eines Verzichts auszuschließen ist, siehe *Gaede*, (Fn. 58), S. 762 m.w.N.

⁹⁴ EuG, Rs. T-18/03, *CD-Contact GmbH/Kommission*, Slg. 2009, II-1021, Rdnr. 124. Das Rechtsmittel der Rechtsnachfolgerin der *CD-Contact*, welches sich allein auf die Beurteilung gemäß Art. 81 EG bezog, hat der Gerichtshof zurückgewiesen, EuGH, Rs. C-260/09 P, *Activation Blizzard*, noch nicht in amtl. Slg.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-298/98 P, *Finnboard*, Slg. 2000, I-10157, Rdnr. 58.

Demnach ist nicht jeder behördliche Anreiz zur Aufgabe von Verteidigungsrechten unzulässig bzw. mit einem wirksamen Verzicht unvereinbar.

Auf den ersten Blick könnte es naheliegen, diesen Befund zu verallgemeinern. Allerdings bezieht sich die erwähnte Rechtsprechung auf Kooperation durch Aufklärungshilfe in Form von Geständnissen und eine darin liegende Selbstbelastung. Gemäß der – in der Literatur bestrittenen – Ansicht des Gerichtshofs der EU haben Unternehmen im Kartellbußgeldverfahren ohnehin kein umfassendes Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen.⁹⁶ Ein Unternehmen muss auf einen Auskunftsbefehl (Art. 18 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1/2003) grundsätzlich umfassende tatsächliche Angaben machen und Unterlagen vorlegen, selbst bei belastendem Charakter.⁹⁷ Dem Gerichtshof zufolge besteht eine Grenze erst, wenn der Anspruch auf rechtliches Gehör irreversibel beeinträchtigt würde.⁹⁸ Daher könne die Kommission ein Unternehmen nicht zu Antworten verpflichten, durch die es eine Zuwiderhandlung eingestehen müsste, welche die Kommission zu beweisen hat.⁹⁹ Dieser oft als „Geständnisverweigerungsrecht“¹⁰⁰ bezeichnete

⁹⁶ Siehe aus der umfangreichen Literatur hierzu *Reinalter*, (Fn. 52), S. 84 ff.; *Kindhäuser*, (Fn. 12), Bußgeldrechtliche Folgen Art. 81 EG-Vertrag, Rdnr. 217 ff.; *Burrichter*, in: Immenga/Mestmäcker, (Fn. 40), Vorb. zu Art. 17-22 VO 1/2003, Rdnr. 23 ff.; monographisch *König*, (Fn. 40), S. 163 ff.; *Vocke*, (Fn. 52), S. 115 ff.; *Kehl*, Schutz von Informationen im europäischen Kartellverfahren, 2006, S. 43 ff.; *Gumbel*, (Fn. 52), S. 122 ff.

⁹⁷ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283, Rdnr. 34; EuGH, Rs. C-301/04 P, *SGL Carbon/Kommission*, Slg. 2006, I-5915, Rdnrn. 41, 44; EuGH, verb. Rs. C-125, 133, 135 und 137/07 P, *Lombardklub*, Slg. 2009, I-8681, Rdnr. 271; EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Slg. 2001, II-729, Rdnr. 65; *Barthelmeß/Rudolf*, in: Loewenheim/Meessen, (Fn. 18), Art. 18 VerfVO, Rdnr. 41; *Burrichter*, (Fn. 96), Vorb. zu Art. 17-22 VO 1/2003, Rdnr. 25.

⁹⁸ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283, Rdnr. 33; EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Slg. 2001, II-729, Rdnr. 64; *Burrichter*, (Fn. 96), Vorb. zu Art. 17-22 VO 1/2003, Rdnr. 26.

⁹⁹ EuGH, Rs. 374/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283, Rdnr. 34 f.; EuGH, Rs. C-301/04 P, *SGL Carbon/Kommission*, Slg. 2006, I-5915, Rdnr. 42; EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Slg. 2001, II-729, Rdnr. 67. Der Gerichtshof hat als Grundrecht von Unternehmen also nur den Anspruch auf rechtliches Gehör anerkannt, aus dem unter engen Voraussetzungen ein Auskunftsverweigerungsrecht folgt. Vgl. *Burrichter*, (Fn. 96), Vorb. zu Art. 17-22 VO 1/2003, Rdnr. 26; *Barthelmeß/Rudolf*, (Fn. 97), Art. 18 VerfVO, Rdnr. 41 ff. Das Gericht hat dieses auch auf den allgemeinen Grundsatz der Wahrnehmung der Verteidigungsrechte gestützt sowie auf den Grundsatz, dass jedermann Anspruch auf einen fairen Prozess hat. Vgl. EuG, Rs. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Slg. 2001, II-729, Rdnr. 77. Ersteres deutet nunmehr auch der Gerichtshof an, EuGH, verb. Rs. C-125, 133, 135 und 137/07 P, *Lombardklub*, Slg. 2009, I-8681, Rdnr. 271.

¹⁰⁰ *Burrichter*, (Fn. 96), Vorb. zu Art. 17-22 VO 1/2003, Rdnr. 26; *Barthelmeß/Rudolf*, (Fn. 97), Art. 18 VerfVO, Rdnr. 45. Die Bezeichnung ist anschaulich, aber missverständlich, weil die Kommission durchaus Geständnisse zumindest i.S.d. deutschen Strafrechts verlangen kann, d.h. eine Anerkennung von Tatsachen, die für die Schuldfrage von Bedeutung sein können, siehe *Kindhäuser*, (Fn. 12), Bußgeldrechtliche Folgen Art. 81 EG-Vertrag, Rdnr. 218.

Vorbehalt verbietet nur einen Zwang zur Selbstbeziehung. An diesem – durchaus kritikwürdigen¹⁰¹ – Rechtsstand hat sich durch die „mittelbare“ Geltung von Art. 6 EMRK nach dem Vertrag von Lissabon nichts geändert, weil der EGMR ein Auskunftsverweigerungsrecht für Unternehmen bislang nicht anerkannt hat. Das überzeugt insofern, als die Argumentation für ein solches Recht natürlicher Personen nicht übertragbar ist.¹⁰² Auch das Bundesverfassungsgericht lehnt deshalb eine Erstreckung auf juristische Personen ab.¹⁰³

Verbotenen Zwang definiert der Gerichtshof der EU in Zusammenhang mit einer Selbstbeziehung ausschließlich als rechtliche Verpflichtung. Die Frage nach einem „Geständnisverweigerungsrecht“ und einem etwaigen Verzicht auf dieses stellt sich demnach nur bei einer rechtlich sanktionsbewehrten Auskunftspflicht.¹⁰⁴ Eine Bußgeldermäßigung ist formalrechtlich keine Sanktion und bedeutet daher gemäß der Rechtsprechung per se keinen Zwang zur Selbstbeziehung,¹⁰⁵ sondern eine Belohnung für freiwilliges Verhalten.¹⁰⁶ Der Gerichtshof der EU prüft hier also weder faktische Zwangslagen noch geht er auf die Problematik ein, dass hinreichende Vergünstigungen für Kooperation gepaart mit einer gewissen Belastungsintensität und/oder „Fehlerquote“ des (Gerichts-)Verfahrens Beschuldigte systematisch dazu anhalten können, Vorwürfe unabhängig von deren Berechtigung zu akzeptieren.¹⁰⁷

Gegen das Verständnis des Gerichtshofs der EU von relevantem Zwang lässt sich einwenden, dass Strafmilderungsanbieten und Strafschärfungsdrohungen aus Sicht

¹⁰¹ Siehe mit Blick auf die Formulierungsabhängigkeit *Sura*, (Fn. 16), Art. 18 VO 1/2003, Rdnr. 15 m.w.N.; zur Abgrenzungsproblematik *Weiß*, (Fn. 18), Art. 18 VerVO, Rdnr. 43 f.

¹⁰² Zutreffend *Friedmann*, Die Geltung rechtsstaatlicher Grundsätze im kartellrechtlichen Bußgeldverfahren der EG, 2005, S. 126 ff.; *Burrichter*, (Fn. 96), Vorb. zu Art. 17-22 VO 1/2003, Rdnrn. 42-45, beide m.w.N.; a.A. *Dannecker*, Beweiserhebung, Verfahrensgarantien und Verteidigungsrechte im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren als Vorbild für ein europäisches Sanktionsverfahren, ZStW 1999, S. 285 f.

¹⁰³ BVerfG, Az. 1 BvR 2172/96, Beschluss v. 26.2.1997, NJW 1997, S. 1843 f.; krit. *Klusmann*, in: Wiedemann/Bumiller, (Fn. 43), § 57, Rdnr. 37 m.w.N.; *Dannecker*, (Fn. 102), S. 285 f.

¹⁰⁴ EuGH, Rs. C-407/04 P, *Dalmine*, Slg. 2007, I-829, Rdnr. 35; EuG, verb. Rs. T-25/95, T-26/95, T-30 bis 32/95, T-34 bis 39/95, T-42 bis 46/95, T-48/95, T-50 bis 65/95, T-68 bis 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, *Cimenteries CBR/Kommission*, Slg. 2000, II-491, Rdnrn. 732-735; *Burrichter*, (Fn. 96), Art. 17 VO 1/2003, Rdnr. 37.

¹⁰⁵ Siehe EuG, Rs. T-311/94, *BPB de Eendracht NV/Kommission*, Slg. 1998, II-1129, Rdnr. 323 f.; *Jarass*, (Fn. 18), Art. 48, Rdnr. 34.

¹⁰⁶ EuGH, verb. Rs. C-65/02 P und C-73/02 P, *ThyssenKrupp Stainless GmbH/Kommission*, Slg. 2005, I-6773, Rdnrn. 51-53; 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/Kommission*, Slg. 2005, I-5425, Rdnrn. 417-419; ebenso zur Kronzeugenregelung *Schneider*, Kronzeugenregelung im EG-Kartellrecht, 2004, S. 226.

¹⁰⁷ Zu dieser Problematik am Beispiel des US *plea bargaining* *Covey*, Fixed Justice: Reforming Plea-Bargaining With Plea-Based Ceilings, Tul. L. Rev. 2008, S. 1237, 1248.

des betroffenen Grundrechtsträgers ganz ähnlich wirken: Beide motivieren mittels einer Relation unterschiedlich schwerer Sanktionsaussprüche zur Preisgabe von Informationen und damit zur Nichtausübung eines Verteidigungsrechts.¹⁰⁸ Dennoch ist die Differenzierung der Rechtsprechung im Ergebnis sachgerecht. Andernfalls wäre eine bußgeldmindernde Berücksichtigung von Aufklärungshilfe als verbotener Zwang zur Selbstbezichtigung stets rechtfertigungsbedürftig,¹⁰⁹ zugleich aber durch den Grundsatz der individuellen Strafzumessung rechtlich geboten.¹¹⁰

Der Standpunkt zur Belohnung einer Selbstbezichtigung kann indes nicht ohne Weiteres auf einen Verzicht auf Informations- und Stellungnahmerechte übertragen werden, wie er im Vergleichsverfahren institutionalisiert ist, weil sich die Interessenlage unterscheidet. Bei einem Geständnis geht es darum, der Kommission nötige (Ermittlungs-)Informationen zu verschaffen; dies fördert der Gerichtshof, indem er nur ein sehr eng gefasstes Auskunftsverweigerungsrecht anerkennt und dessen Beeinträchtigung durch formalrechtliche Vergünstigungen per se verneint. Das ist insofern stimmig, als eine persönliche Konfliktsituation bei Unternehmen ausscheidet und das Verbergen rechtswidriger Kartelle nicht schutzwürdig ist. Bei Informations- und Stellungnahmerechten geht es umgekehrt darum, den Unternehmen nötige (Verteidigungs-)Informationen zu gewährleisten. Daher besteht nun an der Rechtsausübung, nicht am Verzicht, ein schutzwürdiges individuelles und allgemeines rechtsstaatliches Interesse. Deshalb wäre es nicht sachgerecht, auch insoweit davon auszugehen, dass behördliche Anreize zum Verzicht per se nicht dessen Freiwilligkeit tangieren.

c) Zwischenergebnis

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU lässt sich nur entnehmen, dass es die Freiwilligkeit eines Verzichts auf das Anhörungs- bzw. das daraus abgeleitete Akteneinsichtsrecht nicht grundsätzlich tangiert, wenn die Kommission hierauf zur Verfahrensrationalisierung hingewirkt, aber nicht mit einem höheren Bußgeld gedroht hat. Offen ist, ob oder inwieweit ein „Zuckerbrot“ in Form einer Bußgeldermäßigung einen freiwilligen Verzicht ausschließen kann. Die verneinende

¹⁰⁸ Kölbl, Geständnisverwertung bei missglückter Absprache, NStZ 2003, S. 235.

¹⁰⁹ Zu weitgehend Zagrosek, Kronzeugenregelungen im U.S.-amerikanischen, europäischen und deutschen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2006, S. 192, der meint, dass dann jede bußgeldmindernde Berücksichtigung von Nachtatverhalten unterbleiben müsste.

¹¹⁰ EuG, Rs. T-224/00, *Archer Daniels Midland*, Slg. 2003, II-2597, Rdnr. 261; im Rechtsmittelverfahren bestätigt von EuGH, Rs. C-397/03 P, *Archer Daniels Midland/Kommission*, Slg. 2006, I-4429; EuG, Rs. T-18/03, *CD-Contact GmbH/Kommission*, Slg. 2009, II-1021, Rdnr. 95; allg. zu dem Grundsatz *Engelsing/Schneider*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, (Fn. 18), Art. 23 VO 1/2003, Rdnr. 142.

Ansicht der Rechtsprechung zum Geständnisverweigerungsrecht ist insoweit nicht übertragbar.

2. Literatur zum Kartellverfahren

In der Literatur zum europäischen Kartellrecht wurde die Frage, wann ein Verzicht auf Grundrechte freiwillig ist, bislang vorwiegend im Zusammenhang mit Selbstbelastungen auf Grundlage der Kronzeugenregelung behandelt. Dabei wird erstens unter Einbeziehung faktischer Zwangslagen thematisiert, ob die Selbstbelastung der Unternehmen erzwungen ist. *Häberle* stellt hier darauf ab, ob die Geldbußen so stark erhöht worden seien, dass den Unternehmen faktisch keine andere Wahl als die Kooperation und damit die Selbstbelastung bleibe. Es liege aber kein unzulässiger Zwang vor, solange die Kommission die in Art. 23 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 normierte Bußgeldobergrenze nicht überschreite.¹¹¹ Eine Selbstbelastung wäre danach nur erzwungen, wenn die Kommission Bußgelder rechtswidrig überhöht.

Zweitens wird hinterfragt, ob die Kronzeugenregelung einen unzulässigen Druck auf die Unternehmen ausübt, der ihren – Art. 6 EMRK gleichwertigen – Anspruch auf ein faires Verfahren verletzt.¹¹² *Zagrosek* stellt hierfür drei kumulative Voraussetzungen auf: Kooperation ist der Regelfall, das Bußgeldniveau liegt an der oberen Grenze und der Nachweis der illegalen Vereinbarung kann allein auf die Beweismittel der Kronzeugen gestützt werden.¹¹³ Jedenfalls die letzte Anforderung ist gegenwärtig nicht erfüllt, weil eine bestrittene Aussage eines Kronzeugen allein kein hinreichendes Beweismittel ist.¹¹⁴ Diese Kriterien sind allerdings nicht ohne weiteres auf das Vergleichsverfahren übertragbar, weil dieses keine primäre Ermittlungsfunktion hat, sondern vorrangig die zweite, kontradiktorische Phase des Kartellbußgeldverfahrens vereinfachen und beschleunigen soll.¹¹⁵ Überdies haben sie den Nachteil, an eine Art „Durchschnittszustand“ des Kartellverfahrens

¹¹¹ *Häberle*, Die Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission, 2005, S. 176.

¹¹² Dies bejahend *Schwarze*, EuR 2009, (Fn. 40), S. 190 ff., allerdings ohne Kriterien für unzulässigen Druck.

¹¹³ *Zagrosek*, (Fn. 109), S. 192-197; ähnl. *Hetzel*, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht, 2004, S. 224 f., der erwägt, ob unzulässiger Zwang vorliegen könne, sofern Kooperation nach der Kronzeugenmitteilung zum Regelfall wird, so dass ein Nichtgeständnis eine vom Normalfall abweichende Bußgeldbemessung bedeute.

¹¹⁴ EuG, Rs. T-38/02, *Groupe Danone/Kommission*, Slg. 2005, II-4407, Rdnr. 285; *Castillo de la Torre*, (Fn. 43), S. 550 m.w.N.

¹¹⁵ Vgl. *Hederström*, in: Weiß (Hrsg.), Rechtsstellung Betroffener im modernisierten EU-Kartellverfahren, 2010, S. 10-12; *Horányi*, The European Commission's Settlement Procedure for Cartel Cases – Costs and Benefits, ZEuS 2008, S. 670; *Centella/Cuziat*, EC antitrust direct settlement proceedings: An EC point of view, Concurrences 2008, S. 77, Rdnr. 12 f.; MEMO/08/458, (Fn. 8), S. 2. Dessen ungeachtet dient aber auch das Vergleichsverfahren dazu,

anzuknüpfen (Kooperation als „Regelfall“, „Bußgeldniveau“). Eine Definition der (Un-)Freiwilligkeit eines Verzichts sollte aber eine Subsumtion im Einzelfall erlauben, ohne dass auf regelmäßige Zustände abgestellt werden muss, die im Einzelfall eventuell nicht gegeben sind.

3. Rechtslage zu Art. 6 EMRK

a) Kriterien des EGMR

Um den im Unionsrecht offenen Maßstab der Freiwilligkeit zu konkretisieren, können nach dem Vertrag von Lissabon die Anforderungen zum Verzicht auf Art. 6 EMRK als Mindeststandard für Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 GRCh herangezogen werden. Nach dem Stand der Rechtsprechung des EGMR lassen sich ungeachtet zahlreicher offener Fragen¹¹⁶ zwei Mindestbedingungen für die Freiwilligkeit eines Verzichts identifizieren:

(1) Keine konkreten, staatlich veranlassten Willensmängel

Erstens darf der Verzicht nicht durch konkrete, staatlich veranlasste Willensmängel motiviert sein, insbesondere nicht durch staatlichen Zwang.¹¹⁷ Leiturteil¹¹⁸ zu dem letztgenannten Aspekt ist das Urteil *Deewer vs. Belgien*, in dem der EGMR entschied, dass ein eklatantes Missverhältnis („*flagrant disproportion*“) zwischen der im Rahmen einer Verständigung angebotenen Sanktion und den drohenden Nachteilen in einem streitigen Verfahren den Verzicht auf letzteres unfreiwillig macht und zu einer Verletzung von Art. 6 EMRK führt.¹¹⁹ Der Fall betraf einen Fleischer, dem ein Verstoß gegen ein Ministerialdekret zur Begrenzung von Fleischpreisen vorgeworfen wurde. Daraufhin ordnete die Staatsanwaltschaft eine unanfechtbare vorläufige Geschäftsschließung an, die bis zur Zahlung von 10.000 Belgische Franc auf einen zugleich angebotenen „gütlichen Vergleich“ (*minnelijke schikking*) andauern sollte oder spätestens bis zum Abschluss eines Gerichtsverfahrens, in dem nach Gesetzeslage bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe oder bis zu 30 Mio. Belgische Franc Geldbuße drohten. Solche Gerichtsverfahren endeten aber

Informationen zu ermitteln und neue Beweise für den verfolgten Kartellverstoß zu erlangen, siehe *Brankin*, (Fn. 11), S. 171. Insb. sind die Geständnisse verwertbare Beweismittel, *Kindhäuser*, (Fn. 12), EL 70, Art. 23 VO 1/2003, Rdnr. 71.

¹¹⁶ Gaede, (Fn. 58), S. 750; Gollwitzer, (Fn. 57), Art. 1 EMRK, Rdnr. 24.

¹¹⁷ Zum Zwangsaspekt EGMR, Nr. 11855/85, *Håkansson and Sturesson vs. Sweden*, Serie A171-A, Rdnr. 66 (zu Art. 6 EMRK); EGMR, Nr. 57325/00, *D.H. vs. Czech Republic*, ECHR 2007-XII, Rdnr. 202 (zu Art. 14 EMRK); zu staatlich veranlassten Willensmängeln EGMR, EGMR, Nr. 10802/84, *Pfeifer u. Plankl vs. Österreich*, NJW 1992, S. 1874.

¹¹⁸ So Zimmerlin, (Fn. 56), S. 111; Harris/O’Boyle/Warbrick, *Law of the ECHR*, 2. Aufl. 2009, S. 245.

¹¹⁹ EGMR, Nr. 6903/75, *Deewer vs. Belgium*, Serie A 35, Rdnrn. 49-54.

verbreitet mit Freisprüchen, meist weil die Gerichte das Dekret als rechtswidrig verwarfen. Herr *Deewer* beglich den Vergleichsbetrag gleichwohl unverzüglich.¹²⁰ Der EGMR entschied, dass Herr *Deewer* damit unter Zwang auf sein Recht auf gerichtliche Entscheidung verzichtet habe. Den unzulässigen Zwang erblickte der EGMR in der vorläufigen Geschäftsschließung. Diese hätte Herrn *Deewer* in einem mehrmonatigen Gerichtsverfahren sein Einkommen entzogen und dem Risiko ausgesetzt, sein Personal weiterbezahlen zu müssen und seinen Kundenstamm zu verlieren. Die Vergleichssumme nahe am gesetzlichen Mindestbetrag sei das wesentlich geringere Übel gewesen, habe den Druck der Schließungsanordnung verstärkt und ihn zwingend gemacht.¹²¹ Daraus resultierte das eklatante Missverhältnis der Alternativen.

Ebenfalls erhellend ist die Rechtssache *Borghi vs. Italy*. *Borghi* wurde für verschiedene Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren und einer Geldstrafe von 4 Mio. Lire (damals ca. 2.065 Euro) verurteilt. Nach erfolgloser Berufung legte er ein weiteres Rechtsmittel unter Beschränkung auf Rechtsfragen ein. Bevor über dieses entschieden war, beantragte Herr *Borghi* die Verhängung einer Strafe, welche er mit dem Generalstaatsanwalt am Rechtsmittelgericht ausgehandelt hatte und zog alle Rechtsmittelgründe zurück. Unter Verweis auf die Vereinbarung reduzierte das Gericht die Strafen um jeweils 25 % und wies das Rechtsmittel im Übrigen mangels Gründen für einen Freispruch zurück. Eine später von Herrn *Borghi* eingelegte Beschwerde zum EGMR wies dieser als unzulässig ab, weil Herr *Borghi* nicht die innerstaatlichen Rechtsmittel ausgeschöpft habe. Zwar habe er mit dem Aushandeln der Strafe einen Vorteil in Bezug auf diese erstrebt. Es sei aber nicht davon auszugehen, dass die Aussicht, einen etwaigen Vorteil zu erhalten, die Freiwilligkeit eines Angeklagten beeinträchtige, auf alle Rechtsmittelgründe zu verzichten.¹²²

(2) Mindestmaß verfahrensrechtlicher Schutzvorkehrungen

Als zweite Bedingung für einen freiwilligen Verzicht auf Verfahrensrechte verlangt der EGMR, dass die Erklärung im Einzelfall durch ein Mindestmaß an Schutzinstrumenten abgestützt wird, die der Bedeutung der Sache und dem betroffenen Recht entsprechen.¹²³ Gefordert sind angemessene verfahrensrechtliche

¹²⁰ Ibid., Rdnrn. 7-21.

¹²¹ Ibid., Rdnr. 51b.

¹²² *Gundel*, (Fn. 43), § 146, Rdnr. 129, bezeichnet das mit Recht als „großzügig“.

¹²³ EGMR, Nr. 33441/96, *Richard vs. France*, ECHR 1998-II, Rdnr. 49 (zu Verständigung); EGMR, Nr. 10802/84, *Pfeifer u. Plankl vs. Österreich*, NJW 1992, S. 1874, Rdnr. 37 (Befangenheitsrüge); EGMR, Nr. 25116/94, *Schöps vs. Germany*, Rdnr. 48 (Akteneinsicht); EGMR, Nr. 14032/88, *Poitrimol vs. France*, Serie A 277-A, ÖJZ 1994, S. 467, Rdnr. 31 (Verhandlung in Abwesenheit); *Gaede/Rübenstahl*, (Fn. 85), S. 349.

Vorkehrungen, die die Belastbarkeit des Verzichts positiv begründen¹²⁴ und zugleich ein Minimum an angemessenen Gewährleistungen erhalten.¹²⁵ In der Sache geht es darum zu sichern, dass das Recht dem Inhaber konkret und wirksam eröffnet wurde, ihm somit ein Verzicht zugerechnet werden kann. Dabei kann insbesondere eine hinreichende rechtliche Aufklärung des Rechtsinhabers und mithin seine Unterstützung durch einen Verteidiger bedeutsam sein,¹²⁶ namentlich bei der Entscheidung für ein abgekürztes Verfahren.¹²⁷ Bei einer Verständigung legt der EGMR zudem Wert auf die Möglichkeit einer effektiven gerichtlichen Kontrolle.¹²⁸ Schließlich kann man hier auch die bereits gesondert geprüfte Anforderung einer hinreichenden Kenntnis der Sachlage einordnen.¹²⁹ Eine konsistente Linie, wann welche Schutzvorkehrungen erforderlich sind, lässt sich der Rechtsprechung allerdings nicht entnehmen,¹³⁰ zumal sich der Zwang und das Fehlen geeigneter Schutzvorkehrungen auch überschneiden können. Dies illustriert der Fall *Thompson vs. United Kingdom*. Dort erfolgte die Entscheidung für ein abgekürztes Militärstrafverfahren laut EGMR nicht freiwillig, weil der Betroffene der Stelle, die das abgekürzte Verfahren führte, hierarchisch untergeordnet war, das abgekürzte Verfahren eine erheblich geringere Freiheitsstrafe vorsah (max. 28 bzw. 60 Tage gegenüber max. 2 Jahren), das ausführliche Verfahren seinerseits nicht Art. 6 EMRK genügte und der Betroffene als Laie seine Rechtslage nicht beurteilen konnte.¹³¹

b) Interpretation der Rechtsprechung

Eine Interpretation der EGMR-Rechtsprechung stößt auf das generelle Problem, dass sich die Aussagen in der Regel bewusst auf den entschiedenen Fall beschränken

¹²⁴ EGMR, Nr. 10802/84, *Pfeifer u. Plankl vs. Österreich*, NJW 1992, S. 1874, Rdnrn. 37-39; *Gaede*, (Fn. 58), S. 745.

¹²⁵ *Schädler*, (Fn. 77), Art. 1 EMRK, Rdnr. 8.

¹²⁶ EGMR, Nr. 10802/84, *Pfeifer u. Plankl vs. Österreich*, NJW 1992, S. 1874, Rdnr. 37 ff.; siehe auch EGMR, Nr. 14032/88, *Poitrimol vs. France*, Serie A277-A, ÖJZ 1994, S. 467, Rdnr. Ziff. 31 ff.; *Gaede/Rübenstahl*, (Fn. 85), S. 350.

¹²⁷ EGMR, Beschl. v. 30.11.2000, Nr. 52868/99, *Kwiatkowska vs. Italy*, Abschnitt 1 der Gründe.

¹²⁸ EGMR, Nr. 6903/75, *Deerwer vs. Belgium*, Serie A 35, Rdnr. 49; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, (Fn. 118), S. 245.

¹²⁹ So *Gaede*, (Fn. 58), S. 765. Für die – im Ergebnis nicht entscheidende – Einordnung kann man anführen, dass der EGMR in Nr. 57325/00, *D.H. vs. Czech Republic*, ECHR 2007-XII, Rdnr. 202, zu der Forderung nach einem informierten Verzicht auf EGMR, Nr. 10802/84, *Pfeifer u. Plankl vs. Österreich*, NJW 1992, S. 1874, Rdnr. 37 f., verwiesen hat, wo lediglich abstrakt von Mindestgarantien die Rede ist.

¹³⁰ Siehe *Gaede*, (Fn. 58), S. 768, der eine Diskrepanz bei Verzichtserklärungen in Bezug auf Einzelrechte und in Bezug auf das Verfahren insgesamt kritisiert.

¹³¹ EGMR, Nr. 36256/97, *Thompson vs. United Kingdom*, Rdnr. 43 ff.

und argumentativ mehr von Billigkeitserwägungen und Präzedenzfällen bestimmt werden als von theoretisch-dogmatischen Überlegungen. Wieweit einzelne Urteile verallgemeinerungsfähig sind, ist daher manchmal schwer einzuschätzen, vor allem, wenn der Urteilsspruch das Ergebnis einer Gesamtwürdigung ist, die das Gewicht einzelner Erwägungen nicht ersehen lässt.¹³²

Unter Berücksichtigung dieser Vorbehalte dürfte der im „Deewer“-Urteil festgestellte Druck nicht als Mindestmaß für Unfreiwilligkeit aufzufassen sein. Überzeugend leitet *Gaede* vielmehr als Leitkriterium ab, dass noch erwartet werden kann, dass der Beschuldigte das in Rede stehende Recht unter den gegebenen Bedingungen praktisch ausüben konnte.¹³³ Der Rechtsinhaber muss eine gangbare Alternative haben, so dass er sich in besonnener Selbstbehauptung auch gegen einen Verzicht entscheiden kann. Freiwilligkeit ist dabei unabhängig von institutionellen Vorkehrungen jedenfalls ausgeschlossen, wenn – wie im „Deewer“-Fall – mit der Rechtsausübung eine starke Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz einhergeht, die bei einem Verzicht deutlich vermieden wird. Im Übrigen dürfte der akzeptable Unterschied, gleichsam das zulässige (potentielle) „Gefälle“ zwischen den Alternativen mit und ohne Rechtsverzicht umso größer sein, je mehr verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen die Belastbarkeit eines Verzichts absichern. Dies zeigt sich in den Urteilen, die bei der Freiwilligkeit der Wahl eines abgekürzten Verfahrens auf Verteidigerkonsultation abstellen¹³⁴ und kommt in der Rechtssache *Borghi vs. Italy* zum Ausdruck, in der der Kläger erst in der zweiten Instanz auf eine Verständigung einging und der EGMR die Freiwilligkeit knapp bejahen konnte.

4. Anwendung auf Verständigungsverfahren, insbesondere das Vergleichsverfahren

a) Konsequenzen der Rechtslage zu Art. 6 EMRK

Das Schutzniveau von Art. 6 EMRK ist als Mindeststandard für Art. 41, 47 und 48 GRCh geltendes europäisches Recht. In der jüngeren Literatur wird dementsprechend mit Blick auf das Vergleichsverfahren und andere kartellbußgeldrechtliche Verständigungen der Ansatz des „Deewer“-Urteils diskutiert.¹³⁵ Dabei tritt

¹³² *Gollwitzer*, (Fn. 57), Vorbemerkung MRK/IPBPR.

¹³³ *Gaede*, (Fn. 58), S. 762.

¹³⁴ EGMR, Beschl. v. 30.11.2000, Nr. 52868/99, *Kwiatkowska vs. Italy*, Abschnitt 1. der Gründe; EGMR, Nr. 36256/97, *Thompson vs. United Kingdom*, Rdnr. 43 ff.

¹³⁵ Zum Vergleichsverfahren *Wils*, (Fn. 11), S. 350 f.; *Waelbroeck*, in: Gheur, (Fn. 84), S. 252 f., *Waelbroeck*, GCLC Working Paper, (Fn. 84), S. 38 f.; *van Bael/Bellis*, Competition law of the European Community, 5. Aufl. 2010, S. 1181 inkl. Fn. 1105; zur Verständigungspraxis der OFT *Nikpay/Waters*, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 10), S. 506; allg. zu Verständigungsverfahren in

zu den oben genannten generellen Problemen bei der Interpretation hinzu, dass sich alle besprochenen Urteile auf natürliche Personen beziehen, während sich das europäische Kartellrecht an Unternehmen richtet.¹³⁶ Die Bedeutung des „Deewer“-Urteils wird dementsprechend sehr unterschiedlich eingeschätzt. Vereinzelt wird das Vergleichsverfahren ebenso wie ähnliche Vergünstigungen für einen Verzicht auf Verteidigungsrechte juristisch in Frage gestellt.¹³⁷ Wohl überwiegend wird gefolgert, dass der Bußgeldnachlass für eine Verständigung zu begrenzen sei. Teils wird dabei die Formulierung übernommen, er dürfe nicht so hoch sein, dass zwischen den Alternativen ein eklatantes Missverhältnis entstehe,¹³⁸ bzw. der Beschuldigte zu einem Verzicht auf ein streitiges Verfahren gezwungen werde.¹³⁹ Andere meinen, die Ermäßigung dürfe die Vorteile eines erfolgreichen Rechtsmittels unter Berücksichtigung seiner Kosten und der Erfolgswahrscheinlichkeit nicht bedeutend übersteigen.¹⁴⁰ Da diese Autoren nur auf den formell geregelten Bußgeldnachlass abstellen, erachten sie den Wert von 10 % im Vergleichsverfahren für „vollkommen unproblematisch“. ¹⁴¹ In der Tat liegt er deutlich unter der durchschnittlichen Bußgeldherabsetzung bei einem erfolgreichen Rechtsmittel, die im EU-Kartellrecht je nach Untersuchungszeitraum zwischen 19 % und 33 % schwankt.¹⁴²

Allerdings ist die Folgerung, ein sehr hoher Strafnachlass im Zuge einer Verständigung führe allein schon zur Unfreiwilligkeit von Rechtsverzicht, im „Deewer“-Urteil nicht direkt enthalten. Der EGMR begründete die Unfreiwilligkeit explizit nicht vorrangig mit dem Abstand der rechtlich möglichen Strafe zu derjenigen im gütlichen Vergleich, sondern mit den enormen wirtschaftlichen Nachteilen, wenn Herr *Deewer* auf einem streitigen (Gerichts-)Verfahren bestanden hätte, alternativ zu einer stark verringerten Sanktion bei Verständigung.

Kartellfällen *Reindl*, in: OECD, Policy Roundtables: Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases, 2006, S. 21, 39, Fn. 77.

¹³⁶ Siehe Wils, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 10), S. 45, Fn. 85.

¹³⁷ *Waelbroeck*, in: Gheur, (Fn. 84), S. 252 ff., *Waelbroeck*, GCLC Working Paper, (Fn. 84), S. 38 ff., allerdings jeweils ohne nähere Interpretation des Urteils.

¹³⁸ *Wils*, (Fn. 11), S. 350 f.; *ders.*, (Fn. 136), S. 45, der a.a.O. in den Fußnoten allerdings zugleich die Übertragbarkeit des Urteils auf Unternehmen anzweifelt.

¹³⁹ *Reindl*, (Fn. 135), S. 39 i.V.m. Fn. 77, der zugleich den unklaren Prüfungsmaßstab bemängelt. Ähnlich zum australischen Kartellrecht ohne Bezugnahme auf das „Deewer“-Urteil *Yeung*, *Securing Compliance*, 2004, S. 144, die meint, ein Sanktionsnachlass solle „mäßig“ (*modest*) in Relation zur Sanktionshöhe sein, um exzessiven Druck zu vermeiden.

¹⁴⁰ *Nikpay/Waters*, (Fn. 135), S. 506.

¹⁴¹ So *Wils*, (Fn. 136), S. 45.

¹⁴² Siehe die regelmässigen Auswertungen von *Veljanovski*, *World Competition* 2007, (Fn. 21), S. 71, 78 mit detaillierter tabellarischer Auswertung auf S. 76-78 (22,7 %); *Veljanovski*, (Fn. 21), S. 15 (33 %). *Motta*, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 10), S. 76, 79 f. (26 %).

Entscheidend war also, dass die Inanspruchnahme des Gerichtsverfahrens trotz guter Erfolgsaussichten eine Existenzgefährdung bedeutet hätte, der ein vergleichsweise milder „gütlicher Vergleich“ gegenübergestellt wurde.

Nach hier vertretener Ansicht ist daher zwar zu vermeiden, dass ein eklatantes Missverhältnis zwischen den Folgen eines Standardverfahrens und einer Verständigungsalternative wie dem Vergleichsverfahren entsteht, die dem Unternehmen keine praktisch akzeptable Wahlmöglichkeit lässt. Dabei sind aber alle direkten und indirekten Vergünstigungen für einen Vergleich einzubeziehen, ebenso wie alle direkten und indirekten Nachteile im Standardverfahren.¹⁴³ Eine solche doppelte Begrenzung ist erforderlich, um die angesprochene Problematik zu vermeiden, dass Unternehmen selbst bei guten Verteidigungsaussichten systematisch zur Akzeptanz einer Verständigung angehalten werden, wodurch das Risiko verfehlter Sanktionierungen steigt und damit einhergehend der Abschreckungseffekt und die moralische Botschaft des Normvollzugs beeinträchtigt würden. Zudem würde die Verfügbarkeit eines Verständigungsverfahrens dann den behördlichen Anreiz zu sorgfältiger Fallauswahl und -priorisierung mindern.

b) Grundrechtlicher Standard vs. Realität

Nach dem Vorstehenden ist in die Prüfung der Freiwilligkeit von Rechtsverzicht im Zusammenhang mit Verständigungsverfahren einzubeziehen, wie Kartellbehörden wirtschaftliche Belastungen beeinflussen (können), die an einen mutmaßlichen Kartellverstoß anknüpfen. Eine entsprechende Analyse erhellt, dass der „Deewer“-Standard danach im Vergleichsverfahren ebenso wie in Verständigungsverfahren anderer Kartellbehörden eine relevante Grenze darstellen kann.

(1) Umgehung formell begrenzter Nachlässe durch vorgelagerte Bemessungsvariablen

Im Hinblick auf den formell geregelten Bußgeldnachlass im Vergleichsverfahren von 10 % ist zunächst auf die Problematik zusätzlicher „verdeckter“ Ermäßigungen durch Variation vorgelagerter Variablen der Bußgeldbemessung hinzuweisen. Gemäß den Bußgeldleitlinien der Kommission¹⁴⁴ ebenso wie derjenigen anderer wichtiger Kartellbehörden bieten sich dazu die zentralen Bemessungsfaktoren Dauer und Schwere der Zuwiderhandlung, ihre räumliche und sachliche Eingrenzung bzw. das damit verknüpfte Volumen des kartellbefangenen Umsatzes an. Ein solches Vorgehen ist in der internationalen Kartellrechtspraxis verbreitet.

¹⁴³ Dies entspricht dem Ansatz der Urteile *Deewer* und *Thompson vs. United Kingdom*.

¹⁴⁴ Vgl. Fn. 4.

So enthalten ein Report des International Competition Network (ICN) zu „*settlements*“ sowie ein Competition Policy Roundtable der OECD über „*plea bargaining*“¹⁴⁵ und andere jeweils einen Bericht zum einvernehmlichen Bußgeldbescheid des Bundeskartellamts,¹⁴⁶ der auf Themen eingeht, die mit einer Beschlussabteilung diskutiert werden und herkömmlich als Ansatzpunkte für Vergünstigungen dienen, so die Schuldform, der relevante Umsatzzeitraum, Ratenzahlung, Nichtverfolgung involvierter natürlicher Personen oder deren Schutz vor aufsichtsrechtlichen Maßnahmen.¹⁴⁷ Anwälte berichten zudem, dass eine Zuwiderhandlung wohlwollend qualifiziert, die Begründung minimiert, die Akteneinsicht Dritter beschränkt und die Öffentlichkeitsarbeit partiell abgestimmt werden kann.¹⁴⁸ Bei sogenannten *early resolution agreements* des britischen Office of Fair Trading (OFT) sind wohl ebenfalls „Verhandlungen“ über Verstöße und Bußgeldhöhe in zeitlich begrenztem Umfang möglich.¹⁴⁹ Für *plea bargaining* im US-Kartellstrafrecht, in dem die Verständigungsquote besonders hoch ist, werden von Anwaltspraktikern neben einer direkt-prozentualen Ermäßigung als Ansatzpunkte für Vergünstigungen und Hauptthemen der Gespräche ein Eingeständnis nur eines Mitglieds einer Unternehmensgruppe, von weniger gravierenden Tatbeständen, ein Eingeständnis nur für eine Produktlinie, einen engeren räumlichen Markt, eine begrenzte Zeitspanne oder eine reduzierte Summe befangener Umsätze genannt.¹⁵⁰ Daneben wird als dominantes Motiv für eine frühe Verständigung genannt, ein für Folgekläger verwertbares Geständnis zu vermeiden.¹⁵¹

Im noch recht jungen Vergleichsverfahren sichert die Kommission eine günstige Handhabung der Bußgeldleitlinien durch Begrenzung möglicher Abschreckungsaufschläge zu.¹⁵² Darüber hinaus eröffnet diese Verfahrensvariante einen Rahmen, der vergleichbare „Diskussionen“ über herkömmlich einseitige behördliche Festlegungen zur Bußgeldbemessung ermöglicht.¹⁵³ In der Literatur ist zutreffend

¹⁴⁵ Bundeskartellamt, in: OECD, (Fn. 135), S. 103, 106 f.

¹⁴⁶ ICN Cartel Working Group, Cartel Settlements, 2008, S. 29 f.

¹⁴⁷ In der Sache ebenso, wenn auch etwas zurückhaltender *Vollmer*, Settlements in German Competition Law, E.C.L.R. 2011, S. 352.

¹⁴⁸ *Burrichter*, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 10), S. 474-477. Eine hohe praktische Bedeutung von Publizitätseinschränkungen bestätigt auch *Dannecker/Biermann*, (Fn. 40), vor § 81 GWB, Rdnr. 271 m.w.N.

¹⁴⁹ *Brown*, in: Gheur, (Fn. 84), S. 147, 158; *Martin Alegi/Murray*, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 10), S. 516 f.; *Nikpay/Waters*, (Fn. 135), S. 508.

¹⁵⁰ *Atwood*, in: Hawk, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2005, 2006, S. 192; *Jacobs*, in: Hawk, Annual proceedings of the Fordham Competition Law Institute 2006, 2007, S. 43 f.

¹⁵¹ *Loevinger*, Defending Antitrust Lawsuits, 2010, § 82; *Goldfein/Pak*, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 10), S. 216; siehe aber auch *Loevinger*, Defending Antitrust Lawsuits, 2010, § 87.

¹⁵² Mitteilung der Kommission, (Fn. 6), S. 2, Rdnr. 32.

darauf hingewiesen worden, dass die offizielle Linie der Kommission Raum für Verhandlungen und damit für weitere Vergünstigungen offenhält.¹⁵⁴ Die ersten Vergleichsverfahren¹⁵⁵ erwecken dabei den Eindruck, dass die Kommission verschiedene Zumessungsvariablen ungewöhnlich großzügig angewandt hat, vor allem Nachlässe gemäß der Kronzeugenregelung, für mildernde Umstände und wegen begrenzter Zahlungsfähigkeit.¹⁵⁶

Jedenfalls gibt es im Vergleichsverfahren keine extern überprüfbaren Vorkehrungen, um „verdeckte“ Nachlässe zu verhindern oder zumindest transparent zu machen. Die offiziell fixe Ermäßigung von 10 % ist daher aufgrund des weiten Verfolgungsermessens der Kommission ohne weiteres zu umgehen, weil im Ergebnis nicht (nur) die prozentuale Höhe des Nachlasses entscheidend ist, sondern (vor allem) die Bezugsgröße, auf die er angewandt wird.¹⁵⁷

Im Übrigen kann selbst der formell geregelte Bußgeldnachlass im Vergleichsverfahren sehr hoch sein. Diesbezüglich wird oft übersehen, welche Bedeutung die Begrenzung des Abschreckungsaufschlags auf den Faktor 2¹⁵⁸ für Großunternehmen haben kann.¹⁵⁹ In extremen Fällen hat die Kommission bislang Abschreckungsaufschläge vom Faktor fünf gewählt.¹⁶⁰ Durch die Begrenzung im Vergleichsverfahren ergibt sich dann unter Berücksichtigung des zusätzlichen 10 %-tigen Bußgeldnachlasses eine (nicht verdeckte) Gesamtermäßigung von 64 %.¹⁶¹

¹⁵³ *Bellis*, in: Gheur, (Fn. 84), S. 5; *van Bael/Bellis*, (Fn. 135), S. 1173; *Siragusa/Guerri*, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 10), S. 198 f.

¹⁵⁴ Siehe *Daems/Hugmark/Joshua*, (Fn. 12), S. 24 f.; *Lawrence/O’Kane u.a.*, *Hardcore Bargains: What could plea bargaining offer in UK criminal cartel cases?*, *Comp Law* 2008, S. 35 i.V.m. Fn. 56; *Cooke*, (Fn. 10), S. 269; *Stephan*, *The direct Settlement of EC Cartel Cases*, *ICLQ* 2009, S. 642 f.; *Siragusa/Guerri*, (Fn. 153), S. 198; ähnl. *Hull/Clancy*, in: Gheur, (Fn. 84), S. 109.

¹⁵⁵ Europäische Kommission, IP/10/586 und IP/10/985, (Fn. 7).

¹⁵⁶ Siehe *Stanbrook/Winterscheid*, *International Securitization & Finance Report* 2010, S. 5; Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, (Fn. 9), S. 5; *Brankin*, *The first cases under the Commission’s cartel settlement procedure: Problems solved?*, *E.C.L.R.* 2011, S. 168 f.; einschränkender allerdings *Hirsbrunner*, (Fn. 9), S. 14 f.

¹⁵⁷ Pointiert *Daems/Hugmark/Joshua*, (Fn. 12), S. 28: „*The question will not be whether companies will accept a 10 per cent discount, but more pertinently, 10 per cent of what?*“ Ähnlich *Stephan*, (Fn. 154), S. 654; *Brankin*, (Fn. 156), S. 167; sowie die von *Becker*, *Börsen-Zeitung* v. 30.7.2008, S. 2 zitierte Aussage des Rechtsanwalts *Meyring*: „Diese Gefahr [eines Kuhhandels, der Verf.] sehe ich schon – obwohl [...] der zehnprozentige Abschlag nicht [...] verhandelbar sein soll. Ganz entscheidend ist aber die Bezugsgröße: [...]“.

¹⁵⁸ Mitteilung der Kommission, (Fn. 6), S. 2, Rdnr. 32.

¹⁵⁹ *Hull/Clancy*, (Fn. 154), S. 112.

¹⁶⁰ Kommission, Entscheidung v. 5.12.2001, IV/37.614/F3 PO/Interbrew und Alken-Maes, *ABl. L* 200 v. 7.8.2003, S. 1, Rdnr. 344.

¹⁶¹ *Hull/Clancy*, (Fn. 154), S. 110.

(2) Kartellbehördlicher Einfluss auf nicht kartellrechtliche Sanktionen

Zu der Möglichkeit „verdeckter“ Nachlässe kommt hinzu, dass Kartellbehörden – partiell auch unabhängig von den Erfolgsaussichten der Vorwürfe – in erheblichem Umfang Belastungen beeinflussen können, die zwar von der Rechtsordnung nicht angestrebt bzw. nicht als hoheitliche Sanktionen erfasst werden, faktisch aber ebenso wirken. Namentlich beeinflusst eine mehr oder weniger öffentlichkeitswirksame Verfahrensführung seitens der Kartellbehörde¹⁶² das Ausmaß von Imageschäden des betroffenen Unternehmens und damit seinen Unternehmens- und Markenwert,¹⁶³ Absatzzahlen bzw. Geschäftsaussichten¹⁶⁴ sowie letztlich gegebenenfalls seine Kreditwürdigkeit.¹⁶⁵ Zudem können Kartellbehörden durch die Informationsdichte in Pressemitteilungen und Beschlüssen Wahrscheinlichkeit und Umfang von Schadensersatzklagen beeinflussen, insbesondere durch die Art der Darstellung und Abgrenzung einer Zuwiderhandlung.¹⁶⁶ Einen gewissen Anhaltspunkt über das Ausmaß derartiger Effekte können Event-Studien zum europäischen und US-Kartellrechtsvollzug liefern, denen zufolge (unter anderen) die erstmalige Information, dass ein Unternehmen aufgrund eines mutmaßlichen Kartellverstößes verfolgt wird, einen statistisch und ökonomisch signifikant negativen Effekt auf die Entwicklung des Aktienkurses hat, der zu bedeutend weniger als der Hälfte durch drohende Bußgelder erklärt werden kann,¹⁶⁷ wobei die genaue

¹⁶² Z.B. mit oder ohne Pressekonferenz – diese mit oder ohne Beteiligung des Wettbewerbskommissars – anlässlich der Bußgeldverhängung; in früheren Stadien mit oder ohne Pressemitteilung anlässlich einer Durchsuchung und/oder nachfolgend anlässlich einer Mitteilung der Beschwerdepunkte; die Wirkung der Pressemitteilung ist dabei zusätzlich durch den Zeitpunkt der Herausgabe steuerbar (wenn vormittags, dann evtl. Aufnahme in Printmedien des nächsten Tages; wenn relativ spät abends, dann höhere Aussichten auf Nichterwähnung).

¹⁶³ Vgl. *Motta/Langus*, in: Ehlermann/Atanasu, European Competition Law Annual 2007, 2007, S. 366; *Brankin*, (Fn. 11), S. 173; *Cohen/Scheffman*, The Antitrust Sentencing Guideline: Is the Punishment Worth the Costs?, Am. Crim. L. Rev. 1989, S. 351.

¹⁶⁴ *Brankin*, (Fn. 11), S. 173; *Cohen/Scheffman*, (Fn. 163), S. 351; *Motta/Langus*, (Fn. 163), S. 366; *Bosch/Eckard*, The Profitability of Price Fixing: Evidence From Stock Market Reaction to Federal Indictments, Rev. Econ. Statist. 1991, S. 310; allg. zu „Reputationssanktionen“ in Produktmärkten für Rechtsverstöße eines Unternehmens, mit Überblick über verschiedene empirische Studien *Alexander*, in: Sjögren/Sjörgen-Skogh (Hrsg.), New perspectives on economic crime, 2004, S. 29 ff.

¹⁶⁵ Vgl. *Coffee*, „No Soul to Damn: No Body to Kick“: An Unscandalized Inquiry Into the Problem of Corporate Punishment, Mich. L. Rev. 1981, S. 403; *Sigmund*, Handelsblatt v. 15.7.2009, S. 15; *Motta/Langus*, (Fn. 163), S. 366.

¹⁶⁶ *Jacobs*, (Fn. 150), S. 44 geht für US-Fälle davon aus, dass bestimmte Eingrenzungen der Zuwiderhandlung für Unternehmen wichtiger aufgrund ihrer monetären Folgewirkungen für private Klagen sind als aufgrund des aus ihnen folgenden Bußgeldnachlasses.

¹⁶⁷ *Cohen/Scheffman*, (Fn. 163), S. 351. Für eine Studie zum europäischen Kartellrecht siehe *Motta/Langus*, (Fn. 163), S. 363 (Untersuchung von Verfahren gegen 100 Firmen von 1969-2005; Aktienkurs entwickelt sich am Tag der ersten Durchsuchung sowie am Folgetag um 1,1 % bzw.

Ursache ungeklärt ist.¹⁶⁸ Eine von der britischen Kartellbehörde (OFT) in Auftrag gegebene Studie ermittelte sogar, dass Unternehmen das Risiko negativer Öffentlichkeitswirkungen als wichtiger für die Abschreckung bewerteten als Bußgelder.¹⁶⁹

Diese Ansatzpunkte nutzen Kartellbehörden als Verhandlungsmasse, indem eine verringerte Öffentlichkeitsarbeit und/oder ein reduzierter Begründungsumfang partiell zu Verständigungsvariablen werden. Beispielsweise können sich Behörde und Unternehmen explizit oder implizit darauf verständigen, in einer Mitteilung der Beschwerdepunkte sowie in dem abschließenden Bußgeldbeschluss wenig Details zu nennen und insbesondere alle Angaben zu vermeiden, die Rückschlüsse auf die Folgen der Zuwiderhandlung zulassen und damit für Kläger zur Durchsetzung etwaiger Schadensersatzforderungen oder auch zur Erlangung eines besonders günstigen Gerichtsstandes nützlich sein könnten (sogenanntes *fact bargaining*).¹⁷⁰ Ein entsprechendes Vorgehen ist in kartellrechtlichen Verständigungs-

0,6 % schlechter, kumuliert über 5 Tage vor und nach der Durchsuchung um 2,4 %; Kommissionsentscheidung führt zu einer weiteren, um 1,5 % schlechteren Entwicklung; 40 % dieser Effekte werden auf Bußgelder zurückgeführt); zum US-Kartellrecht *Bosch/Eckard*, (Fn. 164), S. 309 (Analyse von Verfahren gegen 127 Firmen mit 57 Preisabsprachen von 1962-1980; Anklage (*indictment*) löst am Tag ihrer Bekanntgabe im Wallstreet Journal und am vorausgehenden Tag eine um 1,08 % schlechtere Aktienkursentwicklung des Unternehmens aus; nur 13 % des Effekts werden auf „rechtliche“ Kosten einschließlich Bußgelder und Schadensersatzzahlungen zurückgeführt). Beachtenswert sind zwei wichtige methodische Einwände gegen solche Event-Studien: Erstens könnten die Ergebnisse infolge der Konzentration auf große börsennotierte Unternehmen verzerrt sein. Zweitens bauen die Eventstudien auf der kontroversen Annahme eines effizienten Kapitalmarktes auf.

¹⁶⁸ Z.B. könnte der Markt geringere zukünftige Erlöse nach Zusammenbruch eines lukrativen Kartells antizipieren, so tendenziell *Motta*, (Fn. 21), S. 213. Ebenso könnte die Börse einen Preiskampf nach Ende des Kartells befürchten. Weiterhin könnten die Imageschädigung bzw. dadurch ausgelöste Folgen ursächlich sein oder eine durch drohende Bußgelder beeinträchtigte Kreditwürdigkeit, siehe *ibid.*, S. 213, Fn. 14; allg. *Alexander*, (Fn. 164), S. 28 ff. Es liegt nahe, dass in der Realität mehrere Faktoren zusammentreffen. Für reputationsvermittelte Produktmarktsanktionen in nennenswerter Größenordnung spricht jedenfalls, dass sie v.a. durch Rechtsverstöße ausgelöst werden, die sich gegen Geschäftspartner richten, *ibid.*, S. 30 f.

¹⁶⁹ Diese Studie basiert auf Interviews mit 30 Anwälten, Ökonomen und Unternehmen sowie Telefonumfragen bei 234 Kartellrechtsanwälten und 202 Unternehmen des UK, Deloitte, The deterrent effect of competition enforcement by the OFT, http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf (1.9.2011), S. 5, 10, 70 ff.

¹⁷⁰ *Reindl*, (Fn. 135), S. 62; *Bach*, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 10), S. 255; *Atwood*, (Fn. 150), S. 193; so werden etwa in den USA in kartellstrafrechtlichen *plea agreements* – von denen nur ein kleiner Teil überhaupt veröffentlicht wird (krit. *Connor*, Anti-Cartel Enforcement by the DOJ: An Appraisal, *Comp. L. Rev.* 2008, S. 114) – typischerweise sehr wenige Informationen über die Zuwiderhandlung mitgeteilt (*Hammond*, US Model of Negotiated Plea Agreements, 2006, S. 11; *Connor*, S. 114); zum Vergleichsverfahren der Kommission *van Bael/Bellis*, (Fn. 135), S. 1179; *Coppi/Levinson*, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 10), S. 691-693; *Siragusa/Guerri*, (Fn. 153), S. 200.

verfahren ebenfalls weit verbreitet,¹⁷¹ namentlich in Deutschland,¹⁷² Großbritannien,¹⁷³ den USA,¹⁷⁴ Kanada¹⁷⁵ und Australien.¹⁷⁶

Auch das Vergleichsverfahren hat die Kommission gezielt so gestaltet, dass privatrechtliche und außerrechtliche Sanktionen für Unternehmen geringer ausfallen als im Standardverfahren. Namentlich werden die Mitteilung der Beschwerdepunkte und der Bußgeldbeschluss wesentlich kürzer gefasst¹⁷⁷ und zudem wurde von Kommissionsseite betont, dass die Unternehmen die Möglichkeit hätten, den Inhalt der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu beeinflussen.¹⁷⁸ Weiterhin werden die Akteneinsichtsrechte der Beschwerdeführer eingeschränkt, und diese erhalten keine nichtvertrauliche Fassung der Mitteilung der Beschwerdepunkte,¹⁷⁹ welche ihnen im Standardverfahren frühzeitig nützliche Informationen für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen liefert.¹⁸⁰ Außerdem reduziert die Kommission die Publizität des Verfahrens dadurch, dass sie anders als im Standardverfahren regelmäßig keine Pressemitteilung über den Erlass einer Mitteilung der Beschwerdepunkte herausgibt.¹⁸¹ Schließlich fällt auf, dass die Kommission im Standardverfahren in Pressemitteilungen zu Bußgeldbeschlüssen mittlerweile regelmäßig zu Schadensersatzklagen gegen das festgestellte Kartell aufruft,¹⁸² wobei die Mitteilungen durch einen Link auf der Homepage der GD Wettbewerb hervorgehoben werden, während die Praxis in Vergleichsfällen offenbar etwas günstiger ist.¹⁸³ Die Kommission kann auf diese Weise die „Kosten“ der

¹⁷¹ Allg. *Lawrence/O’Kane u.a.*, (Fn. 154), S. 20 f.

¹⁷² *Burrichter*, (Fn. 148), S. 474, 476; Bundeskartellamt, in: OECD, (Fn. 135), S. 105; implizit *Vollmer*, (Fn. 147), S. 354.

¹⁷³ Bei sog. *early resolution agreements* trifft das Office of Fair Trading (OFT) typischerweise keine Feststellung zu den Auswirkungen der Zuwiderhandlung, *Brown*, (Fn. 149), S. 158.

¹⁷⁴ *Atwood*, (Fn. 150), S. 192 f., 195; *Stephan*, (Fn. 154), S. 645; siehe aber auch zum Zivilverfahren von Behördenseite *Ducore*, in: Hawk, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2005, 2006, S. 242.

¹⁷⁵ *Goldman/Kwinter u.a.*, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 10), S. 376.

¹⁷⁶ *Yeung*, (Fn. 139), S. 148 f.

¹⁷⁷ *Stephan*, (Fn. 154), S. 646; *Hirsbrunner*, (Fn. 9), S. 15; *Dekeyser/Roques*, The European Commission’s settlement procedure in cartel cases, The Antitrust Bulletin 2010, S. 819.

¹⁷⁸ *Kroes*, Assessment of and perspectives for competition policy in Europe, SPEECH/07/722, S. 5; zur praktischen Umsetzung *Hirsbrunner*, (Fn. 9), S. 14 f.

¹⁷⁹ Art. 6 Abs. 1 Satz 1 VO 773/2004 n.F.

¹⁸⁰ *Klose/Horstkotte*, in: Frankfurter Kommentar, (Fn. 12), Lfg. 70, Art. 27 VO 1/2003, Rdnr. 91.

¹⁸¹ Siehe GD Wettbewerb der Europäischen Kommission, Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, S. 19, Rdnr. 79.

¹⁸² Siehe beispielhaft Europäische Kommission, IP/08/1434 – Wachskartell; Europäische Kommission, IP/10/790 – Badezimmer.

Anreize für eine Verständigung teilweise externalisieren, indem sie auf die Aussichten privater Kläger in Relation zu einem Standardverfahren einwirkt, anstatt das – für die Behörde prestigeträchtige und in den Haushalt eingehende – Bußgeld weiter zu reduzieren.¹⁸⁴ Aus Sicht der Anwaltspraxis ist eine geringere Informationsdichte ein wesentlicher Vorteil,¹⁸⁵ denn er minimiert den Nutzen des Kommissionsbeschlusses für „Follow-on“-Kläger, indem die Kommission „überzeugt“ wird, Angaben zu den Auswirkungen des Kartells zu unterlassen.¹⁸⁶

D. Fazit

Das vermehrt „konsensual“ geprägte Kartellbußgeldverfahren wirft neue Herausforderungen für den Grundrechtsschutz gegenüber den Unionsbehörden auf, weil diese vielfältige Anreize zur Nichtausübung von Verteidigungsrechten setzen können, die die Wirksamkeit entsprechender Rechtsverzicht in Zweifel ziehen. Die rechtliche Bewältigung dieser Problematik kann unter dem Vertrag von Lissabon darauf aufbauen, dass der von Art. 6 EMRK gewährte Schutz – vermittelt durch Art. 52 Abs. 3 GRCh – auch das Kartellbußgeldverfahren vor der Europäischen Kommission erfasst, so dass die Anforderungen an einen Verzicht auf Art. 6 EMRK als Mindeststandard für entsprechende Rechte der Grundrechtecharta gelten, namentlich für das verfahrensakzessorische (Verteidigungs-)Recht auf umfassende Akteneinsicht.

Sowohl unionsrechtlich als auch für Art. 6 EMRK sind als Verzichtsvoraussetzungen die Disponibilität des Rechts sowie eine hinreichende Kenntnis des Berechtigten erforderlich. Im Vergleichsverfahren ist bezogen auf das Akteneinsichtsrecht beides gegeben, wenn man berücksichtigt, dass der spezifische Charakter als Informationsrecht auf die geforderte Kenntnis ausstrahlen muss.

¹⁸³ So fehlte ein Klageaufwurf in der Pressemitteilung zum ersten Vergleichsverfahren mit allen Parteien, erfolgt ist er allerdings – wohl aus Gleichbehandlungsgründen – beim ersten Hybridfall, siehe einerseits Europäische Kommission, IP/10/586, (Fn. 7) und andererseits Europäische Kommission, IP/10/985, (Fn. 7), S. 4. Die Pressemitteilung zum dritten Vergleichsbeschluss, Europäische Kommission, IP/11/473, (Fn. 7), enthielt zwar einen Klageaufwurf, wurde aber anders als bislang üblich nicht auf der Homepage der GD Wettbewerb verlinkt.

¹⁸⁴ Krit. *Bach*, (Fn. 170), S. 255.

¹⁸⁵ *Soltész*, *Compliance* 2010, (Fn. 9), S. 5; *ders.*, *BB* 2010, (Fn. 9), S. 2127; *Deselaers/Meyring*, *FAZ* v. 21.7.2010, S. 21. Der Vorteil geht auch in Hybridverfahren nicht völlig verloren, da jedes Unternehmen separate Beschwerdepunkte erhält und ein Beschluss im Vergleichs- und einer im Standardverfahren ergeht, siehe Europäische Kommission, IP/10/985, (Fn. 7), S. 1, 4.

¹⁸⁶ *Van Bael/Bellis*, (Fn. 135), S. 1179; *Siragusa/Guerri*, (Fn. 153), S. 200; *Holmes/Girardet*, in: *Global Legal Group, Cartels & Leniency* 2010, S. 6.

Als dritte Anforderung an einen Verzicht ist dessen Freiwilligkeit anerkannt, der Prüfungsmaßstab bei behördlichen Anreizen bleibt bislang aber offen: Der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU lassen sich zur Freiwilligkeit von Verzichten auf Anhörung und Akteneinsicht nur zwei Eckpunkte entnehmen: Einerseits wäre es jedenfalls unzulässiger Druck, wenn die Rechtswahrnehmung zum Anlass für eine rechtstechnische Bußgelderhöhung genommen bzw. die Ablehnung einer Verständigung strafscharfend bewertet würde.¹⁸⁷ Andererseits ist es jedenfalls unschädlich, wenn die Kommission Unternehmen zur Beschleunigung des Verfahrens und ohne direkte Verknüpfung mit einer „Belohnung“ nahelegt, diese Rechte nicht auszuüben.

Berücksichtigt man die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK als Mindeststandard, so sind zur Wahrung der Freiwilligkeit von Rechtsverzichten im Vergleichsverfahren erstens die formell geregelten Vergünstigungen zu begrenzen, und zweitens ist sicherzustellen, dass eine Verständigung aus Unternehmenssicht nicht dadurch praktisch alternativlos wird, dass ein hohes, behördlich maßgeblich beeinflusstes Belastungsgefälle zum Standardverfahren besteht.

Folglich genügt es entgegen Äußerungen in der Literatur¹⁸⁸ nicht, allein den formellen Bußgeldnachlass für eine Verständigung zu begrenzen. Vielmehr müssen alle offenen und verdeckten Vergünstigungen eines Vergleichsverfahrens einbezogen werden, ebenso wie „verdeckte“ Nachteile eines Standardverfahrens. Eine rechtstatsächliche Analyse erhellt, dass diese Schranke keineswegs unproblematisch ist, weil Kartellbehörden als Verständigungsanreiz vielfach „verdeckte“ Bußgeldnachlässe gewähren und nicht-kartellrechtliche Sanktionen beeinflussen. Dies erscheint auch im Vergleichsverfahren naheliegend und absehbar und wirkt angesichts der schwierigen Quantifizierbarkeit entsprechender Einflussnahmen ein Nachweis- und damit ein Rechtsschutzproblem auf. Insoweit bleibt zu hoffen, dass der Gerichtshof der EU seine Rolle als Hüter der Unionsgrundrechte im Kontext „konsensualer“ Bußgeldverfahren sorgfältig und einzelfallgerecht interpretieren wird und nicht vorschnell von einem scheinbaren Einvernehmen auf fehlenden Zwang schließt.

¹⁸⁷ Siehe *Wils*, (Fn. 11), S. 350.

¹⁸⁸ Siehe etwa *Wils*, (Fn. 136), S. 45.