Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Band 93

Legitimationsdefizite im europäischen Kartellermittlungsverfahren

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Legitimation des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte im EU-Kartellermittlungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des nemo tenetur-Grundsatzes

Von

Oliver Jany

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

OLIVER JANY

Legitimationsdefizite im europäischen Kartellermittlungsverfahren

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Begründet von Professor Dr. Wolfgang Blomeyer † und
Professor Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 93

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Legitimationsdefizite im europäischen Kartellermittlungsverfahren

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Legitimation des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte im EU-Kartellermittlungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des nemo tenetur-Grundsatzes

Von

Oliver Jany

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. http://creativecommons.org/licenses/by/4.0) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 abrufbar.
Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der
wissenschaftlichen Forschung.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Oliver Jany
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0947-2452
ISBN 978-3-428-19348-6 (Print)
ISBN 978-3-428-59348-4 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59348-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: https://www.duncker-humblot.de

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für meine Familie

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahrssemester 2024 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertationsschrift angenommen. Mein aufrichtigster Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), für das Vertrauen in das Thema, die große wissenschaftliche Freiheit, aber auch die wertvollen Hinweise bei der Umsetzung der Arbeit. Herrn Prof. Dr. Andreas Heinemann danke ich herzlich für das rasche Erstellen des Zweitgutachtens, die wichtigen Hinweise für die Publikation und den anregenden Austausch.

Mein aufrichtigster Dank gilt zudem allen, die mich bislang in meiner beruflichen und akademischen Ausbildung gefördert und begleitet haben. Allen voran meinen Eltern Ina Jany und Dieter Wendel-Jany, meinem Bruder Marco Jany und meiner stetig wachsenden deutschen und englischen Familie für die unvergleichbare Unterstützung. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. em. Dr. Dr. h. c. Walter Perron für die Inspiration, eine Dissertation zu verfassen, und die Unterstützung meines Wechsels von Freiburg i. Br. nach Zürich. Mein tiefster Dank gebührt selbstverständlich auch den Lehrstuhlteams in Freiburg – insbesondere Dr. Björn Boerger, Dr. Derya Schneider, Dr. Merve Yolaçan und Nico Schmidt – sowie in Zürich – insbesondere Dr. Lukas Staffler, Dr. Nick Tamburello und Dimitri Tsilikis – für die anregenden, aufbauenden und spannenden Gespräche sowie die unvergesslich schönen Zeiten und Kaffeerunden. Zu sehr großem Dank bin ich auch Benedikt Mellert verpflichtet, für das Korrekturlesen, seine kritischen Anmerkungen, aber vor allem für seine jahrelange Unterstützung und Freundschaft.

Daneben gilt mein Dank auch der Studienstiftung des Deutschen Volkes sowie der Universität Zürich, die mich während meiner Ausbildung finanziell und ideell unterstützt haben. Dies hat es mir unter anderem ermöglicht, von September bis einschließlich Dezember 2021 einen Forschungsaufenthalt bei der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission in Brüssel, in der Abteilung für Kartelle zu absolvieren. Für die ungewöhnlich tiefen und offenen Einblicke sowie das entgegengebrachte Vertrauen bin ich der gesamten Abteilung G4 und insbesondere Maria Jaspers, Gudrun Schmidt und Lars Görlitz von Herzen dankbar. Danken möchte ich auch Herrn Wouter Wils, der sich meinen kritischen Fragen mit ebenso kritischen Antworten gestellt hat. Die gemachten praktischen Erfahrungen sind in die Arbeit eingeflossen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mein Dank gilt auch dem Schweizerischen Nationalfonds, der die Druckkosten großzügig finanziell gefördert hat.

Last, but most certainly not least gilt mein tiefster und innigster Dank Oliver Pont, ohne dessen Verständnis für die schwer vermittelbare Länge des juristischen Ausbildungsprozesses und dessen unerschütterlich aufbauende Unterstützung, die mir oft den Rücken freigehalten und meine Kapriolen in stoisch-positiver Geduld und Gelassenheit ertragen hat, diese Dissertation nicht realisierbar gewesen wäre.

Zürich, den 12. Mai 2025 *Oliver Jany*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Sache der Wissenschaft kann es nicht sein, Mysterien zu pflegen und zu konservieren, sondern die Wahrheit zu suchen und sich ihr soweit es in ihren Möglichkeiten liegt, zu nähern. Sie kennt keine Tabus und sie respektiert keine Sperrzonen der Forschung, wenngleich sie sich der Grenzen rationaler Erkenntnis bewußt bleibt.“*

* *Isensee*, Das Volk als Grund der Verfassung, S. 73.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 33
A. Einführung in die Problematik 34
I. Faktische Pönalisierung des europäischen Wettbewerbsrechts 34
II. Rechtsstaatlich legitimatorische Kritik 39
III. Faktischer *modus operandi* des reduzierten Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensgarantien und -rechte 43
IV. Legitimatorische Rechtfertigung der Europäischen Kommission 45
V. Résumé 47
B. Notwendigkeit dogmatischer Lösungsansätze 48
I. Verfahrensrechtliche Notwendigkeit 49
II. Kompetenzrechtliche Notwendigkeit 50
III. Faktische Notwendigkeit 51
IV. Zwischenergebnis 54
C. Untersuchungsfrage und -ziele 55
D. Untersuchungsgang und -methodologie 56
I. Legitimationszustand des Kartellermittlungsverfahrens – *de lege lata* 56
II. Legitimität der Verfahrensrechtereduktion aufgrund der *Rechtsnatur* der Kartellbuße und des Kartellverfahrens 57
III. Legitimität der Verfahrensrechtereduktion aufgrund der *Unternehmereigenschaft* der Sanktionsadressaten 57
IV. Maßstab zur Überprüfung eines hinreichenden verfahrensrechtlichen Legitimationszustands 58
1. Bisherige Legitimationsmaßstäbe 58
2. Bedenken 60
3. Entwicklung eines neuen legitimatorischen Prüfungsmaßstabs . . 63
a) Unzulässige Ableitung von den nationalen Rechtsordnungen 64
b) Ableitung aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten 65
c) Ableitung aus den Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren 66
4. Fazit 68
V. Ergebnis 68

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Teil

Schutzzweck, Eingriffs- und Legitimationszustand des europäischen Wettbewerbsrechts – *de lege lata* 70

1. Kapitel

Der Schutzzweck und das Eingriffsniveau des europäischen Wettbewerbsrechts 70

§ 1 Die Schutzzwecke des europäischen Wettbewerbsrechts 71
A. Das europäische Wettbewerbsrecht als Teil der Wirtschaftsverfassung und als Rechtsgüterschutz 71
I. Das Wettbewerbsrecht als Teil der Wirtschaftsverfassung 72
II. Das Wettbewerbsrecht als Rechtsgüterschutz 75
1. Definition des Wettbewerbs 75
2. Funktionen des Wettbewerbs 77
a) Wirtschaftliche Funktion 77
b) Gesellschaftspolitische Funktion 79
c) Integrations- und Entwicklungsfunktion 81
d) Zwischenergebnis 82
3. Resümee 82
III. Ergebnis 83
B. Zuwiderhandlungen als Eingriffe in den Schutzzweck des Wettbewerbs 84
I. Zu untersuchende Arten von Zuwiderhandlungen 84
II. Begriff der horizontalen „hard-core“-Zuwiderhandlungen 84
III. Auswirkungen horizontaler „hard-core“-Zuwiderhandlungen 86
1. Volkswirtschaftliche Schäden von Kartellen 86
2. Unternehmerische Vorteile von Kartellen 88
a) Kartellpreisgewinne 88
b) Geringe Aufdeckungswahrscheinlichkeit 89
c) Schlussfolgerung 90
3. Zwischenergebnis 91
IV. Résumé 91
C. Ergebnis 91

§ 2 Das Eingriffsniveau des europäischen Wettbewerbsrechts 92
A. Die unionsrechtliche Kartellbuße 92
I. Die Sanktionierungs- und Steuerungsfunktion 93
1. Die Kartellbuße als Sanktionsvorschrift 93
2. Die Kartellbuße als merkantiles Steuerungsinstrument 95
3. Zwischenergebnis 96
II. Die Sanktionszwecke der Kartellbuße 97
III. Die Bemessung der Kartellbuße 98
1. Berechnungsmethode 100

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Rechtsstaatliche Bedenken 103
a) Kritik der Literatur an der Bestimmtheit 103
b) Hinreichende Bestimmtheit für die Unionsgerichte 104
c) Stellungnahme 105
3. Zwischenergebnis 108
IV. Ergebnis 108
B. Das europäische Kartellverfahren 109
I. Struktur des europäischen Kartellverfahrens 110
1. Das Voruntersuchungsverfahren 111
a) Anlass für ein Tätigwerden der Kommission 111
b) Das investigative Voruntersuchungsverfahren 113
c) Entscheidung über die formelle Verfahrenseinleitung 117
2. Das kontradiktorische Verfahren 119
3. Die Entscheidung der Kommission 121
4. Zwischenergebnis, Kritik und Stellungnahme 121
II. Die Ermittlungsbefugnisse 123
1. Allgemeine Anordnungsvoraussetzungen 124
2. Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige, Art. 17 VO 1/2003 . . 126
3. Auskunftsverlangen, Art. 18 VO 1/2003 127
a) Einfache und förmliche Auskunftsverlangen 128
b) Anordnungsvoraussetzungen 130
aa) Formelle Voraussetzungen 130
bb) Materielle Voraussetzungen 132
c) Rechtsfolge 136
d) Rechtsschutz 138
e) Zwischenergebnis 138
4. Befragung, Art. 19 VO 1/2003 138
a) Telos der Befragung 139
b) Anordnungsvoraussetzungen 139
aa) Anfangsverdacht 139
bb) Zustimmungserfordernis 141
c) Praktischer Anwendungsbereich 142
d) Verfahren 145
e) Zwischenergebnis 147
5. Nachprüfungen, Art. 20 und Art. 21 VO 1/2003 147
a) Struktur und Telos der Nachprüfungen 149
b) Verfahren 150
c) Anordnungsvoraussetzungen 150
d) Rechtsfolge 151
e) Rechtsschutz 153
6. Zwischenergebnis 155
III. Fazit 155

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Zwischenergebnis 156
§ 3 Ergebnis 156

2. Kapitel

Der Legitimationszustand des europäischen Wettbewerbsrechts 157

§ 1 Rechtsstaatliche Notwendigkeit und Begriffsdefinition der „Legitimation“ und „Legitimität“ 157
A. Notwendigkeit rechtsstaatlicher Legitimität 157
B. Begriff der Legitimität und Legitimation 158
C. Legitimationsgenese 160
D. Zwischenergebnis 161
§ 2 Der Legitimationszustand abwehrrechtlicher Verteidigungsrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren *de lege lata* 162
A. Die Anwendbarkeit verwaltungs- und strafrechtlicher Verfahrensgrundsätze und -rechte 163
B. Der Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensgarantien und -rechte 169
C. Rechtsstaatliche Legitimationskritik und -rechtfertigungen 170

3. Kapitel

Gesamtergebnis des ersten Teils 171

2. Teil

Dogmatische Legitimationskontrolle der Geltungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren aufgrund der *Rechtsnatur* 173

1. Kapitel

Die Rechtsnatur des unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahrens 173

§ 1 Die dogmatische Funktion und Herleitung der Rechtsnatur 174
A. Begriff und Funktion der Rechtsnatur 174
B. Anknüpfung an die Kartell*buße* 175
C. Die Rechtsnatur der europäischen Kartell*buße* 177
§ 2 Fazit 178

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Kapitel

Die Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren – aufgrund der Rechtsnatur 178

§ 1 Die umstrittene verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Rechtsnatur der Kartellbuße und des Kartellverfahrens 179
A. Die Ansicht der Unionsgerichte, Literatur und Generalanwälte – strafrechtliche Rechtsnatur 179
B. Die Ansicht des älteren Schrifttums – verwaltungsrechtliche Rechtsnatur (sog. *sanction administrative*) 181
C. Kritik an der verwaltungsrechtlichen Rechtsnatur 184
D. Zwischenergebnis 186

§ 2 Dogmatische Legitimationskontrolle der verwaltungsrechtlichen oder strafrechtlichen Rechtsnatur des europäischen Kartellermittlungsverfahrens 186
A. Die persönlichen, sachlichen und zeitlichen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 6 EMRK 187
I. Die persönlichen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 6 EMRK – „Jedermann“ 187
II. Die sachlichen und zeitlichen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 6 EMRK 188
1. Das Merkmal „strafrechtlich“ 189
a) Formelle Determinierung der Rechtsnatur einer Norm 190
b) Die Natur des Vergehens 192
aa) Der generalpräventive Charakter der Kartellsanktion . . . 193
bb) Der repressiv punitive Charakter der Kartellsanktion . . . 194
cc) Weitere indizielle Kriterien 196
dd) Zwischenergebnis 197
c) Art und Schwere der Sanktion 198
aa) Keine Ableitung allein aus der Art der Sanktion 199
bb) Schwere der Kartellsanktion 200
d) Zwischenergebnis 204
2. Das Merkmal der „Anklage“ 204
a) Vorgaben des EGMR an eine *formelle* Anklage 204
b) Vorgaben des EGMR an eine *materielle* Anklage 206
c) Kartellrechtliche Ermittlungsbefugnisse im Voruntersuchungsverfahren als formelle oder materielle Anklage i. S. d. Art. 6 EMRK 208
aa) Das Auskunftsverlangen nach Art. 18 VO 1/2003 208
bb) Die Befragung nach Art. 19 VO 1/2003 211
cc) Die Nachprüfung nach Art. 20 VO 1/2003 212
d) Zwischenergebnis 215
3. Zwischenergebnis und Stellungnahme 215

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Fazit 216
B. Die persönlichen und sachlichen Anwendungsvoraussetzungen der Europäischen Grundrechtecharta 217
I. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 41 GRCh im europäischen Kartellermittlungsverfahren 217
1. Persönliche Anwendbarkeit 218
2. Sachliche Anwendbarkeit 218
II. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 47 GRCh im europäischen Kartellermittlungsverfahren 219
1. Persönliche Anwendbarkeit 219
2. Sachliche Anwendbarkeit 220
a) Subjektive Rechtspositionen im Kartellvorermittlungsverfahren 220
b) Behauptung subjektiver Rechtsverletzung durch Kartellermittlungen 222
c) Anwendungsvoraussetzungen der Abs. 2 und 3 223
d) Fazit 224
III. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 48 GRCh im europäischen Kartellermittlungsverfahren 224
IV. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 49 GRCh im europäischen Kartellermittlungsverfahren 225
V. Zwischenergebnis 225
C. Ergebnis 226
§ 3 Gesamtergebnis 226

3. Kapitel

Der reduzierte Anwendungs*umfang* strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren – aufgrund der Rechtsnatur 227

§ 1 Die Fragmentierung der strafrechtlichen Rechtsnatur durch die Jussila-Entscheidung des EGMR 228
A. Die Jussila-Entscheidung des EGMR 228
B. Legitimatorische Kritik der Fragmentierung 230
C. Stellungnahme 231
§ 2 Die umstrittene strafrechtliche Rechtsnatur der Kartellbuße und des Kartellverfahrens 233
A. Die Ansicht der Unionsgerichte und Literatur – die Kartellbuße als Strafrecht im *weiteren* Sinne 234
B. Die Ansicht des älteren Schrifttums und von Unternehmen – die Kartellbuße als Strafrecht im *engeren* Sinne 238
C. Die vermittelnde Ansicht des Schrifttums – die Kartellbuße als Sanktion *sui generis* 243

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

I. Rechtspragmatischer Lösungsansatz 243
II. Stellungnahme 244
D. Zwischenergebnis 245

§ 3 Die Notwendigkeit einer präzisen Einordnung der strafrechtlichen Rechtsnatur 246
A. Verfahrensrechtliche Rechtsfolge 247
I. Bei einer Einordnung als Strafrecht im weiteren Sinne 247
II. Bei einer Einordnung als Strafrecht im engeren Sinne 249
III. Zwischenergebnis 250
B. Kompetenzrechtliche Rechtsfolge 251
I. Keine ausdrückliche und umfassende kriminalstrafrechtliche Sanktionskompetenz *de lege lata* 251
1. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung 251
2. Keine umfassende unionsrechtliche kriminalstrafrechtliche Einzelermächtigung 252
3. Keine unionsrechtliche Kompetenz-Kompetenz 255
4. Zwischenergebnis 255
II. Punktuell ausdrückliche strafrechtliche Sanktionskompetenz *de lege lata* 256
1. Richtlinien- und Annexkompetenz im Bereich der strafrechtlichen Zusammenarbeit 257
a) Richtlinienkompetenz nach Art. 83 Abs. 1 AEUV 258
b) Annexkompetenz Art. 83 Abs. 2 AEUV 261
c) Art. 325 Abs. 4 AEUV 262
2. Zwischenergebnis 264
III. Zwischenergebnis 265
C. Unzulässiger tautologischer Rückschluss von der kompetenz- und verfahrensrechtlichen Rechtsfolge auf die Rechtsnatur 266
I. Zwingende nichtkriminalstrafrechtliche Rechtsnatur 266
II. Stellungnahme 267
D. Ergebnis 269

§ 4 Die dogmatische Legitimationskontrolle der strafrechtlichen Rechtsnatur des europäischen Kartellermittlungsverfahrens 270
A. Das konventionsrechtliche Abgrenzungskriterium der Strafrechtsnatur . . 271
I. Der nennenswerte Grad an Stigmatisierung 271
II. Determinierung der strafrechtlichen Rechtsnatur des Wettbewerbsrechts durch den EGMR 273
III. Stellungnahme 274
IV. Ergebnis 278
B. Die unionsrechtlichen Abgrenzungskriterien der Strafrechtsnatur 278
I. Das Stigma bzw. das sozial-ethische Unwerturteil 278
1. Der Begriff des Stigmas oder des sozial-ethischen Unwerturteils im Unionsrecht 279

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Das Stigma der europäischen Kartellbuße 280
3. Stellungnahme 283
4. Zwischenergebnis 285
II. Die Auslegung des Unionsrechts als Anknüpfungspunkt 285
1. Wortlautauslegung des Primärrechts 286
a) Keine genuin unionsrechtliche Strafrechtsdefinition 286
b) Keine genuin unionsrechtliche Sanktionsdogmatik 287
c) Keine Übertragung des Sanktionskonzepts eines Mitgliedstaats 289
d) Keine einheitlichen Sanktionskonzepte der Mitgliedstaaten . . 291
e) Zwischenergebnis 293
2. Wortlautauslegung des Sekundärrechts 293
a) Konturlose rein grammatikalische Wortlautauslegung 294
b) Historisch-teleologische Wortlautauslegung 296
aa) Ausschluss der Kriminalstrafe mit kompetenzrechtlicher Klarstellungsfunktion 296
bb) Stellungnahme 298
c) Keine Determinierungsbefugnis des Verordnungsgebers 300
aa) Entgegenstehende Normhierarchie des Unionsrechts . . . 300
bb) Keine (analoge) Anwendung des ersten Engel-Kriteriums 301
cc) Keine kriminalstrafrechtliche Sanktionskompetenz im Wettbewerbsrecht 303
dd) Fazit 303
d) Zwischenergebnis 304
3. Weitere Auslegungsmethoden 304
III. Die Sanktionshöhe als Anknüpfungspunkt 305
1. Wettbewerbsrecht der zwei Geschwindigkeiten 305
2. Auswirkungen auf die kriminalstrafrechtliche Ausgangsthese . . . 306
3. Zwischenergebnis 307
IV. Ergebnis 308
C. Die nationalrechtlichen Abgrenzungskriterien der Strafrechtsnatur 308
I. Der stigmatisierende sozial-ethische Tadel im nationalen Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union 309
1. Der stigmatisierende sozial-ethische Tadel in anderen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten 310
a) Summarischer Überblick 310
b) Kritik im Schrifttum 311
c) Stellungnahme 312
d) Zwischenergebnis 313
2. Der stigmatisierende sozial-ethische Tadel im deutschen Recht . . 314
a) Differenzierung von Kriminalstrafen und Ordnungswidrigkeiten im deutschen Recht 314
aa) Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers 316

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Gesellschaftliches Werteverständnis 319
cc) Stellungnahme 323
b) Zwischenergebnis 324
3. Übertragbarkeit der Kriterien auf das Unionsrecht 325
a) Keine imperative Einschätzungsprärogative des Unionsgesetzgebers 325
aa) Teilansicht der Literatur 325
bb) Stellungnahme 326
cc) Konformitätsprüfung im Unionsrecht 327
dd) Zwischenergebnis 329
b) Keine Anknüpfung an die gesellschaftliche Wertevorstellung 329
aa) Keine gesellschaftliche Missbilligung von Kartellsanktionen 329
bb) Stellungnahme 331
c) Zwischenergebnis 332
4. Ergebnis 332
II. Andere nationalrechtliche Abgrenzungskriterien 333
1. Keine Verhängung einer Freiheitsstrafe 333
2. Keine Umwandlung der Geldbuße in eine Freiheitsstrafe 334
3. Keine Verhängung einer Kriminalstrafe durch eine Verwaltungsbehörde 335
4. Stellungnahme 339
III. Zwischenergebnis 341
D. Ergebnis 341

4. Kapitel

Gesamtergebnis des zweiten Teils 341

§ 1 Ergebnisse, Lösungsansätze und Stellungnahme 341
A. Teil-Legitimationsdefizit des europäischen Kartellermittlungsverfahrens . 341
B. Ansätze zur Lösung des Legitimationsdefizits 343
C. Stellungnahme und Kritik an „Forschungssperrzonen“ 344
§ 2 Folgen für den Fortgang der Untersuchung 347

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Teil

Dogmatische Legitimationskontrolle der Geltungs- und Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren aufgrund der „Unternehmereigenschaft“ 348

1. Kapitel

Der unionsrechtliche Unternehmensbegriff 348

§ 1 Begriff, Zurechnung und Grundrechtsberechtigung des Unternehmensträgers 349
A. Autonom unionsrechtlicher Unternehmensbegriff 349
B. Zurechnung von Kartellzuwiderhandlung an den Unternehmensträger . . . 351
C. Grundrechtsberechtigung von Gesellschaften als Unternehmensträger . . . 352

§ 2 Fazit 353

2. Kapitel

Legitimationsansätze der Geltungs- und Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren – aufgrund der „Unternehmereigenschaft“ 353

§ 1 Allgemeiner Legitimationsansatz 354
A. Unternehmensfaktische Legitimation – *eo ipso* 354
B. Stellungnahme 356
C. Zwischenergebnis 357

§ 2 Spezifischer Legitimationsansatz 358
A. Inhalt des nemo tenetur-Grundsatzes 359
B. Unternehmensspezifische Legitimationsansätze der Geltungs- und Anwendungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes 362
I. Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Geltungs- und Anwendungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren 362
1. Urteil *Orkem* v. 1989 – keine Verpflichtung zum Eingeständnis von Zuwiderhandlungen 362
2. Urteil *Société Générale* v. 1995 – Auskunftspflicht über tatsächliche Angaben 365
3. Urteil „PVC“ v. 1999 – kein uneingeschränktes Aussageverweigerungsrecht 366
4. Urteil *Mannesmannröhren-Werke* v. 2001 – gleichwertiges Schutzniveau 368
5. Urteil „PVC“ v. 2002 – Gleichstellungs- und Zwangselement . . . 371
6. Urteil *Tokai Carbon* v. 2004 – keine Rechtsprechungsanpassung 373

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

7. Urteil *DB/Consob* v. 2021 – ungleiches Schutzniveau für natürliche und juristische Personen 374
a) Sachverhalt 374
b) Rechtliche Würdigung des Gerichtshofs 375
c) Stellungnahme 378
8. Zusammenfassung der Rechtsprechung 378
II. Zwischenergebnis 380
C. Kritik der Literatur an der Rechtsprechung zum Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren 381
§ 3 Zwischenergebnis 383

3. Kapitel

Die dogmatische Legitimationskontrolle der Geltungs- und Anwendungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes im europäischen Kartellermittlungsverfahren aufgrund der Unternehmereigenschaft 383

§ 1 Die Legitimationsansätze der Geltungsreduktion 384
A. Kein ausdrückliches Schweigerecht nach der VO 1/2003 384
B. Kein ausdrückliches Schweigerecht in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten 385
C. Kein ausdrückliches Schweigerecht aus der Grundrechtecharta 386
I. Persönlicher Schutzbereich des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen nach der Grundrechtecharta 386
II. Zwischenergebnis 388
D. Kein ausdrückliches Schweigerecht aus der EMRK 389
I. Persönlicher Schutzbereich des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen nach der EMRK 390
1. Keine Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen 391
2. Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen 393
3. Zwischenergebnis 395
II. Dogmatische Legitimationskontrolle 395
1. Keine Leitentscheidung des EGMR 395
2. Keine ausschließliche Menschenwürdeanknüpfung 395
3. Keine autonom unionsrechtliche Grundrechtsprüfung 398
4. Fazit 401
III. Zwischenergebnis 402
E. Ergebnis 402
§ 2 Die Legitimationsansätze der sachlichen Anwendungsreduktion 403
A. Keine unionsrechtliche Begründung 403

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Keine konventionsrechtliche Begründung 404
C. Unklare Reichweite der „not with full stringency“-Doktrin 406
D. Zwischenergebnis 407

§ 3 Ergebnis 408

4. Kapitel

Gesamtergebnis des dritten Teils 408

§ 1 Ergebnisse und Lösungsansätze 408

§ 2 Folgen für den Fortgang der Untersuchung 409

4. Teil

Die Genese eines Legitimationsmaßstabs aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Kontrolle des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellvorermittlungsverfahren 411

1. Kapitel

Die Genese eines Legitimationsmaßstabs 411

§ 1 Einleitung 411
A. Notwendigkeit der Genese eines Legitimationsmaßstabs 411
B. Anknüpfungspunkt des Legitimationsmaßstabs 412

§ 2 Herleitung und Konkretisierung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als Auslegungsmethode der Grundrechtecharta 414
A. Der gesetzliche Anknüpfungspunkt im Primärrecht 414
B. Begriffsbestimmung 415
C. Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als Rechtserkenntnisquelle 417
I. Die Rechtsquellen der Unionsgrundrechte 417
II. Die Rechtserkenntnisquellen der Unionsgrundrechte 420
1. Die EMRK und die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Rechtserkenntnisquelle 420
2. Ausschluss der EMRK 422
III. Fazit 423
D. Zwischenergebnis 423

§ 3 Die Anwendungszwecke und -schranken der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen 423
A. Die Anwendungszwecke der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen . 423
I. Zur Grundrechts*genese* gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV 424
1. Die Bedeutung der Grundrechtsgenese vor der Grundrechtecharta 424

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Die Bedeutung der Grundrechtsgenese neben der Grundrechtecharta . . . 429
a) Unzulässigkeit des Rückgriffs auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zur Grundrechtsgenese nach Art. 6 Abs. 3 EUV . . . 430
b) Zulässigkeit des Rückgriffs auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zur Grundrechtsgenese nach Art. 6 Abs. 3 EUV . . . 433
c) Stellungnahme . . . 436
3. Verhältnis geschriebener Grundrechte und ungeschriebener Grundsätze . . . 440
4. Zwischenergebnis . . . 442
II. Zur Grundrechts*auslegung* gemäß Art. 52 Abs. 4 GRCh . . . 442
1. Auslegung als „Transferklausel“ . . . 443
2. Auslegung als Rechtserkenntnisquelle . . . 444
3. Bedeutungslosigkeit der Auslegung . . . 445
4. Stellungnahme . . . 446
III. Die Kombination von Anwendungszwecken . . . 449
IV. Schließung von Regelungslücken als übergeordneter Anwendungszweck . . . 450
V. Zwischenergebnis . . . 453
B. Die Anwendungsschranken der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen 453
I. Schranken der Grundrechtsgenese . . . 454
II. Schranken der Grundrechtsauslegung . . . 454
1. Generelle Beschränkung auf Grundrechte . . . 454
2. Beschränkung auf die als allgemeine Rechtsquellen generierten Grundrechte . . . 455
3. Beschränkung durch die Verträge nach Art. 52 Abs. 2 GRCh . . . 458
4. Beschränkung durch die EMRK nach Art. 52 Abs. 3 GRCh . . . 459
a) Sperrwirkung der EMRK für die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen . . . 459
b) Stellungnahme . . . 460
c) Fazit . . . 463
5. Zwischenergebnis . . . 463
III. Ergebnis . . . 463
C. Differenzierung der Anwendungszwecke . . . 464
D. Zwischenergebnis . . . 466
§ 4 Ergebnis . . . 467

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Kapitel

Die Genese einer gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten anhand einer wertenden Rechtsvergleichung 468

§ 1 Herleitung der allgemeinen wertenden Rechtsvergleichung 469
A. Allgemeiner Begriff der wertenden Rechtsvergleichung 469
B. Allgemeine Ziele der wertenden Rechtsvergleichung 472
C. Allgemeine Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung 474
I. Forschungsfrage und Sachproblem 476
II. Wahl der Rechtsordnungen 477
III. Erstellung der Länderberichte 478
IV. Querschnittsvergleich 480
V. Normative Bewertung 481
VI. Zwischenergebnis 482
D. Ergebnis 483

§ 2 Die wertende Rechtsvergleichung im Unionsrecht zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung 484
A. Unionsrechtlicher Begriff der wertenden Rechtsvergleichung 484
B. Unionsrechtliche Ziele der wertenden Rechtsvergleichung 485
C. Unionsrechtliche Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung 487
I. Forschungsfrage und Sachproblem zum unionsrechtlichen Grundrechtsschutz 487
1. Konkretisierung des Anwendungsziels 488
a) Regelungslücke im Anwendungsbereich der Grundrechtsgenese – Art. 6 Abs. 3 EUV 489
b) Grundrechtsauslegung zur Schließung von Grundrechtsschutzlücken – Art. 52 Abs. 4 GRCh 489
c) Differenzierung des Anwendungsziels 490
2. Zwischenergebnis 490
II. Wahl der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten 491
1. Mindestanforderung einer Verfassungstradition „der“ Mitgliedstaaten 491
a) Keine Einzelbetrachtung *eines* Mitgliedstaats 491
b) Einbeziehung eines Teilquorums der Mitgliedstaaten 492
c) Rechtsprechungspraxis des EuGH – Einbeziehung *aller* Mitgliedstaaten 493
aa) Urteil *Algera* v. 10.7.1957 493
bb) Urteil *Nold* v. 14.5.1974 495
cc) Urteil *Hauer* v. 13.12.1979 496
dd) Urteil *AM & S* v. 15.5.1982 500
ee) Urteil *Hoechst* v. 21.9.1989 502
ff) Urteil *Orkem* v. 18.10.1989 504

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gg) Urteil *Akzo Nobel* v. 14.9.2010 505
hh) Urteil *Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach* v. 8.5.2019 508
ii) Urteil *Euro Box Promotion* v. 21.12.2021 509
2. Zwischenergebnis 510
III. Erstellung der Länderberichte der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen 511
1. Abstrakt methodische Vorgehensweise im Unionsrecht 511
2. Methodisches Vorgehen in der unionsrechtlichen Praxis 514
a) Einbeziehung der Verfassungen und des einfachen Rechts . . 515
aa) Die nationalen Verfassungen als Ausgangspunkt 515
bb) Zulässigkeit der Einbeziehung des einfachen Rechts . . . 517
cc) Zwischenergebnis 518
b) Betrachtung der Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung . . 519
3. Zwischenergebnis 522
IV. Querschnittsvergleich 523
V. Normative Bewertung 523
1. Inhaltliche und numerische Mindestanforderungen einer „gemeinsamen“ Verfassungstradition 524
a) Vollständige Übereinstimmung 525
aa) Ältere Auffassung der Kommission 525
bb) Auffassung der Generalanwälte 526
cc) Auffassung des Schrifttums 527
dd) Auffassung des EuGH 529
ee) Zwischenergebnis 531
b) Unklare hinreichende Übereinstimmung 531
aa) Auffassung des EuGH 532
bb) Auffassung der Generalanwältinnen und -anwälte 536
cc) Auffassung der Literatur 540
dd) Fazit 544
ee) Stellungnahme 546
c) Zwischenergebnis 548
2. Keine zeitliche Mindestanforderung einer „Überlieferung“ 549
3. Zwischenergebnis 550
VI. Fazit 551
D. Zusammenfassende unionsrechtliche Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung 552
§ 3 Ergebnis 553

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Kapitel

Integration der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten in das Unionsrecht zur Genese und Auslegung der Grundrechte 554

§ 1 Der normative Integrationsakt in das Unionsrecht 555
A. Notwendigkeit des normativen Integrationsakts 555
I. Zur Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze bei der Genese von Grundrechten 555
II. Zur Auslegung im Einklang mit den Charta-Grundrechten 557
III. Zwischenergebnis 558
B. Materielle Anforderungen an den Integrationsakt 558
I. Einfügen in die Struktur und Ziele der Gemeinschaft 558
II. Stellungnahme 560
§ 2 Ergebnis 561

4. Kapitel

Gesamtergebnis des vierten Teils 562

5. Teil

Die Genese einer gemeinsamen Verfassungstradition durch wertende Rechtsvergleichung mitgliedstaatlicher Unternehmenssanktionsverfahren zur Genese eines legitimatorischen Vergleichsmaßstabs im Unionsrecht 564

1. Kapitel

Gemeinsame Verfassungsüberlieferung zur Geltung und zum Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen anhand der wertenden Rechtsvergleichung 565

§ 1 Formelle Anforderungen der wertende Rechtsvergleichung zur Konkretisierung des nemo tenetur-Grundsatzes 565
A. Forschungsfrage und Sachproblem zum unionsrechtlichen Grundrechtsschutz 565
I. Festlegung des Anwendungszwecks 566
1. Grundrechtsgenese 566
2. Grundrechtsauslegung 567
II. Zwischenergebnis 568
B. Wahl der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten 568
C. Festlegung und Begrenzung des nationalen Vergleichsausschnitts – *tertium comparationis* 569
I. Festlegung der Rechtsmaterie 569
1. Ausschluss nationaler Kartellermittlungsverfahrensordnungen . . 570

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Uneinheitliche Kartellsanktionierung und -durchsetzung in der EU . . . 570
b) Kompetenzrechtliche Bedenken gegen die Einbeziehung nationaler Kartellverfahrensordnungen . . . 575
c) Zwischenergebnis . . . 575
2. Wahl der nationalen Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren . . . 576
a) Wahl der nationalen Kriminalstrafverfahrensordnungen . . . 576
b) Wahl der nationalen Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren . . . 578
c) Zwischenergebnis . . . 580
3. Beschränkung auf den nemo tenetur-Grundsatz bei förmlichen Ermittlungsmaßnahmen . . . 580
4. Fazit . . . 581
II. Zwischenergebnis . . . 581
D. Ergebnis . . . 581

§ 2 Materielle Anforderungen der wertenden Rechtsvergleichung zur Konkretisierung des nemo tenetur-Grundsatzes . . . 582
A. Länderberichte der (Verfassungs-)Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten 582
I. Deskriptive Darstellung der gegenwärtigen Rechtslage in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union . . . 582
II. Das Schweigerecht in den nationalen Unternehmensstrafverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union . . . 583
III. Die Rechtslage in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union . . . 585
1. Belgien . . . 585
2. Bulgarien . . . 588
3. Dänemark . . . 588
4. Deutschland . . . 590
5. Estland . . . 593
6. Finnland . . . 595
7. Frankreich . . . 596
8. Griechenland . . . 598
9. Irland . . . 599
10. Italien . . . 603
11. Kroatien . . . 605
12. Lettland . . . 607
13. Litauen . . . 608
14. Luxemburg . . . 609
15. Malta . . . 611
16. Niederlande . . . 613
17. Österreich . . . 616
18. Polen . . . 619
19. Portugal . . . 622

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

20. Rumänien 625
21. Schweden 627
22. Slowakei 629
23. Slowenien 631
24. Spanien 633
25. Tschechien 636
26. Ungarn 638
27. Zypern 640
IV. Zwischenergebnis 642
B. Deskriptiver Querschnittsvergleich 642
I. Querschnittsvergleich in Hinblick auf das Verbandssanktions- und Unternehmensstrafrecht 642
II. Querschnittsvergleich in Hinblick auf die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes 643
III. Querschnittsvergleich in Hinblick auf den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes 644
IV. Zwischenergebnis 645
C. Normative Betrachtung des Querschnittvergleichs zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung 645
I. In Hinblick auf die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes 646
II. In Hinblick auf den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes 647
III. Normative Bewertung 648
IV. Zwischenergebnis 651
D. Fazit 651
§ 3 Ergebnis 651

2. Kapitel

Die Genese eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zugunsten einer unternehmerischen Selbstbelastungsfreiheit aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten 652

§ 1 Integration der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung in die Struktur, Ziele und Aufgaben der Europäischen Union sowie des Unionsrechts 653
A. Integrationsmaßstab zur Genese eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes . . 653
B. Widerlegbare Vermutung für die Integrierbarkeit als allgemeiner Rechtsgrundsatz 655
C. Gründe gegen die Vermutung der Integrierbarkeit 656
I. Erhalt der praktischen Wirksamkeit 657
1. Kritik an der fehlenden Abwägung 659
2. Kritik an der Tauglichkeit und Zulässigkeit des Kriteriums 661
a) Unzulässigkeit des Kriteriums 662
aa) Urteil Funke/Frankreich v. 25.2.1993 663
bb) Urteil Saunders/Vereinigtes Königreich v. 17.12.1996 . . 663

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cc) Urteil J. B./Schweiz v. 3.5.2001 665
dd) Stellungnahme 666
b) Untauglichkeit des Kriteriums 668
3. Zwischenergebnis 670
II. Komplexität der Kartellermittlungen und geringe Aufklärungswahrscheinlichkeit 672
1. Komplexe Kartellermittlungen 672
2. Stellungnahme 674
III. Zwischenergebnis 676
D. Ergebnis 677
§ 2 Ergebnis 677

6. Teil

Gesamtergebnisse der Untersuchung 678

1. Kapitel

Legitimations- und Legitimitätsdefizite des unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahrens 678

§ 1 Kompetenz- und verfahrensrechtliche Legitimationsdefizite 679
A. Kompetenzrechtliches Legitimationsdefizit 679
B. Allgemeines verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit 681
C. Spezifisches verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit 682
D. Relativierung der Untersuchungsergebnisse – Grenzen rationaler Erkenntnis 683
§ 2 Gesamtergebnis 684

2. Kapitel

Lösungsansätze zur Aufhebung der Legitimations- und Legitimitätsdefizite des europäischen Kartellermittlungsverfahrens 684

§ 1 Allgemeine Lösungsansätze 684
§ 2 Spezifische Lösungsansätze 685
A. Lösung des kompetenzrechtlichen Legitimationsdefizits 686
B. Lösung des allgemeinen verfahrensrechtlichen Legitimationsdefizits 686
I. Präzisierung der Rechtsnatur 686
II. Präzisierung der Auswirkungen der Unternehmereigenschaft 688
C. Lösung des spezifischen verfahrensrechtlichen Legitimationsdefizits . . . 689
§ 3 Ergebnis 689

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Kapitel

Übertragbarkeit der Legitimations- und Legitimitätsdefizite sowie deren Lösungsansätze 690

§ 1 Übertragbarkeit der Legitimations- und Legitimitätsdefizite – „spill-over-Effekt“ auf andere Sanktionsverfahren 691

§ 2 Übertragbarkeit der Untersuchungsmethodologie auf andere strafrechtliche Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren 693

A. Vorbereitung der wertenden Rechtsvergleichung – Genese eines *tertium comparationis* 693

I. Untersuchung der Schutzzwecke 693

II. Untersuchung der gegenwärtigen Grundrechtsgewährleistung – Suche nach der Grundrechtsschutzlücke 694

III. Auswahl des nationalen Rechtsausschnitts 695

B. Durchführung der wertenden Rechtsvergleichung 696

C. Prüfung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes 697

§ 3 Grundlegende Überlegungen für ausgesuchte Verfahrensgrundsätze 697

A. Öffentlichkeitsgrundsatz 697

B. Konfrontationsrecht 698

C. Akteneinsichtsrecht 700

D. Unschuldsvermutung 702

I. Beweislastverteilung 703

II. Unvoreingenommenheit 704

E. Zwischenergebnis 707

§ 4 Ergebnis 707

4. Kapitel

Thesen 708

Literaturverzeichnis 710

Stichwortverzeichnis 737

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
BVerfG	Das deutsche Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
ders./dies.	derselbe/dieselbe/dieselben
DVO	Durchführungsverordnung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro
EUV	Vertrag der Europäischen Union
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GA/in	Generalanwalt/Generalanwältin
GRCh	Europäische Grundrechtecharta
i. d. R.	in der Regel
i. H. v.	in Höhe von
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
lit.	litera (Buchstabe)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NWB	Nationale Wettbewerbsbehörde
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
Rn.	Randnummer
S.	Seite, im Rahmen von Gesetzeszitaten: Satz
sog.	sogenannte

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
stRspr.	ständige Rechtsprechung
U./u.	Urteil/und
u. a.	unter anderem
v.	vom
verb. Rs.	verbundene Rechtssache
VO 1/2003	Verordnung Nr. 1/2003
VO 17/62	Verordnung Nr. 17/62
VO 773/2004	Verordnung Nr. 773/2004
z. B.	zum Beispiel

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Einleitung

Das primäre Forschungsanliegen dieser Untersuchung gilt der Legitimationskontrolle des Eingriffs- und Verteidigungsregimes des unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahrens der Verordnung Nr. 1/2003. Deren Ausgangspunkt bildet das „Mysterium" eines vermeintlichen rechtsstaatlichen Legitimitätsdefizits dergestalt, dass die immer einschneidenderen kartellrechtlichen Bußgelder und Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission *de lege lata* nicht durch eine hinreichende Geltung strafverfahrensrechtlicher Verteidigungsrechte legitimiert seien. Die Untersuchung navigiert damit in einem – jedem Ermittlungsverfahren immanenten – Spannungsverhältnis, mit regelmäßig divergierenden Rechtspositionen. Einerseits haben die Kommission und die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission als Ermittlungsbehörde ein berechtigtes Interesse am Erhalt der Effektivität der Ermittlungsbefugnisse und der Abschreckungswirkung der Kartellsanktion, um potenziell wettbewerbswidrige Sachverhalte umfassend aufzuklären und zu ahnden. Andererseits haben betroffene grundrechtsberechtigte Unternehmen und Unternehmensvereinigungen als Ermittlungs- und Sanktionsadressaten ein berechtigtes Interesse daran, ihre korrespondierenden abwehrgrundrechtlichen Verteidigungsrechte umfassend wahrzunehmen. Die komplexe Austarierung dieses Spannungsverhältnisses effektiver Eingriffs- und Verteidigungsrechte ist Gegenstand und Ziel dieser Untersuchung.

Zur „Entmystifizierung" wird die Untersuchung die argumentativen Stützen der rechtsstaatlich legitimierungsbedürftigen Geltungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte auf ihre intrinsisch dogmatische Tragfähigkeit hin überprüfen. Darunter fallen zum einen die genuin europarechtsdogmatisch nicht verlässlich determinierbare *Rechtsnatur* des europäischen Kartellermittlungsverfahrens sowie zum anderen die *Unternehmereigenschaft* der Sanktionsadressaten. Den Schwerpunkt bildet die Renaissance eines Legitimationsmaßstabs aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Der gegenwärtige Legitimationszustand des Kartellermittlungsverfahrens wird dabei phänomenologisch anhand eines strukturell-funktionalen Rechtsvergleichs der Ermittlungs- und Verteidigungsrechte der nationalen strafrechtlichen Unternehmens- und Verbandssanktionsverfahren analysiert und – soweit möglich – als Rechtserkenntnisquelle zur Legitimationskontrolle des unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahrens herangezogen. Durch die Erhebung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung zum allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickelt die Untersuchung einen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bislang vernachlässigten objektiven Legitimationsmaßstab zur Auslegung des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensgrundrechte der Charta, im Speziellen des nemo tenetur-Grundsatzes nach Art. 47 und Art. 48 der Grundrechtecharta. Am Ende soll damit ein Kontrollmaßstab geschaffen und angewendet werden, um die Legitimation und Legitimität des Eingriffs- und Verteidigungsregimes des unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahrens der Verordnung Nr. 1/2003 *de lege lata* zu überprüfen.

A. Einführung in die Problematik

I. Faktische Pönalisierung des europäischen Wettbewerbsrechts

Das europäische Kartellverfahren hat ein Legitimitätsdefizit. Dies wird jedenfalls in Hinblick auf dessen „faktische Pönalisierung" behauptet.[1] Zwar ist die Europäische Kommission nach Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV i. V. m. Art. 4 und Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003[2] unstreitig ermächtigt, Geldbußen i. H. v. bis zu 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahrs erzielten Gesamtumsatzes gegen Unternehmen festzusetzen,[3] die den in Art. 101 und 102 AEUV niedergelegten Grundsätzen zuwiderhandeln;[4] seit der Einführung der VO 1/2003 im Jahr 2004 sind indes sowohl die „brutto" von der Kommission verhängten als auch die „netto" von den Unionsgerichten im Rahmen der unbeschränkten Nachprüfung der Entscheidung angepassten Geldbußen erheblich gestiegen.[5] Nach den Kommissionsstatistiken haben sie sich in den Jahren von 2000 bis 2004 im darauffolgenden Vergleichszeitraum von 2005 bis

---

[1] *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 460 ff., gemeint ist die kontinuierliche Zunahme von Kartellsanktionen ohne eine entsprechende Anpassung der verfahrensrechtlichen Abwehrrechte.

[2] Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 Nr. L 1/1, nachfolgend: VO 1/2003, die Verordnung.

[3] Insoweit besteht eine parallele Zuständigkeit der Kommission und der Nationalen Wettbewerbsbehörden (NWB) der Mitgliedstaaten, vgl. Art. 104 AEUV, Art. 5 Abs. 1 VO 1/2003. Die Zuständigkeit der Kommission ergibt sich aus Art. 105 Abs. 1 S. 1 u. 2 AEUV i. V. m. Art. 4 VO 1/2003. Die Durchsetzung wird auch durch die private Kartellrechtsdurchsetzung (sog. Private Enforcement), in Form von Schadensersatzklagen durchgesetzt.

[4] *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 1.

[5] *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 129; *Soltész u. a.*, EuZW 2003, S. 202, S. 202 ff.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 102; *Forrester*, ELR 2011, S. 185, S. 186 ff., für einen Überblick über die Entwicklung der Bußgeldberechnung; *Deselaers*, in: Verfahrensgerechtigkeit für Unternehmen, S. 97 ff.; vgl. zur Befugnis der Unionsgerichte zur Überprüfung der Bußgeldentscheidung der Kommission bereits Art. 261 AEUV, Art. 31 VO 1/2003; *Hellmann*, in: Handbuch des Kartellrechts, Rn. 136, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2009 – trotz ähnlicher Fallzahlen[6] – nahezu verdreifacht und halten sich seither auf hohem Niveau.[7]

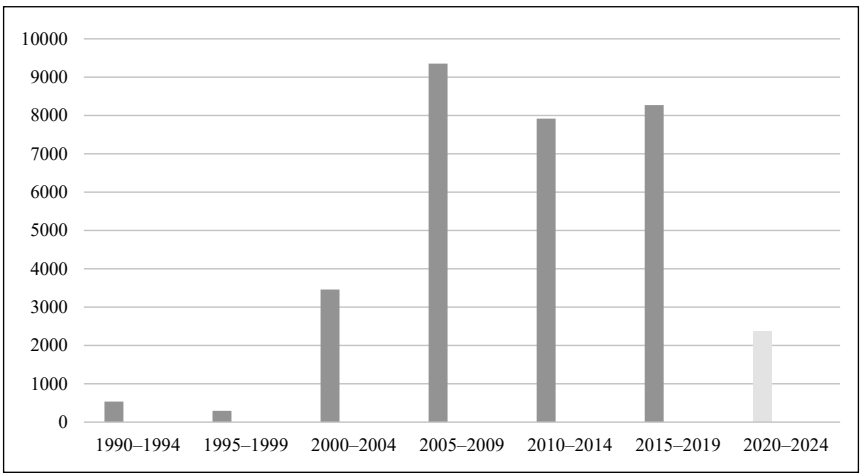

Abbildung 1: Kartellgeldbußen der Europäischen Kommission (*nicht* durch die Gerichte angepasst) zwischen 1990 – 2024[8]

[6] Zwischen den angegebenen Zeiträumen ist die Fallzahl von 29 um vier auf 33 Kartellverfahren angestiegen, https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/cartels-cases-and-statistics_en?prefLang=de, (zuletzt besucht am: 2.11.2024).

[7] In den Jahren 2000 – 2004 betrugen die nicht durch die Gerichte angepassten Geldbußen 3,46 Mrd. Euro, in den Jahren 2005 – 2009 hingegen 9,36 Mrd. Euro. Dies entspricht einer 2,7-fachen Erhöhung. Im Vergleich zu den Jahren 1995 – 1999 – die Buße betrug dort nur 0,29 Mrd. Euro – entspricht dies im Vergleich zum Zeitraum 2005 – 2009 einer 32-fachen Erhöhung. Für die durch die Gerichte angepassten Geldbußen entspricht die Erhöhung gemäß den obigen Beispielen einer 2,5-fachen Erhöhung bzw. einer 29-fachen Erhöhung, vgl. https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/cartels-cases-and-statistics_en?prefLang=de (zuletzt besucht am: 2.11.2024).

[8] Von der Europäischen Kommission verhängte Kartellbußen in Mio. Euro für Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV, abrufbar unter: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/cartels-cases-and-statistics_en?prefLang=de (zuletzt besucht am: 2.11.2024).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

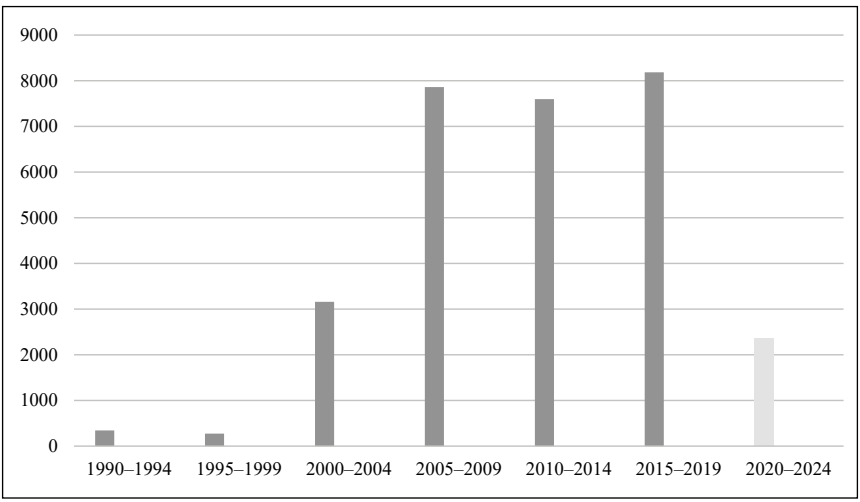

Abbildung 2: Kartellgeldbußen der Europäischen Kommission (durch die Gerichte angepasst) zwischen 1990 – 2024[9]

Ihren vorläufigen Höhepunkt erreichte die „faktische Pönalisierung" im Jahr 2018. Die Europäische Kommission setzte gegen „Google" mit 4,34 Mrd. Euro das weltweit höchste gegen ein Einzelunternehmen verhängte Bußgeld wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i. S. d. Art. 102 AEUV fest.[10] Dies entspricht mehr als der Summe *aller* von der Kommission zwischen 1990 und 2004 verhängten Geldbußen.[11] Dagegen liegt von den seit 1969 verhängten zehn höchsten Kartellbußgeldern pro Unternehmen (2008 – 2021) bzw. pro Fall (2001 – 2021) nur ein einziger vor dem Jahr 2003, bei dem ein Bußgeld i. H. v. 462 Mio. Euro gegen „F. Hoffmann-La Roche" im Vitamin-Kartell verhängt wurde.[12] Dies entspricht – nicht infla-

[9] Von der Europäischen Kommission verhängte und durch die Gerichte (EuG und EuGH) angepasste Kartellbußen in Mio. Euro für Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV, abrufbar unter: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/cartels-cases-and-statistics_en?prefLang=de (zuletzt besucht am 2.11.2024).

[10] Kommission v. 18.7.2018 – Google Android – AT.40099, vgl. auch die Pressemitteilung https://germany.representation.ec.europa.eu/news/kommission-verhangt-kartellbusse-von-434-milliarden-euro-gegen-google-wegen-missbrauch-der-2018-07-18_de (zuletzt besucht am: 22.2.2023).

[11] Im genannten Zeitraum wurden nach der offiziellen Statistik vom Gericht Geldbußen i. H. v. 3,77 Mrd. Euro verhängt, https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/cartels-cases-and-statistics_en?prefLang=de (zuletzt besucht am 2.11.2024).

[12] Kommission v. 22.11.2001 – Vitamine – COMP/E-1/37.512, Abl. 2003, L 6/1, Rn. 775; https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf; hierzu schon

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tionsbereinigt[13] – gerade einmal 9,4 % der Buße von Google.[14] Auch die im Vergleich zu den Jahren 2019 (1,5 Mrd. Euro) und 2021 (1,7 Mrd. Euro) marginale Abwärtstendenz im Jahr 2020, in der die Kommission Kartellbußgelder i. H. v. 288 Mio. Euro in zwei Verfahren verhängte, bezeugt keine Trendumkehr.[15] Zum einen wurden „nur" zwei Fälle abgeschlossen, wobei das (hybride) Vergleichsverfahren und die Kronzeugenregelung i. d. R. zum Rückgang von Kartellermittlungen und erheblichen Bußgeldreduktionen führen.[16] Zum anderen bewirkten die Reisebeschränkungen während der Corona-Pandemie einen Rückgang von Kartellermittlungen in Form von Vor-Ort-Nachprüfungen der Inspektoren der Generaldirektion Wettbewerb, womit ein Rückgang der Aufdeckungswahrscheinlichkeit und Verfahren korrespondiert.[17] Mit 2,3 Mrd. Euro verhängten Kartellbußen im bisherigen Fünf-Jahres-Zeitraum manifestiert sich zudem jedenfalls keine augenscheinliche Entpönalisierungstendenz.

Zur Rationalisierung der faktischen Pönalisierung ließe sich die Sensibilisierung der Politik für potenziell wettbewerbswidriges Verhalten anführen. Schließlich erhöht sich akzessorisch zur Zunahme der Kartellermittlung und -behörden die praktische Aufdeckungs- und Sanktionierungswahrscheinlichkeit von Kartellen.[18] Dagegen spricht allerdings, dass die Europäische Kommission auch im weltweiten Vergleich der Kartellbehörden in der Summe die höchsten Bußgelder verhängt.[19] Eingedenk der wissenschaftlich fraglichen

---

Fromm, der insoweit bereits von „astronomischen Höhen" sprach, vgl. *Fromm*, ZIS 2007, S. 279, S. 282.

13 *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 10, weist zutreffend darauf hin, dass die Zahlen nicht nominal verglichen werden können. Die Buße entspräche damit im Jahr 2022 umgerechnet 631 Mio. Euro, was aber den generellen Trend nicht umkehrt.

14 Vgl. Pressemitteilung der Kommission v. 21.11.2001, IP/01/1625, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_01_1625 (zuletzt besucht am: 22.2.2023).

15 Vgl. für das Jahr 2021: *Galle/Kolf*, CCZ 2022, S. 178, S. 180.

16 Vgl. hierzu *Völcker/Benditz*, EuZW 2021, 461, S. 462; *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 37, m. w. N.; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 190; so entging *Westlage* als Kronzeuge im Ethylen-Kartell einem Bußgeld von 190 – 230 Mio. Euro, vgl. Kommission v. 14.7.2020 – Ethylen – AT.40410, S. 27 ff.; im Jahr 2020-2021 wurden zudem bislang bereits 2 Mrd. Euro verhängt; vgl. https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/cartels-cases-and-statistics_en?prefLang=de (zuletzt besucht am 2.11.2024).

17 *Jaspers/Jany*, Journal of European Competition Law & Practice, S. 1, S. 1 ff.

18 *Huizing*, World Competition 43, Heft 1, (2020), S. 61, S. 61 f.

19 Von den weltweit im Jahr 2021 verhängten rund 9,6 Mrd. Euro entfiel, wie im Vorjahr, die höchste Summe auf die EU mit 4,54 Mrd. Euro, vgl. *Galle/Kolf*, CCZ 2022, S. 178, S. 178; von den im Jahr 2018 weltweit verhängten Geldbußen im Wert von 3,1 Mrd. Euro entfiel ein Anteil von 802 Mio. Euro auf die EU. Auch in den Jahren 2016 und 2017 verhängte die EU in der Gesamtsumme die meisten Geldbußen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Belastbarkeit dieser numerischen Einzelfallbetrachtung der oben dargestellten Tabellen[20] manifestiert sich daher eine – letztlich unbestrittene – Aufwärtstendenz der Kartellbußgelder, die sich derart punktuell schwerlich mit plötzlich signifikant gestiegenen Gesamtumsätzen aller Unternehmen erklären lässt.[21]

In jedem Fall ist die strukturelle Erhöhung der Kartellgeldbuße keineswegs zufällig, sondern verkörpert einen ausdrücklich proklamierten wettbewerbspolitischen Reformwillen der Europäischen Kommission zur Realisierung abschreckenderer Kartellbußen.[22] Dieser manifestiert sich bereits 1998 an der Erneuerung der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung der Geldbuße.[23] Die inhärente Abkehr der Verwaltungspraxis einer umsatzproportionalen hin zu einer pauschalierten Geldbuße bedingte deren Anhebung, die – aus der Sicht der Kommission – zur „Durchführung und dem Erhalt der praktischen Wirksamkeit des Europäischen Wettbewerbsrechts" erforderlich war.[24] Der Europäische Gerichtshof billigte dies ausdrücklich und gesteht der Kommission bei der Determinierung der Bußgeldhöhe als funktionales Strukturelement der Wettbewerbspolitik ein weites Ermessen – manche sprechen von einer Blankettermächtigung – zu, der es ihr erlaube, deren Niveau jederzeit an

---

[20] Vgl. etwa hierzu die Übersicht ausgesuchter hoher Bußgeldentscheidungen bei *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 17.

[21] *Galle/Rengier*, CCZ 2020, 218; vgl. *F. Meyer*, FK Art. 23 VO 1/2003, Rn. 5, m. w. N; selbst *Wils* kommt daher, unter Verweis auf inflationsbereinigte Zahlen, auf einen Anstieg der Kartellbußen im Zeitraum von 1990–2008 von 8 % p. a. und von 107 % nach der Einführung der Bußgeldleitlinie von 2006, vgl. *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 11, m. w. N.

[22] Vgl. Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, Abl. C-132 v. 15.5.1999, Rn. 123 ff.; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Vor. Art. 17–22 VO 1/2003, Rn. 1; vgl. auch zur Entwicklung der Leitlinie: *Arhold*, EuZW 1999, S. 165, S. 165 ff.; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 263; *Fromm*, ZIS 2007, S. 279, S. 282; *Weitbrecht/Tepe*, EWS 2001, S. 220, S. 220 ff.; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 15 ff.; Tatsächlich wurden die Eingriffsbefugnisse der Kommission seit 2003 sukzessive erweitert. Der bislang letzte Schritt erfolgte mit der sog. ECN+-Richtlinie, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_685; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=EN, (zuletzt besucht am 08.10.2023).

[23] *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 109; *Forrester*, ELR 2011, S. 185, S. 187 f.

[24] Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, Abl. v. 14.1.1998, C 9/3; EuG, U. v. 12.7.2001 – Tyte & Lyle, „British Sugar" – Rs. T-202/98 u. a., ECLI:EU:T:2001:185, Rn. 134; vgl. schon zuvor EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique diffusion française – Rs. C-100 bis 103/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 109; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 263; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 102.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Erfordernisse der Politik und die notwendige abschreckende Wirkung anzupassen.[25]

Dies war acht Jahre später erneut der Fall, als der Verordnungsgeber im Rahmen der damals neu geschaffenen VO 1/2003 die neuerliche Anhebung des Bußgeldrahmens, durch die Neuberechnung der Geldbuße sowie die Anpassung der zugrundeliegenden Leitlinien[26] zum Zwecke der effektiven generalpräventiven Abschreckung von Unternehmen und Gewinnabschöpfung für zwingend erforderlich hielt.[27] Auf ebendiese Gründe stützte der Verordnungsgeber auch die qualitative sowie quantitative Erweiterung der Eingriffsbefugnisse.[28] So ist die Kommission nunmehr berechtigt, natürliche Personen zu befragen (Art. 19 VO), im Rahmen von Nachprüfungen ganze Räume zu versiegeln (Art. 20 VO) und die Nachprüfung bei Dritten vorzunehmen (Art. 21 VO). Zudem können nationale Wettbewerbsbehörden untereinander um Amtshilfe ersuchen (Art. 22 Abs. 1 VO).[29]

II. Rechtsstaatlich legitimatorische Kritik

Gegen die Entwicklung – hin zu kontinuierlich höheren Kartellsanktionen und erweiterten Ermittlungsbefugnissen der Generaldirektion Wettbewerb – formiert sich seit Jahrzehnten anhaltende rechtsstaatliche und dogmatische

---

[25] EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique Diffusion française – Rs. C-100 bis 103/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 108 f.; *Feddersen*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 16; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 263, m. w. N.; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 19; vgl. schon ausdrücklich: Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, Abl. C-132 v. 15.5.1999, Rn. 124.

[26] Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, C 210/2; diese haben nach *Wils* – inflationsbereinigt – zu einer Anhebung der Kartellbußen um 107 % geführt; *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 11.

[27] Im Vergleich zur Vorgängerverordnung 17/62, die in Art. 15 Abs. 1 noch eine Geldbuße in Höhe von einhundert bis fünftausend Rechnungseinheiten vorsah, sieht Art. 23 VO 1/2003 nunmehr eine Geldbuße bis zu 10 % des weltweiten Vorjahresumsatzes vor; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 144.

[28] Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, Abl. C-132 v. 15.5.1999, Rn. 109 ff. und 123 ff.; vgl. hierzu auch *F. Meyer*, FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 1.

[29] *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 1; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 2 f.; so wurde etwa mit der VO 1/2003 erstmalig die Befragung natürlicher und juristischer Personen als weitere Ermittlungsmaßnahme kodifiziert, vgl. Erwägungsgrund Nr. 25 VO 1/2003, Abl. L 1/5; Europäische Kommission, Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. 1999 C 132/1 Rn. 109 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kritik der Rechtswissenschaft sowie „akrophober“ Unternehmen.[30] Bereits die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Geldbußen – die seit ihrer Entstehung im Wesentlichen keine Veränderung erfahren habe – könne nicht mehr hinreichen, um kontinuierlich eingriffsintensivere Geldbußen rechtsstaatlich zu legitimieren.[31] In Anbetracht von Sanktionshöhen über vier Milliarden Euro kann für Thomas von einer „verwaltungsrechtlichen Pflichtenmahnung“ keine Rede mehr sein.[32] Dreher sah bereits bei einer Kartellbuße i. H. v. 1,06 Mrd. Euro im Jahr 2009 „die Grenzen zu strafrechtlichen Sanktionen“ berührt, die er bei einer Vervierfachung wohl jedenfalls überschritten sähe.[33] Auch Biermann konstatiert, dass – aus deutscher Sicht – die kategoriale Differenzierung von Kartellordnungswidrigkeiten zu Straftaten durch die extreme Höhe der auf unionaler Ebene verhängten Kartellbußen wegen Verstößen gegen Art. 101 und Art. 102 AEUV „fließend“ geworden sei.[34] Die Einstufung gravierender Kartellrechtsverstöße als Ordnungswidrigkeiten sei daher „verfehlt und nicht mehr zu rechtfertigen“.[35]

Gebündelt kulminiert die Kritik letztlich in der – nach wie vor zeitgenössischen[36] – These, dass europäische Kartellgeldbußen für „hard-core“-Zuwiderhandlungen nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003, durch deren kontinuierliche Erhöhung, ihre erheblichen wirtschaftlichen und finanziellen Auswirkungen für Unternehmen, Aktionäre sowie Arbeitnehmer[37] einen punitiven existenzbedrohenden Charakter[38] ausgebildet und daher rechtsfaktisch den Status ei-

---

30 *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 5; *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 97 ff.

31 *Schwarze*, WUW 2009, S. 6, S. 6; Schwarze schlägt die konkretere normative Absicherung und Ausgestaltung des Bußgeldverfahrens vor und zielt dabei insbesondere auf das Bestimmtheitsgebot, den Vertrauensschutz, die Unschuldsvermutung, die Selbstbelastungsfreiheit sowie den effektiven Rechtsschutz ab.

32 *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 461.

33 *Dreher*, in: Ökonomie versus Recht, S. 219 = WuW 2011, 232 ff., in Bezug auf die Entscheidung: Kommission, v. 13.5.2009 – Intel – Rs. COMP/C-3/37.990.

34 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 20; vgl. *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 276 f.

35 *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 276, m. w. N.

36 Zuletzt wurde dies z. B. im Oktober 2020 vorgebracht, vgl. EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastics – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C2020:857, Rn. 19.

37 Hinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit lediglich der männliche Terminus verwendet. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter (m/w/d). Vgl. Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.2.2011 – KME Germany u. a. – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 46.

38 Nach den im Februar 2011 verhängten Geldbußen des Bundeskartellamtes wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen im sog. Feuerwehrfahrzeug Kartell wurde im August 2011 über das Vermögen der mit 8 Mio. Euro bebußten Albert Ziegler GmbH & Co. KG das Insolvenzverfahren eröffnet (vgl. https://web.archive.org/web/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ner *echten Kriminalstrafe* erlangt haben.[39] Die These enthält dogmatische Sprengkraft. Die EU habe im Bereich des Wettbewerbsrechts keine Kompetenz zum Erlass unmittelbarer *kriminal*strafrechtlicher Sanktionen, da diese nicht im Wege der begrenzten Einzelermächtigung auf die Union übertragen worden sei.[40] Konsequenterweise seien entsprechende Sanktionen daher ohne Ermächtigungsgrundlage *ultra vires*-Akte und damit unwirksam oder genügten jedenfalls nicht den rechtsstaatlichen Anforderungen.[41]

Im Kern richtet sich die Kritik jedoch – unberechtigterweise – nicht gegen die dogmatisch korrekte Kategorisierung der Rechtsnatur der Kartell*buße*, sondern gegen die hiervon abgeleiteten Rechtsfolgen für das Kartell*verfahren*. Zum einen sehe der Verordnungswortlaut trotz der dargestellten Pönalisierung des Wettbewerbsrechts keine – den erstarkten Eingriffsrechten und erhöhten Geldbußen legitimierenden kongruenten – Zuwachs strafrechtlicher Verfahrensrechte vor,[42] sondern konstatiere in Art. 27 Abs. 2 S. 1 VO lakonisch:

> „Die Verteidigungsrechte der Parteien müssen während des Verfahrens in vollem Umfang gewahrt werden."

Dadurch sei ein aus den Fugen geratenes Ungleichgewicht mit einseitig weitreichenden Ermittlungsbefugnissen der Generaldirektion Wettbewerb zugunsten der Effektivität der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und dessen Funktionszielen durch abschreckend hohe Geldbußen der Kommission entstanden, denen lediglich zu stark eingeschränkte Verteidigungsrechte gegenüberstünden.[43] Auch die stärkere Betonung der Verteidigungsrechte durch die Kommission, die Aufwertung der Stellung des Anhörungsbeauftragten sowie die Best Practice-Mitteilungen änderten daran nichts.[44] Die unbestritten notwendige effektive Verfolgung von Kartellverstößen erfordere zwar effektive Ermittlungsbefugnisse der Kommission, könne aber nicht Ermittlungen um jeden Preis legitimieren.[45] Insbesondere im Geltungsbereich des Strafrechts

---

20120107110155/http://www.feuerwehrmagazin.de/nachrichten/news/ziegler-insolvenzverfahren-eroffnet-23899 (zuletzt besucht am 23.3.2023).

[39] Vgl. Argumentation der Rechtsmittelführer in EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastics – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C2020:857, Rn. 19; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 268; *Braun/Galle*, CCZ 2013, S. 109, S. 109; *Möschel*, WUW 2010, S. 869, S. 870; *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Rn. 23 f., m. w. N.; vgl. Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.02.2011 – KME Germany u. a. – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 62, jedoch bezogen auf die Strafrechtlichkeit i. S. v. Art. 6 EMRK.

[40] *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

[41] Vgl. *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Art. 103 AEUV, Rn. 23.

[42] *Lorenzmeier*, ZIS 2018, S. 20, S. 22.

[43] *Lenz/Grill*, in: Europarecht, Kartellrecht, S. 310; *Schwarze*, WUW 2009, S. 6, S. 6; *Weiß*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 27 VO 1/2003, Rn. 37.

[44] *Weiß*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 27 VO 1/2003, Rn. 37.

[45] *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wachse die rechtsstaatliche Notwendigkeit der Anwendung abwehrrechtlicher Verfahrensrechte akzessorisch zur zunehmenden Sanktionshöhe der eingreifenden Kartellbuße.[46]

Zum anderen sei aufgrund der inzwischen kriminalstrafrechtlichen Rechtsnatur der Kartell*buße* auch das Kartell*verfahren* legitim nur als echtes Kriminalstrafverfahren und unter voller Anwendung strafrechtlicher Verfahrensrechte durchführbar.[47] Entgegen der überwiegenden Ansicht sei die dogmatische Einordnung der Rechtsnatur des Kartellermittlungsverfahrens als ein dem deutschen, italienischen oder portugiesischen Ordnungswidrigkeitenrecht vergleichbaren administrativen Verwaltungsverfahren, in dem strafrechtliche Abwehrrechte „nicht notwendigerweise mit voller Stringenz" zur Anwendung kommen müssen,[48] unzulässig. Der *de lege lata* unvollständige Anwendungsumfang strafprozessualer Abwehrrechte führe zu einem „rechtsstaatlich defizitären Verfolgungskonzept der Kommission".[49] Auf dessen Grundlage sei jedenfalls die Verhängung sehr hoher Kartellbußgelder für *hard-core*-Verstöße gegen das unionsrechtliche Wettbewerbsrecht nicht mehr hinreichend legitimiert und daher rechtsstaatlich unzulässig.[50] Aus diesem Grund verlangen Teile der Literatur *de lege ferenda* in direkter oder indirekter Anlehnung auf das Konventions- bzw. mitgliedstaatliche Individualstraf- und Strafverfahrensrechtsverständnis eine erweiternde Annäherung bis hin zur kongruenten Übertragung im Sinne der vollständigen Anwendung nationaler Strafverfahrensrechte natürlicher Personen auf das europäische Kartellverfahren.[51]

---

46 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

47 Vgl. *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 263.

48 *Schwarze*, WUW 2009, S. 6, S. 6; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 334, m. w. N.

49 *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 459.

50 *Schwarze/u. a.*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der EG, S. 8 ff.; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 27; vgl. *Dannecker/Schröder*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 8, Rn. 246, m. w. N.; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

51 *Schwarze/u. a.*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der EG, S. 23; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 261, m. w. N.; vgl. *Dannecker*, NZWiSt 2022, S. 85, S. 98, in Bezug auf den nemo tenetur-Grundsatz; in Bezug auf den Gerichtsaufbau: *Lenaerts/Vanhamme*, CMLR 1997, Vol. 34, S. 531, S. 557; vgl. *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 139, der dies zutreffend als den eigentlichen Hintergrund der Diskussion entlarvt; *Dannecker*, in: Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, S. 344 ff.; *Dannecker/u. a.*, Das EG-Kartellrecht, S. 7; *Schünemann*, Bernd u. a., Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, S. 344 ff.; *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 22.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Faktischer modus operandi des reduzierten Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensgarantien und -rechte

Diese Argumente ignorierend, gewährt die faktische – durch die Unionsgerichte gebilligte – Rechtspraxis der Generaldirektion Wettbewerb strafrechtliche Verfahrensgarantien und -rechte im Kartellermittlungsverfahren jedoch gerade nicht in vollem Umfang.[52] Die rechtsstaatliche Kritik hieran manifestiert sich am gesamten Kartellermittlungsverfahren und soll an dieser Stelle lediglich angedeutet werden:[53]

Bedenken bestehen bereits in Hinblick auf ein strukturelles Ungleichgewicht zulasten von Unternehmen im Aufbau der Generaldirektion Wettbewerb, die als Ermittlungsbehörde im Vorermittlungsverfahren sowohl den Sachverhalt der potenziellen Kartellzuwiderhandlung ermittelt, die Mitteilung der Beschwerdepunkte in sachlicher und rechtlicher Hinsicht erstellt sowie zustellt und dem Unternehmen damit einen Schuldvorwurf macht. Im Rahmen des Vorermittlungsverfahrens besteht für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen zudem – bis zur Grenze eines Geständniszwangs – die bußgeldbewehrte Pflicht, selbstbelastende Informationen und Dokumente an die Kommission herauszugeben, die zur Aufklärung wettbewerbsrechtlicher Zuwiderhandlungen erforderlich sind und die im Strafverfahren grundsätzlich geltende Selbstbelastungsfreiheit faktisch zu einer Selbstbelastungspflicht pervertiert.

Das kontradiktorische Ermittlungsverfahren führt ebenfalls die Kommission, wobei dieselben Ermittlungsbeamten der Generaldirektion Wettbewerb („Casehandler"), die die Mitteilung der Beschwerdepunkte verfasst haben, in Personalunion auch die Einwände der Unternehmen prüfen und bewerten. Ob dies den rechtsstaatlichen Anforderungen an das rechtliche Gehör genügt und die *Casehandler* das Verteidigungsvorbringen unvoreingenommen und aufgeschlossen prüfen, bleibt fraglich.[54] Dennoch setzt die Generaldirektion Wettbewerb sodann nach dem Abschluss des kontradiktorischen Verfahrens selbst die Verhängung und die Höhe des Bußgelds fest, wobei ihr ein weites Ermessen eingeräumt wird, das nur durch die bereits dargestellten Ermessensleitlinien selbst begrenzt wurde.[55] Damit gilt faktisch ein Inquisitions- und kein Anklageprinzip. Obschon die Kartellbuße überwiegend als Strafsanktion eingeordnet wird, wird sie damit erstinstanzlich nicht von einem unabhängigen

---

[52] Dazu genauer unten unter 2. Teil; vgl. hier EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C- 374/87, ECLI:EU:E:1989:387, Rn. 28 ff.

[53] Für einen Überblick siehe *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 460 ff.

[54] *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 129 ff.; vgl. aber schon EuGH, U. v. 15.7.1970 – Boehringer Mannheim – Rs. C-45/69, ECLI:EU:C:1970:73; Rn. 23.

[55] Vgl. kritisch: *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 491.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gericht, sondern einer – zum Teil mit juristischen Laien besetzten – Verwaltungsbehörde verhängt.

Auch beim nachgelagerten Rechtsschutz bestehen strukturelle Nachteile zulasten von Unternehmen. Zwar sind Bußgeldentscheidungen vor den Gerichten in Luxemburg anfechtbar, Anfechtungsklagen haben jedoch keine aufschiebende Wirkung, sodass die Bußgeldbescheide sofort vollziehbar sind. Hinzu kommt, dass die Unionsgerichte keine umfassende Rechtskontrolle im Sinne eines objektiven Beanstandungsverfahrens vornehmen, sondern lediglich die von den Parteien vorgebrachten Streitpunkte im kontradiktorischen Verfahren prüfen. Sie müssen eventuelle Verstöße gegen die Konvention oder Charta vortragen, behaupten und anhand des spezifischen Sachverhalts erläutern, worin die Rechtsverletzung bestand und welche Auswirkungen dies auf das Verfahren hatte. Einen Amtsermittlungsgrundsatz kennen die Unionsgerichte nicht, sodass die Beweislast für die materielle Richtigkeit der Ermittlungsdurchführung oder die Kartellsanktion nicht bei der Kommission, sondern den betroffenen Unternehmen liegt. Damit habe „der Beschwerdeführer bereits das ganze Gewicht der Verwaltungsvorentscheidung gegen sich“[56]. Dass die Unternehmen keine Zeugen vernehmen dürfen und das Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet, trägt wenig zur Befriedung bei.[57] Zudem beschränken die Unionsgerichte aufgrund der wirtschaftlichen Komplexität von Kartellermittlungen auch ihre gerichtliche Nachprüfung von Kommissionsentscheidungen auf die „Richtigkeit der ihnen zugrunde liegenden Tatsachen und deren Subsumtion unter die Begriffe des geltenden Rechts“[58]. Dabei gestehen EuG und EuGH der Kommission bei der Beurteilung von Wettbewerbsverstößen, der Festlegung des notwendigen Abschreckungsniveaus für den Funktionserhalt des Wettbewerbsrechts sowie der Sanktionshöhe der Kartellbuße ein weites Ermessen zu, das kaum nachprüfbar ist.[59]

Selbst wenn die anschließende gerichtliche Kontrolle damit nicht von vornherein strukturell ungeeignet erscheint, setzt sie voraus, dass das Gericht im Einzelfall eine hinreichend intensive Ermessensnachprüfung tatsächlich vornimmt. Ob dies der Fall ist, darüber lässt sich trefflich streiten.[60]

---

56 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 462.

57 In Bezug auf die Vernehmung von Zeugen: EuGH, U. v. 7.1.2004 – Aalborg Portland – Rs. C-204/00 P u. a., ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 200.

58 EuGH, U. v. 13.07.1966 – Grundig/Consten – Rs. 56/64 u. a., ECLI:EU:C:1966:41, S. 395.

59 *Baron*, in: FS Canenbley, S. 31.

60 Besonders prononcierte Kritik am EuG haben zwei Generalanwälte des EuGH geübt: Schlussanträge GA Bot v. 21.6.2012 – E.ON Energie – Rs. C-89/11 P, ECLI:EU:C:2012:375, Rn. 103 ff., 116 ff.; Schlussanträge GA Wathelet v. 26.9.2013 – Tele-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das unionsrechtliche Kartellermittlungsverfahren wird den herkömmlichen kriminalstrafverfahrensrechtlichen Anforderungen jedenfalls offenkundig nicht gerecht. Ist also das gesamte europäische Kartellverfahren nicht hinreichend rechtsstaatlich legitimiert, weil nach der Bußgelderhöhung und Eingriffserweiterung der Kommission kein hinreichend ausgleichendes Verteidigungsniveau (mehr) für Unternehmen besteht?

IV. Legitimatorische Rechtfertigung der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission verneint dies und führt die enormen durch *hard-core*-Kartelle verursachten wirtschaftlichen Schäden für den Wettbewerb sowie Verbraucher ins Feld.[61] Die negativ-generalpräventive Abschreckungsfunktion der Geldbuße, deren Sanktionszweck der Sicherung der materiellen und formellen Wettbewerbsvorschriften diene, sei nur durch die Androhung und Verhängung kontinuierlich höherer Kartellbußen aufrechtzuerhalten.[62] Eine faktische Pönalisierung sei daher nicht automatisch unverhältnismäßig und zeige, dass vorherige Bußen ggf. nicht hoch genug waren.[63] Kartellbußen mit einem hinreichenden Abschreckungseffekt seien dementsprechend die effizienteste Waffe im Arsenal der Kommission für den Kampf gegen Kartelle.[64]

Nicht unbeachtet bleiben dürfe auch die Komplexität kartellrechtlicher Sachverhaltsaufklärung.[65] Dies liege primär an der Geheimhaltung der Tref-

---

fónica und Telefónica España – Rs. C-295/12 P, ECLI:EU:C:2013:619, Rn. 90 ff., insbesondere Rn. 125, 129, 145, 155.

[61] „Indem Unternehmen den Wettbewerb, dem sie sich eigentlich stellen müssten, künstlich beschränken, entziehen sie sich dem Druck, der sie zu Innovationen im Bereich der Produktentwicklung oder zu wirksameren Produktionsverfahren veranlasst. Gleichzeitig führen diese Verhaltensweisen zu einer Verteuerung der von diesen Unternehmen gelieferten Rohstoffe und Produkte. Sie führen letztendlich zu höheren Preisen und einer verminderten Auswahl für den Verbraucher. Langfristig schwächen sie die Wettbewerbsfähigkeit und wirken sich negativ auf die Beschäftigung aus, Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen v. 8.12.2006, Abl. 2006 C 298/17, Erwägungsgrund Nr. 2.

[62] *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 25. Teilweise werden daher sogar höhere Geldbußen gefordert, vgl.: *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 16.

[63] *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 12; dabei wird der Kern des Vorwurfs verkannt, der die Art der Sanktion betrifft.

[64] Commission staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council-Report on the functioning of Regulation 1/2003, v. 29.4.2009, COM/2009/206, Rn. 124; *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 12.

[65] Beschluss des Rates vom 24. Oktober 1988 zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, mit dem Hinweis auf das Erfordernis eingehender Prüfung komplexer Sachverhalte in Wettbewerbssachen, Präambel, Abl.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fen und Abreden, die eine Aufdeckung und Untersuchung der Kartelle ohne die Mitwirkung der beteiligten Unternehmen erschwere.[66] Effektive Ermittlungsverfahren seien jedoch notwendig, um der Schutzpflicht für das legitime Ziel aus Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV – den Schutz volkswirtschaftlich schädlicher Auswirkungen von Absprachen, Kartellen und dem Missbrauch von Marktmacht, zur Errichtung und Aufrechterhaltung eines gemeinsamen Binnenmarkts – nachzukommen.[67] Umfassende Untersuchungsrechte seien „conditio sine qua non" einer erfolgreichen Wettbewerbskontrolle, um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs *per se* umfassend und mit all seinen sozio-politischen Auswirkungen zu garantieren.

Ein Vergleich des Verfahrensstandards zum nationalen Individualstrafrecht sei zudem ungeeignet das genuin unionsrechtliche Kartellverfahrensrecht belangvoll zu determinieren. Denn es handle sich rechtsdogmatisch um ein administratives Verwaltungsverfahrensrecht,[68] welches zweifelsohne nicht strafrechtlicher Natur sei, jedenfalls aber nicht zum *Kern*strafrecht gehöre. Bestrebungen zunehmender Kriminalisierung des Kartellrechts verfolge die Kommission zudem nicht.[69] Aus diesem Grund fänden auch die besonderen strafrechtlichen Verfahrensrechte und -pflichten, die u. a. in Art. 6 Abs. 1 EMRK normiert sind, nach der vom EGMR entwickelten „not with full stringency"-Doktrin[70] nicht mit voller Wirkung Anwendung. Darüber hinaus sei auch im Verwaltungsverfahren durch die Geltung allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsätze des Art. 6 Abs. 1 EUV ein hinreichendes Verteidigungsniveau gewährleistet.[71] Schließlich verlange das Primärrecht selbst eine für

---

1988 L 319/1; vgl. auch Schlussanträge, GA Vesterdorf – Rhôhne-Poulenc – Rs. T-1/89, ECLI:EU:T:1991:38, Slg. 1991, II-867 (908), „[G]erade in der Errichtung des Gerichts als erster und letzter Tatsacheninstanz [liegt] die Aufforderung zu einer intensiven Prüfung […], ob die Beweisgrundlage der Kommission die angefochtene Entscheidung trägt."

66 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, v. 8.12.2006, Abl. 2006 C 298/17, Erwägungsgrund Nr. 3; vgl. hierzu auch *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 23.

67 EuGH, U. v. 21.09.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88 – ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 25; vgl. auch *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 261, m. w. N.

68 Vgl. zur ständigen Rechtsprechung statt aller: EuGH, U. v. 28.6.2005 – Dansk Rørindustri – Rs. C-189/02 P, ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 173; EuG, U. v. 8.7.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 113, m. w. N.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 214; vgl. allgemein zum Kartellverwaltungsverfahren *Rittner/u. a.*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 622 ff.

69 *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 267, S. 269; hierfür aber *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 1 ff.

70 EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43.

71 Vor der Proklamation der Grundrechtecharta am 7.12.2000 wurden Verteidigungsrechte wie der Anspruch auf ein faires Verfahren aus den allgemeinen Grundsät-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Unternehmen spürbare und abschreckende Reaktion auf Wettbewerbsverstöße[72] und räumt der Kommission ein hierfür erforderliches weites Ermessen bei der Berechnung der Geldbuße ein[73], das durch die Bußgeldleitlinien, die allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit sowie die unbegrenzte Nachprüfungsbefugnis der Unionsgerichte[74] hinreichend eingeschränkt werde. Im Umkehrschluss erscheinen effektive(re) Verteidigungsrechte für die Kommission konsequenterweise als Angriff auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und damit, wie auch der EuGH unterstreicht, auf die Verwirklichung des Unionsziels eines funktionsfähigen gemeinsamen Binnenmarkts.[75]

V. Résumé

Die faktische Pönalisierung des europäischen Wettbewerbsrechts hat rechtsstaatlich-legitimatorische Bedenken am Geltungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren hervorgerufen. Während Betroffene deren Geltungserweiterung durch eine Angleichung an nationale Individualstrafverfahrensrechte fordern, beharren die Generaldirektion Wettbewerb und die Kommission, zum Erhalt der Effektivität der Ermittlungen und Abschreckung der Sanktion auf deren Reduktion. Auf den ersten Blick bewegt sich die Legitimationsuntersuchung damit im klassischen – einem jedem Ermittlungsverfahren zur Verhängung von Sanktionen immanenten – Spannungsverhältnis bipolarer Interessen seiner Beteiligten: Die Ermittlungsbehörde strebt danach, den Sachverhalt umfassend aufzuklären und gerichtsverwertbare Beweismittel zu gewinnen, um durch die Verhängung einer Sanktion und deren generalpräventiven und repressiven Schutzfunktion dem Rechtsgut zur Wirksamkeit zu verhelfen. Die Betroffenen wollen Eingriffe durch Ermittlungen und Sanktionen primär verhindern, alternativ gerichtlich

---

zen des Gemeinschaftsrechts entwickelt, vgl. EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke, Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 76 f.; EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 32, unter Verweis auf EuGH, U. v. 9.11.1983 – Michelin – Rs. C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 7.

72 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 15 ff.; *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 11, der rechnerisch sogar eine Geldbuße von 150 % des jährlichen Gesamtumsatzes fordert.

73 EuG, U. v. 14.5.1998 – Stora Kopparbergs Bergslags – Rs. T-354/94, ECLI:EU:T:1998:104, Rn. 167; EuG, U. v. 20.3.2002 – ABB Asea Brown Boveri – Rs. T-31/99, ECLI:EU:T:2002:77, Rn. 122.

74 EuGH, U. v. 16.11.2000 – Moritz J. Weig – Rs. C-280/98 P, ECLI:EU:C:2000:627, Rn. 63 ff.; *Feddersen*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 134 ff.

75 EuGH, U. v. 1.6.1999 – Eco Swiss – Rs. C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, Rn. 36.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aufheben und jedenfalls in ihrer Intensität reduzieren.[76] Generalanwalt *Geelhoed* formulierte 2006 insoweit:

> „[…], dass das Zusammenspiel zwischen den Grundrechten juristischer Personen und der Durchsetzung des Wettbewerbs ein Balanceakt bleibt: Auf dem Spiel stehen der Schutz der Grundrechte einerseits und die wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft andererseits."[77]

Auf den zweiten Blick verkompliziert sich das Spannungsverhältnis – im Vergleich zu nationalen individualstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren – jedoch, das aufgrund des Unionsrechtskontextes spezifische Sonderprobleme aufwirft. Zum einen sind Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, mithin Kollektive und nicht natürliche Personen, *Sanktionsadressaten* des europäischen Wettbewerbsrechts. Auch die *Ermittlungsbehörde* divergiert, da die Generaldirektion Wettbewerb als unionseigene supranationale Verwaltungsbehörde für die Durchführung des Kartellermittlungsverfahrens zuständig ist.[78] Auch die *Verfahrens*- und *Sanktionsart* unterscheiden sich, da Ersteres als Verwaltungsverfahren durchgeführt wird, das sich ausschließlich nach dem Unionsrecht richtet, während Letzteres als Sanktion allein die Kartell*buße* vorsieht.

Nachfolgend ist daher genauer zu beleuchten, weshalb es der Entwicklung dogmatischer Lösungsansätze für das aufgezeigte kartellrechtliche Spannungsverhältnis bedarf.

B. Notwendigkeit dogmatischer Lösungsansätze

Bereits vor dem Hintergrund der überblicksartig dargestellten rechtsstaatlichen Kritik am Legitimationszustand des unionsrechtlichen Kartellermitt-

---

[76] *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 485; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 23; *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 11 ff., S. 17, weist darauf hin, dass beide Funktionen nicht notwendigerweise, wohl aber regelmäßig entgegengesetzte Schutzrichtungen intendieren. Prozedurale Verfahrensrechte könnten die Abschreckungswirkung vergrößern, indem sie das Ergebnis von Ermittlungsmaßnahmen akkurater machten oder die wahrgenommene Fairness erhöhten, a. a. O., S. 14.

[77] Schlussanträge GA Geelhoed v. 19.1.2006 – SGL Carbon – Rs. C-301/04 P, ECLI:EU:C:2006:53, Rn. 67; vgl. auch EuG, U. v. 20.6.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 45 in Bezug auf Nachprüfungen nach Art. 20 VO 1/2003.

[78] Die Zuständigkeit der Kommission ergibt sich aus Art. 4 VO 1/2003, meint aber nur diejenigen Fälle, die die Kommission an sich gezogen hat. Grundsätzlich gilt seit der VO 1/2003 das System paralleler Zuständigkeiten gemeinsam mit den nationalen Wettbewerbsbehörden. Gemeint ist hier im Kontext daher lediglich die Situation, in der die Kommission das Verfahren ausschließlich durchführt, wodurch die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden entfällt, vgl. Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lungsverfahrens *de lege lata* manifestiert sich die Dringlichkeit der Entwicklung rechtsdogmatisch fundierter Lösungsansätze zur Auflösung des Spannungsverhältnisses. Fokussiert man den Blick auf die Rechtsfolgen der Legitimationskritik, lassen sich die *verfahrens*- und *kompetenz*rechtliche sowie die *faktische* Notwendigkeit, als spezifische Gründe ausmachen.

I. Verfahrensrechtliche Notwendigkeit

Die rechtsstaatliche Legitimationskritik hat primär Auswirkungen auf das Kartellermittlungsverfahren. Es ist unklar, inwieweit strafrechtliche Verfahrensrechte Anwendung finden. Die hohe Eingriffsintensität kommissarischer Ermittlungsmaßnahmen und Sanktionen duldet indes keine rechtsdogmatischen Unsicherheiten hinsichtlich des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Abwehrrechte. Zur Austarierung des Spannungsverhältnisses kommt es folglich auf die korrekte Abwägung zwischen Eingriffs- und Verteidigungsrechten an. Insoweit spricht das Gericht – wohl im Sinne einer unionsrechtlichen „praktischen Konkordanz" – von einem Gleichgewicht zwischen Untersuchungswirksamkeit und Verteidigungsrechtsschutz.[79] Auch GA *Geelhoed* hat dieses Zusammenspiel zwischen „Durchsetzung des Wettbewerbsrechts" im Sinne effektiver Eingriffs- und Sanktionsbefugnisse durch Kartellbehörden und den „Grundrechten juristischer Personen" als fundamentale Verfahrensgarantien für Unternehmen zum Schutz vor staatlichen Eingriffen als Balanceakt beschrieben.[80] Dabei läge auf der Hand, dass:

> „die wirksame Durchsetzung mit angemessenen Mitteln der fundamentalen Grundsätze der öffentlichen Rechtsordnung der Gemeinschaft möglich bleiben sollte, ebenso wie es offensichtlich ist, dass auch die Verteidigungsrechte beachtet werden sollten."[81]

Die Wettbewerbsfreiheit, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs sowie der Grundrechtsschutz stehen daher in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis und müssen im Sinne einer praktischen Konkordanz zum Ausgleich gebracht werden.[82] Die Verfahrensrechte von Unternehmen und Unterneh-

---

[79] EuG, U. v. 20.6.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 45, m. w. N.

[80] Schlussanträge GA Geelhoed v. 19.1.2006 – SGL Carbon – Rs. C-301/04 P, ECLI:EU:C:2006:53, Rn. 67.

[81] Schlussanträge GA Geelhoed v. 19.1.2006 – SGL Carbon – Rs. C-301/04 P, ECLI:EU:C:2006:53, Rn. 67.

[82] *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 17; *Weiß*, Die Verteidigungsrechte, S. 224 ff., führt in diesem Zusammenhang aus, dass die Befugnisrechte der Kommission eine entsprechende Achtung der Verteidigungsrechte erfahren und stärker gewichtet sein müssen, umso weitergehend die Befugnisse ausgestaltet sind.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mensvereinigungen müssen demnach umso stärker gewichtet werden, je eingriffsintensiver die Kartellsanktionen und -ermittlungen wirken.[83]

Damit ist freilich wenig gewonnen. Schließlich besteht die Kernfrage darin, wann ein solches praktisch konkordantes Gleichgewicht hergestellt ist und wie man dies – vor dem Hintergrund der dynamischen Anforderungen an die Wettbewerbspolitik – rechtsdogmatisch verbindlich überprüfen kann. Abstrakt lässt sich lediglich konstatieren, dass Unternehmen ein Recht und berechtigtes Interesse haben, ihre Verfahrensrechte bestmöglich auszureizen, um Eingriffe abzumildern. Die Grenze scheint aber jedenfalls dort erreicht, wo der Ermittlungsauftrag der Kommission faktisch nicht mehr umgesetzt werden kann, und die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs aufgehoben wird.[84] Wo diese Grenze liegt und wie man sie methodologisch auslotet, ist unklar. Der *de lege lata* bestehende und noch aufzuzeigende *modus operandi* für Kartellermittlungsverfahren der Europäischen Kommission und die Kasuistik des EuGH halten keinen methodologisch tragfähigen Legitimationsmaßstab zur Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Eingriffs- und Abwehrrechten vor. Zur relevanten Untersuchungsfrage wird dementsprechend nicht nur, ob das europäische Kartellermittlungsverfahren *de lege lata* eine hinreichende Legitimationsgrundlage zur Verhängung schwerster Kartellsanktionen darstellt, sondern auch, wie man dies überprüft.

Bereits aus diesen Erwägungen wird deutlich, dass sich die Untersuchung zur Legitimationskontrolle des Kartellermittlungsverfahrens den Gründen widmen muss, auf denen die unvollständige Anwendung strafrechtlicher Verfahrensrechte argumentativ gestützt wird. Relevanz kommt insoweit der umstrittenen *Rechtsnatur* der Kartellbuße und des -verfahrens sowie der *Unternehmereigenschaft* der von Kartellermittlungen und -sanktionen Betroffenen zu.

II. Kompetenzrechtliche Notwendigkeit

In kompetenzrechtlicher Hinsicht offenbart die rechtsstaatliche Legitimationskritik eine potenziell tiefgreifendere dogmatische Sprengkraft: Trifft die These zu, dass es sich – aufgrund der faktischen Pönalisierung – bei enormen Kartellbußen für Kernbereichsbeschränkungen faktisch um Kartell*strafen* handelt, wird fraglich, ob sie zulässigerweise verhängt werden dürfen. Bechtold, Bosch und Brinker konstatieren insoweit, dass nichts darüber hinwegtäuschen könne:

---

[83] *Weiß*, Die Verteidigungsrechte, S. 224.

[84] Vgl. Schlussanträge GA Geelhoed v. 19.1.2006 – SGL Carbon – Rs. C-301/04 P, ECLI:EU:C:2006:53, Rn. 67.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] dass sich die Kommission durch die Verhängung immer höherer Bußgelder quasi strafrechtliche Kompetenzen anmaßt, die ihr im Gefüge des EG-Vertrags bewusst nicht eingeräumt wurden.“[85]

In Ermangelung einer Kriminalstrafsetzungskompetenz wären jedenfalls höchste Kartellsanktionen i. H. v. 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes als *ultra vires*-Akt ein Verstoß gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung i. S. d. Art. 5 Abs. 1 EUV und damit nichtig.[86] Auch das Kartellermittlungsverfahren böte dann keine hinreichende Legitimationsgrundlage zur Verhängung einer milliardenschweren Kartellbuße, da es – als Verwaltungsverfahren geführt – wesentliche strafrechtliche Verfahrensrechte nicht in *vollem* Umfang gewährleistet. Diese offene Wunde des europäischen Wettbewerbsrechts ist der ideale Nährboden für Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Geltungsumfangs der Grundrechte und Zweifel an der Legitimität der Kartellgeldbuße und damit am Kartellverfahren sowie der EU generell. Vor dem Hintergrund der noch auszuführenden Bedeutung des europäischen Wettbewerbsrechts als Teil der Wirtschaftsverfassung, besteht dadurch auch eine politische Gefahr für den Schutzauftrag des gemeinsamen Binnenmarkts.[87]

III. Faktische Notwendigkeit

Vordringlich wird das Auffinden neuer Lösungsansätze schließlich rein faktisch, weil das europäische Kartellsanktionsrecht, als das am weitesten entwickelte Sanktionsregime des Unionsrechts, den Prototyp europäischer Sanktionsinstrumente darstellt.[88] Die Kartellbuße – und der korrespondierende Grundrechtsschutz im Kartellverfahren – geraten damit immer mehr zur Blaupause genuin unionsrechtlicher Sanktionsverfahren, die auf andere neuere (insbesondere digitale) Innovationsbereiche des Unionsrechts transferiert werden.[89] So ist etwa die in Art. 83 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 – 6 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)[90] vorgesehene Geldbuße von der Kartellsanktion

---

85 *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

86 Vgl. *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Rn. 23.

87 *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 485.

88 *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 109; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 12; *Fromm*, ZIS 2007, S. 279, S. 282, bezeichnet, unter Verweis auf *Schünemann* das europäische Wettbewerbsrecht als die „Speerspitze eines europäischen Kollektivstrafrechts“.

89 Zu den neuen Herausforderungen der digitalen Kartellverfolgung: *Paal*, GRUR 2019, S. 43, S. 43 ff.; *Jaeger*, WUW 2015, S. 702, S. 702 ff.

90 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezoge-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

inspiriert.[91] Art. 83 Abs. 4 DSGVO sieht – nach dem Grundsatz einer originären Verbandshaftung ohne Verschulden – Bußgeldtatbestände für formelle Datenschutzverstöße i. H. v. 10 Mio. Euro oder 2 % bzw. nach Abs. 5 für materielle Datenschutzverstöße 20 Mio. Euro oder 4 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres vor, je nachdem, welcher der Beträge höher ist.[92] Auch deren „Unternehmerbegriff" der DSGVO entspricht dem des Art. 101 AEUV.[93] Vorhaben zur Einführung einer Geldbuße nach kartellrechtlichem Vorbild bestehen derzeit auch im Rahmen der Lieferkettenverantwortung[94] oder der Bankenaufsicht nach Art. 132 Abs. 3 AEUV.[95] Nicht zuletzt enthalten der Digital Market Act (DMA)[96] und der Digital Service Act (DSA)[97] vom Kartellrecht abgeleitete Bußen.[98] Beide regulieren die digitale Wirtschaft zur Schaffung gleichwertiger Wettbewerbsbedingungen, indem Verhaltensgebote für „Gatekeeper", also besonders mächtige Online Plattform-Unternehmen, oder Pflichten für digitale Dienstleister eingeführt werden. Für die Similarität zum Kartellrecht streitet bereits der Wortlaut des Art. 30 Abs. 1 DMA, wonach die Kommission im Falle einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Zuwiderhandlung:

> „[…] Geldbußen bis zu einem Höchstbetrag von 10 % seines im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes verhängen [kann, Einf. d. Verf.]."[99]

---

ner Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Abl. L 119 v. 4.5.2016.

91 Bereits sprachlich ist der Ursprung kaum übersehbar. Der Absatz 4 sieht eine Sanktion von 10 Mio. Euro bzw. von 2 % des weltweiten erzielten Jahresumsatzes des vorausgegangenen Geschäftsjahres vor, je nachdem, welcher Betrag höher ist, Absatz 5 sogar von 20 Mio. Euro bzw. 4 %; vgl. hierzu auch: *Dannecker*, NZWiSt 2022, S. 85, S. 94; *ders.*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 22; vgl. allgemein zur Unterscheidung des Kartellrechts und der DSGVO *Kamann/Miller*, NZKart 2016, S. 405, S. 405.

92 *Steinrötter/Björn*, EWS 2018, S. 61, S. 70 f.

93 *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 23, m. w. N.

94 *Dannecker*, NZWiSt 2022, S. 85, S. 96 f.

95 *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 29 ff.

96 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 sowie (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), Abl. 2022 L 265/1.

97 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG v. 15.12.2020, COM(2020) 825 final.

98 *Dannecker*, NZWiSt 2022, S. 85, S. 95 ff.

99 Vgl. hierzu den Text des Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003: „Die Geldbuße für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen oder jede beteiligte Unternehmensverei-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Nach Art. 30 Abs. 2 DMA sind darüber hinaus für identische oder ähnliche Zuwiderhandlungen in den ersten acht Jahren nach dem Nichteinhaltungsbeschluss Geldbußen i. H. v. bis zu 20 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr weltweit erzielten Gesamtumsatzes möglich. Auch die Ermittlungsbefugnisse zur Überwachung, Durchführung und Durchsetzung der Vorgaben des DMA erinnern nicht zufällig an die der VO 1/2003. Art. 16 – 19 DMA erlauben spezifische Marktuntersuchungen, Art. 21 – 22 DMA die Befragungen natürlicher oder juristischer Personen als einfaches oder förmliches Auskunftsverlangen und Art. 23 DMA Nachprüfungen vor Ort.[100] Dogmatische Legitimationslücken und rechtsstaatliche Kritik im und am europäischen Kartellsanktionssystem laufen daher Gefahr, im „copy paste"-Verfahren auf andere Bereiche des Unionsrechts übertragen zu werden (sog. „spill-over-Effekt").[101] Hinzu kommt, dass diese Digitalisierung des Markts die Kommission vor neue Herausforderungen in Hinblick auf die effektive Durchsetzung des Wettbewerbsrechts stellt. Die ehemalige geschäftsführende Vizepräsidentin der Kommission und EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager konstatierte:

> „[…] digitisation is making it harder to keep competition working the way that it should."[102]

Diese Entwicklung ist legitimatorische Grundlage einer neuerlichen Revision und Erweiterung bestehender Ermittlungsbefugnisse der Kommission. So gibt Ursula von der Leyen, die Präsidentin der Europäischen Kommission, Margrethe Vestager in ihrem Missionsbrief auf, die Wettbewerbsregeln fit für eine moderne und digitale Wirtschaft zu machen, energisch, stark, schnell und effektiv durchzusetzen und hierfür die bestehenden Wettbewerbsregelungen zu überprüfen und zu überarbeiten.[103] Diese Bemühung trägt mit dem neunen Wettbewerbsinstrument (New Competition Tool, NCT), der Marktuntersuchung (market investigation) nach dem Vorbild der englischen Wettbe-

---

nigung darf 10 % seines bzw. ihres jeweiligen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen."

[100] Vgl. entsprechend Art. 17, Art. 18 und Art. 20 und 21 VO 1/2003.

[101] Vgl. in diesem Sinne für die Fragen der Unternehmenshaftung *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 168.

[102] Justizkommissar Didier Reynders hat das Amt des Wettbewerbskommissars interimsweise übernommen. „Die Digitalisierung macht es schwerer die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs so zu erhalten, wie er sollte", Rede v. Margrethe Vestager, „Competition in a Digital Age: Changing Enforcement for Changing Times", ASCOLA Konferenz v. 26.6.2020, abrufbar auf Englisch unter: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-digital-age-changing-enforcement-changing-times_en, (zuletzt besucht am: 22.2.2023).

[103] Mission letter von Ursula v. d. Leyen an Margrethe Vestager, Dezember 2019, S. 4 ff. abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/default/files/commissioner_mission_letters/mission-letter-margrethe-vestager_2019_en.pdf, (zuletzt besucht am: 22.2.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werbsbehörde (Competition & Markets Authority, CMA) bereits erste Früchte.[104] Am 30.6.2022 leitete die Kommission zudem eine öffentliche Konsultation dazu ein, ob und ggf. wie die VO 1/2003 ergänzt oder geändert werden soll.[105]

Ob es sinnvoll ist, den Grundrechtsschutz eines Sanktionsverfahrens „sui-generis", das den historischen Standard vor der Einführung der Grundrechtecharta zementiert, zum heilbringenden Vorbild des digitalen Zeitalters zu machen, anstatt dieses jedenfalls zunächst auf seine Funktionstüchtigkeit hin zu überprüfen und den Grundrechtsschutz ggf. anzupassen, bleibt fraglich.[106] Das Spannungsverhältnis von Ermittlungsbefugnissen und ausgleichenden Verfahrensrechten droht sich durch die Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse ohne Anpassung der Grundrechte jedenfalls in Zukunft weiter zu verschärfen.

IV. Zwischenergebnis

Mit der faktischen Pönalisierung, spätestens mit der Übertragung des Kartellsanktionsregimes auf andere Rechtsgebiete der Union, ist es notwendig, dogmatische Legitimationslücken im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz zu schließen. Für das Kartellermittlungsverfahren ergibt sich die Notwendigkeit hierfür bereits aus den verfahrens- und kompetenzrechtlichen Unsicherheiten. Andernfalls drohen mit dem Kartellsanktionsregime als Grundstein unionsrechtlicher Sanktionen bestehende Legitimationsdefizite in andere Bereiche des Unionsrechts zu metastasieren. Dies verdeutlicht die Notwendigkeit zur Grundlagenforschung und Stabilisierung des dogmatischen Fundaments des Wettbewerbsrechts. Hierzu soll mit der vorliegenden Untersuchung ein Beitrag geleistet werden.

Die überblicksartige Einführung hat zwar die Umrisse komplexer ineinander verwobener Problemfelder angedeutet, die jedoch den Blick auf die zentrale Forschungsfrage und die Ziele der Untersuchung verdecken und daher nachfolgend präziser darzustellen sind.

---

[104] Vgl. Expertenbericht v. *Schweitzer*, The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design, 2020; *Motta*, Massimo u. a., Market investigations, Kap. 1, S. 1 ff.

[105] *Jungermann*, WUW 2022, S. 521, S. 521.

[106] Vgl. in diesem Sinne *Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 105.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Untersuchungsfrage und -ziele

Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet die bereits dargestellte These, dass unionsrechtliche Kartellgeldbußen, etwa für „hard-core"-Zuwiderhandlungen nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003, durch deren kontinuierliche Erhöhung rechtsfaktisch den Status einer echten *Kriminalstrafe* erlangt haben.[107] Die Untersuchung will die rechtsstaatliche Legitimationskritik hieran auf- und ernst nehmen sowie auf ihre dogmatische Tragfähigkeit hin überprüfen. Vor diesem Hintergrund lautet die Untersuchungsfrage, ob das europäische Kartellermittlungsverfahren *de lege lata* eine hinreichende Legitimationsgrundlage zur Verhängung dem Gesetz nach schwerster Kartellsanktionen darstellt. Zur Beantwortung dieser Frage will die Untersuchung zwei Zwischenziele erreichen:

1. Zum einen wird die Untersuchung deduktiv die dogmatischen Argumente zur Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte – die Rechtsnatur der Sanktion und die Unternehmereigenschaft der Adressaten – analysieren, um zu überprüfen, *ob* das gegenwärtig vorgesehene unionsrechtliche Eingriffs- und Verteidigungsregime des europäischen Kartellermittlungsverfahrens in Kapitel V. der Verordnung Nr. 1/2003 einen *hinreichenden verfahrensrechtlichen Legitimationszustand* für Eingriffe in die unternehmerische Wettbewerbsfreiheit durch dem Gesetz nach schwerste Kartellgeldbußen bei *hard-core*-Verstößen bildet.
2. Zum anderen wird die Untersuchung induktiv einen eigenen Untersuchungsmaßstab entwickeln, mit dessen Hilfe überprüft werden kann, ob der Legitimationszustand hinreichend ist. Sollte dies nicht der Fall sein, soll der Maßstab zudem spezifische Änderungsvorschläge aufzeigen, welche strafprozessualen Abwehrrechte in welchem Umfang erweitert werden müssen, um dieses Niveau zu erreichen.

Auf Grundlage der dargelegten Untersuchungsfrage sowie der zu erreichenden Zwischenziele ist es möglich, den Untersuchungsgang, der sich hieraus faktisch ergibt, eingehender zu veranschaulichen.

---

[107] Vgl. Argumentation der Rechtsmittelführer in EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastics – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C2020:857, Rn. 19; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 268; *Braun/Galle*, CCZ 2013, S. 109, S. 109; *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Art. 103 AEUV, Rn. 23 f.; vgl. Schlussantrag GAin Sharpston v. 10.02.2011 – KME Germany u. a. – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 62, jedoch bezogen auf die Strafrechtlichkeit i. S. v. Art. 6 EMRK.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

D. Untersuchungsgang und -methodologie

Der Untersuchungsgang gliedert sich in vier Teile. Zunächst soll der gegenwärtige Stand des Legitimationszustands, mithin des Eingriffs- und abwehrrechtlichen Verteidigungsniveaus des unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahrens deskriptiv dargestellt werden (I.). Die Legitimationskontrolle erfordert sodann eine Überprüfung der Argumente der Verfahrensrechtereduktion, also der Rechtsnatur der Kartellbuße und des Kartellverfahrens (II.) sowie der Unternehmereigenschaft der Adressaten von Ermittlungsmaßnahmen und Sanktionen (III.). Zuletzt soll ein Maßstab entwickelt werden, um aktiv überprüfen zu können, ob der von den Unionsgerichten vorgehaltene grundrechtliche Schutzumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte hinreichend ist, um Ermittlungsmaßnahmen und schwerste Kartellsanktionen zu legitimieren (IV.). Die Abschnitte folgen jeweils einer eigenen Untersuchungsmethodologie.

I. Legitimationszustand des Kartellermittlungsverfahrens – de lege lata

Die rechtsdogmatische Überprüfung des gegenwärtigen Legitimationszustands des Kartellermittlungsverfahrens verlangt zunächst eine *deskriptive* Darstellung des Gesamtverhältnisses von Ermittlungs- und Abwehrrechten *de lege lata.* Behauptet die Ausgangsthese ein Ungleichgewicht zwischen dem überbetonten Eingriffsniveau der Kartellbuße und -ermittlungen in fremde Rechtsgüter und dem unzureichenden Abwehrniveau durch die Geltungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte, muss die Untersuchung das Spannungsverhältnis als Vorarbeit einer Legitimationskontrolle zunächst objektiv darstellen.

Mit diesem Ansatz liefe die Untersuchung indes Gefahr, die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der Untersuchung im System des Wettbewerbsrechts aus den Augen zu verlieren. Die Einführung hat den Blick der Untersuchung insoweit auf das – angebliche – verfahrensrechtliche Ungleichgewicht im Kartellermittlungsverfahren, als den praxisrelevanten Untersuchungskern, fokussiert und zugleich verengt. Um dem entgegenzuwirken, ist es essenziell, den Blick zunächst wieder zu weiten und die Untersuchungsfrage in ihren übergeordneten unionsrechtlichen Kontext einzubeziehen und voranzustellen. Der erste Teil beginnt daher mit der objektiven Betrachtung der Ziele, dem Schutzzweck und dem Rechtsgut des europäischen Wettbewerbsrechts, die der Grund für die Sanktionen und Ermittlungen sind. Demgegenüber sind die wirtschaftlichen Auswirkungen von *hard-core*-Verstößen zu erläutern, die diese Interessen unterminieren. Daran schließt sich die deskriptive Darstellung des Verhältnisses von Ermittlungs- und Abwehrrechten *de lege lata* an.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Legitimität der Verfahrensrechtereduktion aufgrund der Rechtsnatur der Kartellbuße und des Kartellverfahrens

Im zweiten Teil kann die Untersuchung sodann deduktiv die Legitimität der Verfahrensrechtereduktion dogmatisch überprüfen. Primäres Legitimationskriterium ist die *Rechtsnatur* der Kartellbuße und – hiervon deduziert – des Kartellverfahrens. Beide werden überwiegend – dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht vergleichbar – dem Strafrecht *im weiteren Sinne* zugeordnet. Hiervon wird abgeleitet, dass strafrechtliche Verfahrensrechte „nicht notwendigerweise in vollem Umfang" Anwendung finden müssen. Primär wird auf dieser Grundlage legitimiert, dass „strafrechtliche" Kartellsanktionen erstinstanzlich nicht durch ein Gericht, sondern die Europäische Kommission als Verwaltungsbehörde in einem Verwaltungsverfahren verhängt werden dürfen, solange die Entscheidung der anschließenden vollen gerichtlichen Kontrolle der Unionsgerichte unterliegt.[108] Zu überprüfen gilt es auch, inwieweit hierdurch das faktisch administrativ geführte Kartellermittlungsverfahren legitimiert werden kann.[109] Es gilt daher die Argumente für die Einordnung der Rechtsnatur darzustellen und auf ihre dogmatische Tauglichkeit hin zu überprüfen.

III. Legitimität der Verfahrensrechtereduktion aufgrund der Unternehmereigenschaft der Sanktionsadressaten

Im dritten Teil wird deduktiv das sekundäre Legitimationskriterium untersucht, auf dessen Grundlage die Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte begründet wird, mithin die *Unternehmereigenschaft* der Sanktionsadressaten. Dem „Unternehmen" im unionskartellrechtlichen Sinne stünden aus sich heraus nicht die gegenüber natürlichen Personen geltenden Rechte nationaler Strafermittlungsverfahren zu. Es wird daher überprüft, ob und inwieweit diese Reduktion legitimatorisch tragfähig ist.

Schwierigkeiten bereitet dabei, dass die Differenzierung der Reduktion der Verfahrensrechte aufgrund der Rechtsnatur und der Unternehmereigenschaft in der rechtswissenschaftlichen Diskussion nicht immer aufrechterhalten wird. Teilweise wird die im weiteren Sinne strafrechtliche Rechtsnatur nur herangezogen, um zu legitimieren, dass die erstinstanzliche Verhängung einer Kartell-

---

[108] Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 134 ff., m. w. N.

[109] *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 207, der argumentiert, dass die legitimierende Wirkung der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle damit verbraucht sei und die weiteren Verfahrensrechte nicht auf der Grundlage der „not-with-full-stingency"-Doktrin reduziert werden könnten, sondern eines divergierenden Legitimationsgrundes bedürften.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sanktion durch eine Verwaltungsbehörde zulässig ist, solange dem Recht auf ein gerichtliches Verfahren nach Art. 47 Abs. 2 GRCh im nachgelagerten Rechtsschutz Genüge getan wird. Die Unternehmereigenschaft wird dagegen für alle weiteren Strafverfahrensrechte herangezogen. Der EGMR bezieht sich aber ausdrücklich auf „the criminal-head guarantees", mithin auf alle strafrechtlichen Verfahrensrechte und nicht „nur" auf die Verhängung einer Strafsanktion durch eine Verwaltungsbehörde.[110] Teilweise wird das legitimatorische Fundament einer Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte aber auch aus einer argumentativen Gesamtschau beider Begründungen gegossen.[111] Da deren genaues Wechselspiel ungeklärt ist, nimmt die Untersuchung eine Trennung vor.

IV. Maßstab zur Überprüfung eines hinreichenden verfahrensrechtlichen Legitimationszustands

Der vierte Teil widmet sich der Genese und der Anwendung eines dogmatisch tragfähigen Maßstabs zur Legitimationskontrolle des gegenwärtigen Niveaus der strafrechtlichen Verfahrensrechtegeltung, der bislang nicht besteht.

1. Bisherige Legitimationsmaßstäbe

Zur Überprüfung, ob das derzeitige Kartellermittlungsverfahren die abwehrrechtlichen (straf-)prozessualen Verfahrensrechte von Unternehmen hinreichend schützt, wurde in bisherigen wissenschaftlichen Auseinandersetzungen primär auf die EMRK und die GRCh rekurriert.

Vilsmeier widmete sich zunächst den abstrakten Verteidigungsrechten, nimmt dabei aber nur die EMRK in den Blick. Der Fokus liegt auf den gerichtlichen Sachverhaltsaufklärungen und Beweisstandards im Kartellverfahren nach der VO 1/2003, um diese an den Maßstäben der EMRK zu messen.[112] Letztlich verweist sie darauf, dass zwingend stets die Berücksichtigung des

---

[110] EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43, auch wenn der Anwendungskontext im konkreten Fall die Frage der Legitimität einer strafrechtlichen Sanktionierung durch eine Verwaltungsbehörde betraf, die erst anschließend der gerichtlichen Kontrolle zugeführt wurde, vgl. Rn. 8 ff.

[111] So argumentieren etwa *Engelsing/Schneider*, in: MüKo, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 30 f., in Hinblick auf die Unschuldsvermutung, für eine „abgeschwächte Unschuldsvermutung", da es sich in diesem Kontext um Geldbußen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen und nicht natürliche Personen handelt; deren Position entspreche nicht der Position eines Angeklagten im Strafprozess, da die Verfahren nach Art. 23 VO 1/2003 gerade keine Strafprozesse seien.

[112] *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Einzelfalles bei der Ableitung von Rechten aus der EMRK bei deren Anwendung entscheide. Auch Thanos untersucht die Anwendbarkeit abstrakter strafrechtlicher Verfahrensgarantien, bindet aber neben der EMRK auch die GRCh mit ein. Dabei versucht er, Her- und Ableitungen insbesondere von Art. 6 EMRK sowie Art. 41, 47 und 48 EU-GRCh für das Kartellverfahren zu erkennen, wobei er sich dem nemo tenetur-Grundsatz, der Achtung der Privatsphäre, dem Anwaltsprivileg und anderen Verfahrensrechten widmet.[113] Henn untersucht – mit einer sehr ähnlichen Methode wie Thanos – die Anwendbarkeit abstrakter strafrechtlicher Verfahrensgarantien,[114] ausgehend von der EMRK und der EU-Grundrechtecharta.[115] Eine noch genauere Fokussierung auf den nemo tenetur-Grundsatz haben Schubert[116] und Kruck vorgenommen, wobei Letzterer mit abstrakten Fallgruppen verschiedene Anwendungsbereiche des Grundsatzes beleuchtet.[117] Nicht zuletzt erörtert Vilsmeier das abstrakte Beweis- und Verteidigungsrecht von Unternehmen im Rahmen der Nichtigkeitsklage[118] vor dem Gericht der Europäischen Union gegen die Tatsachenfeststellungen der Kommission nach der Kartellverfahrensordnung an den Maßstäben der EMRK.[119] Dästner geht anders vor, indem er sich dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem Schuldprinzip der VO 1/2003 widmet, ohne einen überstaatlichen Vergleichsmaßstab anzulegen. Ihm geht es um die formelle und materielle Bestimmtheit der Verordnung wie auch der Eingriffsermächtigungsgrundlagen. Einen besonderen Wert legt er dabei auch auf die Zurechnung der Kartellbuße an Unternehmen nach dem funktionalen Unternehmensbegriff, den er für mit beiden geprüften Grundsätzen unvereinbar hält.[120]

Der augenscheinliche Charme der Anwendung dieser Maßstäbe ist deren Verbindlichkeit. Die Tragweite und Auslegung strafprozessualer Grundrechte der Charta, wie das Recht auf ein faires Verfahren, eine effektive gerichtliche Kontrolle, die Unschuldsvermutung oder die Wahrung der Selbstbelastungsfreiheit nach den Artikeln 47 und 48 GRCh im europäischen Kartellermittlungsverfahren richten sich gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh nach der EMRK und

---

113 *Thanos*, Die Reichweite der Grundrechte im EU-Kartellverfahrensrecht.

114 Etwa der Öffentlichkeitsgrundsatz, das Konfrontationsrecht, das Recht auf rechtliches Gehör, die Unschuldsvermutung oder der nemo tenetur-Grundsatz.

115 *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien im europäischen Kartellrecht; *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße und Strafrecht; *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK.

116 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 1 ff.

117 *Kruck*, Der Grundsatz ne bis in idem, 243 ff.

118 Gegen Feststellungen nach Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 der Kommission bezüglich der Zuwiderhandlung gegen Art. 101, Art. 102 AEUV ist nach Art. 263 Abs. 4 i. V. m. Abs. 2 AEUV die Nichtigkeitsklage statthaft.

119 *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle, S. 1 ff.

120 *Dästner*, Bestimmtheitsgrundsatz, S. 139.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Rechtsprechung des EGMR sowie nach Abs. 7 einer Auslegung der Grundrechte anhand der Rechtsprechung der Unionsgerichte und den Erläuterungen der Charta. Eine festgestellte systematische Unterschreitung der Anforderungen – etwa an ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK – wäre unzulässig und konstituierte einen unmittelbaren Anpassungsanspruch.[121] Trotz dieses Vorteils bestehen aus der Sicht des Verfassers Bedenken gegen dieses Vorgehen und die Tauglichkeit eines solchen Legitimationsmaßstabs.

2. Bedenken

Die Tauglichkeit dieses Ansatzes erscheint reduziert. Noch überwindbar ist, dass die EU – trotz der Bekundung in Art. 6 Abs. 2 EUV – der EMRK noch nicht beigetreten ist.[122] Die mittelbare Geltung der EMRK als Rechtserkenntnisquelle ergibt sich aus Art. 6 Abs. 3 EUV. Die EMRK setzt allerdings primär einen grundrechtlichen Mindeststandard, der schmelztiegelartig Rechtsordnungen, Verfassungstheorien und Kulturen der derzeit 46 Mitglieder des Europarats beachten will. Übrig bleibt nicht selten der „kleinste gemeinsame Nenner" fundamentaler Verfahrensgarantien, der oftmals generalklauselartig formuliert und lediglich im Einzelfall durch den EGMR konkretisiert werden kann. Die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR bilden daher einen notwendigen und wichtigen Ausgangspunkt der Untersuchung. Konkrete Rückschlüsse auf die abstrakte Rechtmäßigkeit des Anwendungsumfangs von Ermittlungsbefugnissen lassen sich aus der Einzelfallbetrachtung und -ausgestaltung dessen, was ein „faires Verfahren" bedeutet aber möglicherweise nicht mit hinreichender Klarheit ziehen. Faktisch gelingt dies bei den oben genannten Ansätzen nur, wenn eine eigene Auslegung der EMRK vorgenommen und durch die Auslegung der ständigen Rechtsprechung des EGMR ersetzt wird, um eine abwehrrechtliche Verletzungsprüfung der Konventionsrechte vorzunehmen. Der Vorwurf einer systematischen Unterminierung der Konventionsrechte wird dabei häufig fälschlicherweise dahin gehend missverstanden, dass ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK vorläge, weil das Kartellermittlungsverfahren nicht als Kriminalstrafverfahren geführt würde.[123] So kritisiert Wils etwa die Forderung von Anwälten, die eine Erweiterung der fundamentalen Verfahrensrechte damit begründen: *erstens*, die Kartelldurchsetzung ist „strafrechtlich" i. S. d. EMRK und *zweitens*, der EGMR habe in einem strafrechtlichen Verfahren ein Recht zuerkannt, das das europäische

[121] Vgl. zu diesem Ansatz schon *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 459 f.

[122] *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Rn. 36; *Schorkopf*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 6 EUV, Rn. 36; EuG, U. v. 20.02.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 59.

[123] *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 20.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kartellverfahren nicht vorsehe, *daher* müsse das Verfahren mit der EMRK unvereinbar sein.[124] Dieser abwehrrechtlichen Prüfung des Art. 6 EMRK schob der EGMR spätestens mit der Entscheidung *SA-Capital Oy v. Finland* einen Riegel vor. Darin führte er aus, dass es nicht erforderlich sei, dass Verfahren wie diejenigen, die Sanktionen für Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht betreffen, nach dem klassischen Vorbild eines Kriminalstrafverfahrens durchgeführt werden.[125] Darauf, dass der EGMR eine Verletzung des fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK immer nur im jeweiligen Einzelfall betrachtet, kommt es damit gar nicht mehr an.[126] Verkannt wird ferner, dass die konkrete Ausgestaltung der Verfahrensrechte nach der *Jussila v. Finland*-Entscheidung[127] unter dem Vorbehalt steht, dass strafprozessuale Fundamentalgarantien des Art. 6 EMRK in Kartellverfahren wegen der fehlenden Zugehörigkeit zum engen Bereich des Strafrechts *nicht unbedingt in ihrer ganzen Strenge* – also nur abgestuft im Vergleich zu einem Kriminalstrafverfahren – Anwendung finden.[128] Dabei ist unklar, inwieweit dieser Geltungsumfang greift. Teilweise werden die Mindestgarantien dennoch eins zu eins ins Kartellermittlungsverfahren übertragen.[129]

Unberücksichtigt bleibt gleichsam, ob und wie diese Rechtsprechung des EGMR auf das Unionsrecht übertragbar ist, das sich i. d. R. gegen Individualpersonen im Verhältnis zu souveränen Nationalstaaten und nicht gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen im Verhältnis zur EU richtet, die kein souveräner Nationalstaat ist. Selbst wenn man dies alles gleichsetze,

---

124 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 20.

125 EGMR, U. v. 14.02.2019 – SA-Capital Oy/Finland – Nr. 5556/10, Rn. 72: „Thus, in the light of the Court's established case-law, it is not a requirement under Article 6 of the Convention that proceedings such as those concerning sanctions for breaches of competition law be conducted according to the classic model of a criminal trial."

126 EGMR, U. v. 29.6.2007 – O'Halloran u. Francis/Vereinigtes Königreich – Nr. 15809/02 u. 25624/02, Rn. 53: „The right to a fair trial under Article 6 § 1 is an unqualified right. However, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case". „While the right to a fair trial under Article 6 is an unqualified right, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case", vgl. auch EGMR, U. v. 13.9.2016 – Ibrahim u. a./Vereinigtes Königreich – Nr. 50541/08 u. a., Rn. 250.

127 EGMR (GK), U. v. 23.11.2006 – Jussila v. Finland – Nr. 73053/01.

128 EGMR (GK), U. v. 23.11.2006 – Jussila v. Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43.

129 *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 144, der etwa das Gebot der Unvoreingenommenheit als eine grundlegende Maxime im Strafverfahren – gegenüber Individualpersonen im gerichtlichen Verfahren – auch im verwaltungsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren gegenüber Unternehmen anwenden will, ohne zu berücksichtigen, ob und inwieweit eine Reduktion des Anwendungsumfangs aufgrund des *not with full stringency*-Grundsatzes zulässig ist.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bliebe es nach Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh möglich, über den Verfahrensstandard der EMRK hinauszugehen.[130] Einen Maßstab, wann, weshalb oder in welchem Umfang ein Darüberhinausgehen erforderlich ist, ergibt sich aus der Rechtsprechung indes nicht. Letztlich folgt daraus, dass die EMRK keine präzise Grundlage zur *positiven* Bestimmung des abstrakten Gewährleistungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte darstellt.

Gleiches gilt für die Charta, da sich die Unionsgerichte, gerade im Kartellermittlungsverfahren, an die vom EGMR entwickelten Mindestanforderungen zu orientieren und einen darüber hinausgehenden Grundrechtsstandard nicht für notwendig zu halten scheinen. Erkenntnisse über den Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte gewinnt man wieder nur dann, wenn man die eigene Auslegung der Chartagrundrechte vornimmt und auf eine Verletzung hin überprüft. Der Erkenntnisgewinn einer solchen Vorgehensweise beschränkt sich aber bestenfalls darauf, dass nach der eigenen Auffassung eine Auslegung der Chartagrundrechte – entgegen der ständigen Rechtsprechung des EuGHs – möglich ist, die einen höheren Grundrechtsschutz nahelegt. Rechtsverbindliche Ableitungen für eine imperative Rechtsprechungsänderung gebieten diese Ansätze gleichwohl nicht.

Für die Untersuchung entscheidend erscheint hingegen, dass sich der spezifische unternehmerische Vorwurf der Ausgangsthese nicht auf eine *negativ*-abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte bezieht. Dieses – gewollte oder ungewollte – (Miss-)Verständnis, wie Wils es darlegt, ist in der Tat durch die Rechtsprechung des EGMR ausgeschlossen und dürfte der Grund sein, weshalb die so verstandene Ausgangsthese zu Unrecht abgetan wird. Behauptet wird darin viel eher ein Legitimationsdefizit durch ein systematisches Zurückbleiben der strafprozessualen Mindestanforderungen für Verfahrensrechte, das zur Verhängung schwerer Kartellgeldbußen und Ermittlungseingriffe untauglich ist. Die Grundthese, dass das Kartellermittlungsverfahren *positiv* einen höheren verfahrensrechtlichen Schutzstandard einhalten muss, als ihn die EMRK und die GRCh konkretisiert durch die Rechtsprechung beider Gerichte gegenwärtig vorsehen, ist qualitativ und phänomenologisch ein anderer als derjenige, dass *negativ* ein systematischer Verstoß gegen die prozessualen Mindestanforderungen der EMRK und der GRCh vorliegt. Im letzteren Fall wird – unzulässigerweise – der gegenwärtig geltende Legitimationsmaßstab angewandt, obwohl dessen Unzulänglichkeit gerade behauptet wird. Mit anderen Worten: Der Vorwurf, dass die EMRK und die GRCh einen unzureichenden Schutz für die Eingriffe der Kartellverfahrensverordnung durch die Kommission bieten, kann denklogisch nicht allein am bestehenden Maßstab der EMRK und GRCh gemessen werden. Dem stehen als Grenze die Rechtsprechung beider Gerichte und die gegenwärtige Fixierung des Grundrechts-

[130] *Kraus*, in: EMRK/GG, Kap. 3. C. I. Rn. 67 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

standards entgegen. Dessen aus Sicht der Unternehmen rechtsstaatlich unzulässige Unterminierungen könnten bereits jetzt im Einzelfall gerügt und eingeklagt werden, sodass – wie für die bisherigen Untersuchungen – nur die Möglichkeit verbliebe, die eigene, weitergehende Auslegung der Schutzbereiche der EMRK und Chartarechte über die der Auslegung der Gerichte zu stellen.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass ein supranationaler Maßstab aus EMRK und GRCh alleine nicht hinreicht, um die Legitimität des europäischen Kartellermittlungsverfahrens zu überprüfen und damit die Forschungsfrage zu beantworten.

3. Entwicklung eines neuen legitimatorischen Prüfungsmaßstabs

Zur Überprüfung, ob der gegenwärtige Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte einen hinreichenden verfahrensrechtlichen Legitimationszustand für Unternehmen im Kartellermittlungsverfahren vorhält, muss die Untersuchung daher einen neuen Legitimationsmaßstab anwenden. Dabei sind die supranationalen Anforderungen der EMRK und GRCh zwar als Mindestanforderungen zu berücksichtigen, deren Ergebnis bildet indes nur die sodann am neuen Maßstab zu überprüfende Untersuchungsgrundlage. In Ermangelung anderer supranationaler Anknüpfungspunkte muss die Genese eines Vergleichsmaßstabs – dessen rechtsstaatlich noch näher zu beleuchtende Zulässigkeit an dieser Stelle vorausgesetzt – methodologisch aus dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten zunächst entwickelt werden. Die deskriptiv betrachteten Ermittlungsbefugnisse und Abwehrrechte der europäischen Kartellverfahrensverordnung sollen daher anhand eines strukturell-funktionalen Rechtsvergleichs[131] der korrespondierenden Ermittlungsbefugnisse und Abwehrrechte der Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren der Mitgliedstaaten der EU geprüft werden. Gegen ein solches Vorhaben bestehen scheinbar erhebliche Bedenken, die nachfolgend aufgegriffen und ausgeräumt werden sollen.

---

[131] Der Begriff „struktureller Rechtsvergleich“ wird in der Literatur als Untersuchung der „Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den Strukturen einzelner Rechtssysteme“ verstanden, *Coupette/Hartung*, RabelsZ 86 (2022), S. 935, S. 937, m. w. N.; Rechtssysteme bilden danach komplexe und adaptive Systeme, die in ihrer Gesamtheit und sehr abstrakt verglichen werden. Die vorliegende Untersuchung versucht die einzelnen Rechtssysteme mit in den Blick zu nehmen, will es aber nicht bei einem abstrakten (strukturellen) Vergleich der Rechtssysteme belassen, sondern versucht die einzelnen strafrechtlichen Verfahrensrechte auch funktional im Rechtssystem der jeweiligen Länder zu analysieren.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Unzulässige Ableitung von den nationalen Rechtsordnungen

Der Versuch, aus nationalen Verfahrensordnungen imperative Ableitungen für das Unionsrecht herzuleiten, ist ein gefährliches Unterfangen. Der (Anwendungs-)Vorrang des Unionsrechts gebietet die Nichtbeachtung des dem unmittelbar anwendbaren Unionsrechts entgegenstehenden nationalen Rechts durch nationale Organe der Rechtspflege.[132] Eine Anknüpfung am strafprozessualen Schutzniveau der Mitgliedstaaten etwa wäre ungeeignet, da bereits feststeht, dass dieses weder nach unten noch weit nach oben vom europäischen Schutzniveau abweichen darf.[133] Unternehmen können die Anwendung nationalen Rechts, das im Widerspruch zum Unionsrecht steht, zudem unmittelbar vor dem EuGH beanstanden und die Anwendung des höheren Schutzniveaus verlangen. Zwar ist es dem Grunde nach möglich, dass das nationale Recht einen höheren Verfahrensschutz vorsieht – die Grenze ist aber auch hier erreicht, wenn die Ausweitung der Verfahrensrechte die *Wirksamkeit* und *Einheitlichkeit* einer unionsweiten Anwendung der Art. 101 und Art. 102 AEUV unterminiert.[134] Art. 35 Abs. 1 VO konstatiert insoweit, dass die:

> „Mitgliedstaaten […] die für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags zuständige[n] Wettbewerbsbehörde[n] so [bestimmen, Einf. d. Verf.], dass die Bestimmungen dieser Verordnung wirksam angewandt werden."[135]

Der EuGH leitet aus dieser Zweckbestimmung sowie den Erwägungsgründen der VO 1/2003 die Verpflichtung zur Sicherstellung einer praktisch wirksamen Anwendung der Art. 101 u. 102 AEUV im öffentlichen Interesse ab, die durch das den nationalen Wettbewerbsbehörden überlassene Durchführungsermessen (Grundsatz der Verfahrensautonomie) nicht beeinträchtigt werden darf.[136] Führen die Mitgliedstaaten weitere Voraussetzungen für das Kartellverfahren im allgemeinen Interesse einer *einheitlichen* Anwendung der Art. 101 u. 102 AEUV ein – etwa subjektive Voraussetzungen zur Verhängung einer Kartellbuße nach Art. 23 VO –, müssen diese „mindestens genauso streng" sein wie die Verordnung selbst, damit die „Wirksamkeit des Unions-

---

132 EuGH in st. Rspr. statt aller, U. v. 15.7.1964 – Costa/E.N.E.L – Rs. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, S. 1269 f.; *Kling*, in: Kartellrecht, § 3, Rn. 7.

133 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 23 f.

134 Vgl. ECN+ Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten in Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, Abl. L 11/16, Rn. 76; *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 24.

135 Klammern markieren Änderungen durch den Bearbeiter.

136 EuGH, U. v. 7.12.2010 – VEBIC – Rs. C-439/08, ECLI:EU:C:2010:739, Rn. 56 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechts nicht in Frage gestellt wird".[137] Abweichungen vom Schutzniveau des Unionsrechts nach oben sind nach dem EuGH daher zwar nicht unmöglich, damit die „wirksame und einheitliche Anwendung des Art. 101 AEUV nicht beeinträchtigt wird, [aber] nur unter ganz besonderen Umständen" zulässig, etwa wenn hierdurch ein Beitrag zur Aufdeckung und Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen entsteht.[138] Die Genese eines Maßstabs aus den nationalen Rechtsordnungen ist folglich erheblich erschwert. Nationale Rechtsordnungen können und sollen jedoch nicht *als solche* auf das Unionsrecht übertragen werden.

b) Ableitung aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten

Die Unionsgerichte leiten Verfahrensgrundrechte auch aus den *gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen* der Mitgliedstaaten her, sofern diese einen allgemeinen Rechtsgrundsatz i. S. d. Art. 6 Abs. 3 EUV bilden, und legen den Anwendungsumfang der Grundrechte nach Art. 52 Abs. 4 GRCh im Einklang mit diesen Verfassungsüberlieferungen aus.[139] Die Genese eines legitimatorischen Vergleichsmaßstabs, der aus der *Gesamtbetrachtung* nationaler Rechtsordnungen und Verfassungsüberlieferungen aller mitgliedstaatlicher Prozessverfahren nach gemeinsamen Legitimationsanforderungen sucht, die in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen Gültigkeit beanspruchen, wächst über den einzelnen Nationalstaat hinaus und ist als Untersuchungsmethodik unionsrechtlich anerkannt.[140] Der Untersuchungsansatz geht daher über den von Pascu hinaus, der die „innerstaatlichen Verfassungsüberlieferungen" ohne dogmatischen Unterbau zur Präzisierung der Verteidigungsrechte von Unternehmen betrachtet.[141]

Auch wenn die Einzelheiten einer wertenden Rechtsvergleichung, einer gemeinsamen Verfassungstradition und eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes von der Rechtsprechung nicht präzise formuliert wurden, stellt die Methode die bislang vernachlässigte, zweite offizielle Rechtserkenntnisquelle zur Aus-

---

137 EuGH, U. v. 18.06.2013 – Schenker – Rs. C-681/11, ECLI:EU:C:2013:404, Rn. 36.

138 EuGH, U. v. 18.06.2013 – Schenker – Rs. C-681/11, ECLI:EU:C:2013:404, Rn. 49.

139 *Vogel/Brodowski*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg Europäisches Strafrecht, § 5, Rn. 42; EuG, U. v. 08.07.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 45.

140 Vgl. auch EuG, U. v. 5.4.2006 – Degussa – Rs. T-279/02, ECLI:EU:T:2006:103, Rn. 73; *Baron*, in: FS Canenbley, S. 33.

141 *Pascu*, Verteidigungsrechte im Kartellverfahren, S. 68 für den nemo tenetur-Grundsatz.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

legung der Unionsgrundrechte dar. Aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen ergibt sich damit – unabhängig von deren materiellem Bestehen für das konkrete Verfahrensrecht – ein weiterer Maßstab, anhand dessen der konkrete Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren überprüfbar wird. Verfestigen sich die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen in Hinblick auf ein höheres Schutzniveau für strafrechtliche Verfahrensrechte zudem zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, ist dieser *rechtsverbindlich*, also zwingend von den Unionsgerichten bei der Anwendung der Charta zu berücksichtigen. Schließlich sind die ungeschriebenen Unionsgrundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze und die geschriebenen Chartagrundrechte beide Teile des Primärrechts und damit gleichrangig.[142] Es bestünde damit ein rechtsverbindlicher, positiver Anspruch von Unternehmen, den Verfahrensstand anzuheben. Darüber hinaus zeigt ein ggf. festgestellter allgemeiner Rechtsgrundsatz, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen speist, positiv auf, auf welches Niveau einzelne Verfahrensrechte ganz konkret angehoben werden müssen. Die Entwicklung eines Legitimationsmaßstabs soll sich folglich aus einer wertenden Rechtsvergleichung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ergeben. Offen ist hingegen der Gegenstand des nationalen Rechts, der zur Ableitung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung in Betracht kommt.

c) Ableitung aus den Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren

Ein tauglicher Legitimationsmaßstab kann sich von vornherein nicht aus einem strukturell-funktionalen Rechtsvergleich der nationalen Individualstrafverfahren ergeben. Das „Unternehmen“ als Haftungssubjekt im europäischen Wettbewerbsrecht kann anderen Haftungs- und Verfahrensrechten unterworfen sein, sodass sich eine pauschale Übertragung des Verfahrensstandards, wie er gegenüber Individualpersonen im Kriminalstrafverfahren besteht, auf das Kartellverfahren verbietet.[143] Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer vertrat daher zu Recht die Auffassung, dass sich nicht alle strafrechtlichen Garantien – die ein Machtungleichgewicht zwischen Staat und Individuum ausgleichen wollen – pauschal auf das Wettbewerbsrecht übertragen lassen, da die Parameter dort verschieden seien und den Schutz der Gesellschaft vor mächtigen Organisationen vorsähen. Eine Gewährung der gleichen Verfahrensgarantien sei daher eine unzulässige Schutzverkürzung für den Einzelnen.[144] Die Kommission will damit dem Umstand Rechnung tragen, dass Großunterneh-

---

142 *Streinz*, in: ders./Michl EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 36.

143 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 19.

144 Schlussanträge GA Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer v. 17.10.2002 – Volkswagen – Rs. C-338/00 P, ECLI:EU:C:2002:591, Rn. 66.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

men über juristische und wirtschaftliche Kenntnisse sowie Infrastrukturvorteile verfügten, die es ihnen ermöglichten, leichter zu erkennen, dass ihr Verhalten einen Wettbewerbsverstoß darstelle.[145]

Teilweise wird juristischen Personen daher grundsätzlich nicht der gleiche Schutzstandard der Europäischen Menschenrechtskonvention wie Individualpersonen zugesprochen.[146] Der EGMR deutet dies zumindest an, wenn er ausführt, dass ein direkter Vergleich der Individualstraf- und Kartellverfahrensrechte, der im letzteren Fall komplexeren und umfangreicheren Ermittlungen tatsächlicher und ökonomischer Natur, sowie der Tatsache nicht gerecht würde, dass die finanziellen Sanktionen gegen Unternehmen und nicht gegen Individualpersonen verhängt werden.[147]

Diese Bedenken der divergierenden Haftungssubjekte können nicht aufgehoben, aber minimiert werden, indem als Gegenkontrast zum europäischen Kartellermittlungsverfahren das nationale Unternehmens- und das Verbandssanktionsrecht analysiert wird, die beide eine kriminalstrafrechtliche Sanktionierung von Kollektiven, Unternehmen und juristischen Personen vorsehen. Zwar sind die unionsrechtlichen und nationalen Begriffe des „Unternehmens" nicht notwendig deckungsgleich, es lässt sich so allerdings eine bessere Vergleichsgrundlage schaffen als durch eine Anknüpfung am Individualstrafverfahren, bei dem Einschränkungen der Verfahrensrechte kaum möglich sind. Zugleich wird durch die Wahl der nationalen Unternehmenssanktionsverfahren das Ergebnis der Untersuchung hierdurch nicht vorweggenommen. Durch den spezifischen Vergleich der nationalen Unternehmens-, Konzern- und Verbandsstraf- sowie Sanktionsverfahren lässt sich überprüfen, inwieweit strafverfahrensrechtliche Regelungsspielräume, die die EMRK und die GRCh den Vertragsparteien und Mitgliedstaaten überlassen, in Kriminalstrafverfahren gegen Kollektive und Unternehmen ausgestaltet werden. Möglich ist, dass strafrechtliche Verfahrensrechte nur verkürzt oder vollständig gewährleistet werden. Lässt sich den nationalen Unternehmens- und Verbandssanktionsverfahren rechtsvergleichend eine gemeinsame Verfassungstradition bei der Gewährung strafrechtlicher Verfahrensrechte entnehmen, lässt sich diese sodann ggf. als allgemeiner Rechtsgrundsatz auf das europäische Kartellermittlungsverfahren übertragen.

---

145 Kommission, v. 22.11.2001 – Vitamine – Comp/E-1/37.512, Slg. L 6/1, Rn. 697.

146 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 21.

147 EGMR, U. v. 14.02.2019 – SA-Capital Oy/Finland – Nr. 5556/10, Rn. 77 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Fazit

Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten der Union sollen im Wege der wertenden Rechtsvergleichung ihrer nationalen Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren auf eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung hin in Bezug auf den Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte gegenüber Kollektiven, Unternehmen und juristischen Personen analysiert werden, die als allgemeiner Rechtsgrundsatz einen Legitimationsmaßstab bilden, um den gegenwärtigen Anwendungsumfang korrespondierender Strafverfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren zu überprüfen.

V. Ergebnis

Aus dem dargestellten Untersuchungsgang und der Untersuchungsmethodologie lässt sich der Aufbau der Untersuchung strukturieren. Zur Beantwortung der Forschungsfrage sowie zur Erreichung der Untersuchungsziele scheint methodologisch ein Fünfschritt zielführend. Angeknüpft werden soll dabei an das Konzept eines Schutz- und Eingriffsbereichs des europäischen Wettbewerbsrechts als Vorarbeit einer Legitimationsprüfung.[148]

Im *ersten* Teil wird der *Status quo* des Legitimationszustands des Kartellermittlungsverfahrens im Gesamtkontext anhand einer deskriptiven Darstellung des Schutzzwecks des Wettbewerbsrechts, dessen Eingriffs- und Abwehrregime *de lege lata* ermittelt. Sodann überprüft die Untersuchung deduktiv die zwei argumentativen Säulen der Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte – die Rechtsnatur und Unternehmereigenschaft – auf ihre legitimatorische Tragfähigkeit hin. Ergibt sich das vermeintliche Legitimationsdefizit aus der unzureichenden Anwendung strafrechtlicher Verfahrensrechte und ruht die Begründung auf diesen beiden Argumenten, muss die Untersuchung deren Stichhaltigkeit kritisch überprüfen.

Im *zweiten* Teil findet daher eine dogmatische Legitimationskontrolle strafrechtlicher Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren aufgrund der *Rechtsnatur des Kartellrechts* bzw. des Kartellverfahrens statt.

Im *dritten* Teil wird die Legitimität der Verfahrensrechtereduktion aufgrund der *Unternehmereigenschaft* der Sanktionsadressaten analysiert.

Im *vierten* Teil soll ein verfahrenslegitimatorischer Vergleichsmaßstab aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten der EU zur

[148] Vgl. zum Konzept des Schutzbereichs, Eingriffs- und Schrankenregimes, in der EU-Grundrechtecharta: *Pietsch*, Das Schrankenregime, S. 49 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kontrolle des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellvorermittlungsverfahren im Wege der wertenden Rechtsvergleichung entwickelt werden.

Dieser soll im *fünften* Teil zur konkreten Überprüfung des Anwendungsumfangs des nemo tenetur-Grundsatzes im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren angewandt werden, um zu prüfen, ob sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ein höheres Verfahrensniveau ergibt. Zudem soll überprüft werden, ob die aufgefundene gemeinsame Verfassungstradition auch als allgemeiner Rechtsgrundsatz materielle Verbindlichkeit im Unionsrecht beanspruchen kann.

Im *sechsten* Teil sollen die Ergebnisse und Thesen der Untersuchung sodann zusammengefasst und die konkreten Schlussfolgerungen für die Neustrukturierung des Kartellermittlungsverfahrens veranschaulicht werden, um die Legitimationsdefizite so weit wie möglich zu überwinden. Zudem soll die Grundlage zur Übertragung der Untersuchungsmethodologie auf andere strafrechtliche Verfahrensrechte gelegt werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Teil

Schutzzweck, Eingriffs- und Legitimationszustand des europäischen Wettbewerbsrechts – *de lege lata*

In dogmatischer Hinsicht geht die Untersuchung davon aus, dass das Kartellsanktionsverfahren zur Verhängung einer Kartellsanktion ein legitimationsbedürftiges *Eingriffsverfahren* ist. Die in Kapitel II. der Grundrechtecharta verbürgten Freiheiten – sei es als allgemeines Freiheitsrecht in Art. 6 GRCh oder kartellrechtsspezifisch die Berufs- (Art. 15 GRCh), Unternehmens- (Art. 16 GRCh) oder Eigentumsfreiheit (Art. 17 GRCh) – werden durch die Kartellsanktion und die Ermittlungsmaßnahmen im Kartellvorermittlungsverfahren eingeschränkt. Geht man verfassungstheoretisch von der Freiheit des Unionsbürgers und des Unternehmens nach der Grundrechtecharta aus, ist nicht die Freiheitsausübung im Einzelfall, sondern bereits die Durchführung von Kartellermittlungsmaßnahmen als Eingriff in eine umfassende Freiheit begründungs- und legitimationsbedürftig.[1] Zur Überprüfung der Legitimität erscheint es dabei sowohl notwendig als auch zielführend, sich strukturell an der Verfassungsdogmatik zu orientieren und zunächst den Schutzzweck des europäischen Wettbewerbsrechts und dessen Eingriffsniveau näher zu beleuchten. Der Schutzzweck bildet dabei das rechtliche, wirtschaftliche und politische Legitimationsfundament der Eingriffe durch Kartellsanktionen und -ermittlungen. Davon unberührt bleibt die Frage der konkreten Reduktion des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte, die sich nur praktisch konkordant im Rahmen einer verhältnismäßigen Abwägung im Einzelfall mit den auch daher darzustellenden Schutzzwecken in Einklang bringen lassen.

1. Kapitel

Der Schutzzweck und das Eingriffsniveau des europäischen Wettbewerbsrechts

Den Untersuchungsgegenstand im weitesten Sinne bildet das – seit dem Vertrag von Lissabon in Titel VII, Kapitel 1, Abschnitt 1, (Art. 101 bis Art. 109 AEUV) primärrechtlich normierte – materielle unmittelbar anwendbare europäische Wettbewerbsrecht. Dessen herausragende wirtschaftliche

[1] *Rösinger*, Die Freiheit des Beschuldigten, S. 48 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und praktische Relevanz für im europäischen Binnenmarkt grenzüberschreitend tätige Wirtschaftssubjekte ergibt sich aus dem Schutzzweck des Wettbewerbsrechts – die Wettbewerbsfreiheit – und dessen imperative Durchsetzung. Mit der Kartellgeldbuße und den Kartellermittlungsbefugnissen hält das europäische Wettbewerbsrecht Sanktionsinstrumente vor, die erheblich in die Rechte von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen eingreifen. Sie dienen der Kommission zur Durchsetzung der europäischen Wettbewerbspolitik sowie zum wirksamen Schutz unserer Wirtschaftsordnung.[2] Um die Notwendigkeit der Eingriffsintensität der europäischen Kartellbuße und der europäischen Kartellermittlungsmaßnahmen begreifbar zu machen (§ 2), ist es erforderlich, zunächst überblicksartig die Schutzzwecke des europäischen Wettbewerbsrechts zu veranschaulichen (§ 1).

§ 1 Die Schutzzwecke des europäischen Wettbewerbsrechts

Das europäische Wettbewerbsrecht hat verschiedene Schutzzwecke und -funktionen (A.), die durch Zuwiderhandlungen unterminiert werden (B.). Beides gilt es zum besseren Verständnis aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht überblicksartig darzustellen. Die Bedeutung der Kartellermittlungen und -sanktionen kann nur vor dem Hintergrund deren jeweiliger Schutzzwecke erfasst werden.

A. Das europäische Wettbewerbsrecht als Teil der Wirtschaftsverfassung und als Rechtsgüterschutz

Das europäische Wettbewerbsrecht hat einen doppelten Schutzzweck:[3] *Zum einen* ist der Wettbewerb ein objektives Strukturelement unserer Wirtschaftsverfassung.[4] Dessen Notwendigkeit als ökonomisch vorteilhafte Institution entspringt der Erkenntnis, dass Wissen und Ressourcen begrenzt sind und im freien Spiel des Markts verteilt werden müssen.[5] *Zum anderen* ist dem Wettbewerb ein individueller Schutzzweck immanent, der in Art. 16 GRCh als unternehmerische Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit verbürgt ist.[6] Beide

---

[2] Vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 1 ff.; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 55, m. w. N.

[3] *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 34.

[4] *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 13.

[5] Vgl. *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 34 ff.

[6] Der EuGH gewährleistet die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit als Einzelausprägung der Berufsfreiheit, unter die er als allgemeinen Rechtsgrundsatz auch die Wettbewerbsfreiheit fasst, vgl. schon EuGH, U. v. 21.5.1987 – Rau v. BALM – verb. Rs. C-133 bis 136/85, ECLI:EU:C:1987:244, Rn. 15; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schutzzwecke vereint als das übergeordnete Unionsziel die Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarkts, der durch den Schutz des Wettbewerbs in seiner Funktion und Institution realisiert wird und sich hin zum Schutz jeder wirtschaftlichen Tätigkeit am Markt verästelt.[7]

I. Das Wettbewerbsrecht als Teil der Wirtschaftsverfassung

Das primäre wirtschaftsverfassungsrechtliche Ziel der Europäischen Union ist die Errichtung und Aufrechterhaltung eines funktionierenden gemeinsamen europäischen Binnenmarkts (Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV).[8]

Die Wettbewerbspolitik der EU verpflichtet sich nach Art. 119 Abs. 1, Abs. 3 AEUV der offenen Marktwirtschaft mit einem freien und damit auch ungestörten und unverfälschten Wettbewerb.[9] Der Wettbewerb avanciert nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV zum leitenden Grundprinzip der unionalen Wirtschaftsverfassung in einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft.[10] Konkretisiert wird Art. 3 EUV durch Art. 120 AEUV, wonach die Union im Einklang mit dem „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ handelt.[11]

Mit dem Vertrag von Lissabon wurde ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EG jedoch aufgehoben, der als Zielbestimmung ein „System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“, vorsah.[12] Unklar ist, ob der Wettbewerb – der bewusst abgeschwächt werden sollte[13] – damit kein selbst-

---

EUV-AEUV, Art. 16 GRCh, Rn. 1 ff.; *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 80.

[7] *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 39 ff.

[8] Zum von Eucken und Böhm geprägten Begriff der Wirtschaftsverfassung: *Hatje*, in: Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 803 ff.; vgl. auch *Classen/Nettesheim*, in: Europarecht, § 18, Rn. 1 ff.

[9] Vgl. schon oben unter Einleitung. 1. Teil 1. Kap. § 1 A.; vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 1 VO 1/2003.

[10] *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 13; *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 486.

[11] Teilweise wird daran eine sich im Vordringen befindliche interventionistisch-protektionistische Position festgemacht, die vor ökonomischen Stärke Chinas als strategischen Rivalen die EU als „Global Player“ aufbauen will, was sich auch an Diskussionen um die Notwendigkeit europäischer Kartelle zeigt, vgl. *Classen/Nettesheim*, in: Europarecht, § 18, Rn. 1.

[12] *Kling*, in: Kartellrecht, § 1, Rn. 2, der auf die Pressekonferenz des damaligen französischen Staatspräsidenten Nicolas Sarkozy hinweist, der zur Streichung von Art. 3 Abs. 1 lit. g EG ausführte, dass „Wettbewerb nicht länger ein Ziel der Union oder ein Zweck an sich, sondern ein Mittel [ist], um dem Binnenmarkt zu dienen.“; vgl. auch *Thomas*, JZ 2011, S. 485, 487.

[13] *Kling*, in: Kartellrecht, § 1, Rn. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ständiges Unionsziel mehr ist, sondern lediglich ein Vehikel zur Verwirklichung des Binnenmarkts.[14] Die identische Formulierung findet sich nunmehr allerdings in Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, das nach Art. 51 EUV Bestandteil der Verträge ist.[15] Ob mit der Verschiebung der „unverfälschte Wettbewerb" auch als Zielbestimmung inkorporiert wurde, ist unklar.[16] Überwiegend wird damit – aufgrund der identischen Ausrichtung des gemeinsamen Markts oder des Binnenmarkts – jedoch keine Abwertung oder Neuorientierung des Wettbewerbs verbunden.[17] Eine vertiefte Auseinandersetzung vermag an dieser Stelle jedoch dahinstehen, da die Anpassungen die materiellrechtlichen Verbote betreffen, die den Stellenwert des Wettbewerbs in seiner Funktion als Regelungssystem des Binnenmarkts unberührt lassen.[18]

Das Wettbewerbsrecht bildet zudem nach wie vor ein wesentliches ökonomisches Strukturelement des Binnenmarkts und – mit den Grundfreiheiten sowie den Grundrechten – als Teil des Funktionsgarantientrias den wesentlichen Kern der europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsverfassung.[19] Die *Grundfreiheiten* konstituieren nach Art. 26 Abs. 2 AEUV den gemeinsamen Binnenmarkt,[20] indem sie jedem Marktteilnehmer ein gerichtlich durchsetzbares Recht auf gleichberechtigte Teilhabe am grenzüberschreitenden freien Personen-, Waren-, Dienstleistungs-, Kapital- und Zahlungsverkehr garantieren und private und staatliche Handelshindernisse abbauen.[21] Hierunter fällt

---

[14] *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 2; *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 487.

[15] Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union – PROTOKOLLE – Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, Abl. 115 v. 9.5.2008, S. 0309-0309.

[16] Letzteres annehmend *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 3 EUV, Rn. 41; vgl. zu den Auswirkungen: *Drexl*, in: Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 908 f.; EuG, U. v. 27.09.2006 – *GlaxoSmithKline* – Rs. T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265, Rn. 118, m. w. N.; *Calliess*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, 1. Teil Grundlagen, Rn. 722; *Brinker*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 101 AEUV, Rn. 47; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 2 der dies aus der Streichung des Wettbewerbsschutzes im Vergleich zu ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EG schließt und hieraus Konsequenzen für die materiellen Kartellvorschriften fordert; *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 1. Einleitung A. II., Rn. 17, m. w. N.

[17] *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 39; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 3.

[18] *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 2.

[19] *Calliess*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, 1. Teil Grundlagen, S. 717; *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 3 EUV, Rn. 41 f.; *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 41.

[20] Vgl. *Hatje*, in: Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 815; *Rittner/u. a.*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 28.

[21] Warenverkehrsfreiheit: Art. 28 bis 37 AEUV, Personenfreizügigkeit: Art. 21 AEUV, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV, Dienstleistungsfreiheit: Art. 56

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auch die Wettbewerbsfreiheit.[22] Diese Rechte können lediglich aus Gründen des Allgemeinwohlschutzes und auch dann nur verhältnismäßig beschränkt werden.[23] Die *Grundrechte* sichern diese subjektiv-rechtlichen Handlungsfreiheiten der Marktteilnehmer, indem sie diesen einen rechtsstaatlichen Abwehrschutz vor unverhältnismäßigen Eingriffen gewähren.[24] Die *Wettbewerbsregelungen* gewährleisten die Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Binnenmarkts (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV), indem sie den Wettbewerb wirksam vor Verfälschung schützen (sog. *workable competition*)[25] und verhindern, dass die Grundfreiheiten, etwa aufgrund von Marktaufteilungen, durch private Barrieren und Marktmacht unterminiert werden.[26] Der Schutz des Systems unverfälschten Wettbewerbs wird wettbewerbsrechtlich durch Handlungsverbote in drei unmittelbar anwendbaren Grundtatbeständen konstituiert: (1) dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV, (2) dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV sowie (3) der Fusionskontrolle.[27] Das politische Leitbild der Kommission hat sich hinsichtlich dieser Verbote indes von der marktwirtschaftlichen Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zugunsten der Konsumentenwohlfahrt und des Verbraucherschutzes verschoben.[28] Insgesamt

---

AEUV, Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit Art. 63 AEUV; *Calliess*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, 1. Teil Grundlagen, Rn. 725.

22 *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 41.

23 Grundlegend: EuGH, U. v. 20.2.1979 – Cassis de Dijon – Rs. C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 8 u. 14.

24 *Calliess*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, 1. Teil Grundlagen, Rn. 727.

25 Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs bildet das wirtschaftswissenschaftliche Gegenstück zum „vollständigen Wettbewerb“ und wurde von *John Maurice Clark*, einem US-amerikanischen Ökonomen, entwickelt, vgl. *Kling*, in: Kartellrecht, § 2, Rn. 11, m. w. N.

26 Vgl. Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. v. 26.10.2012, C 326/309, zuvor geregelt in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG: „die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“, vgl. auch *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 486; EuGH, U. v. 13.7.1966 – *Consten und Grundig* – verb. Rs. C-56 und 58/64, ECLI:EU:C:1966:41, S. 388; EuGH, U. v. 25.10.1977 – Metro – Rs. C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167, Rn. 20; *Calliess*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, 1. Teil Grundlagen, Rn. 726; *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 3 EUV, Rn. 41 f.; *Classen/Nettesheim*, in: Europarecht, § 20, Rn. 3; *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 98, der das von Clark entwickelte Konzept im Überblick darstellt.

27 Die Fusionskontrolle bleibt hier außer Betracht. Sie ist funktional auf ein Gleichordnungsverhältnis zwischen der Kommission und den Unternehmen gerichtet und damit strukturell nicht mit dem Über-/Unterordnungsverhältnis im Rahmen des Kartellermittlungsverfahrens der VO 1/2003 vergleichbar.

28 *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 40 f.; *Classen/Nettesheim*, in: Europarecht, § 20, Rn. 4; *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 488, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hat der Wettbewerb damit weiterhin eine zentrale Bedeutung im Gefüge der unionalen Wirtschaftsverfassung.

II. Das Wettbewerbsrecht als Rechtsgüterschutz

Das europäische Wettbewerbsrecht dient darüber hinaus dem individuellen Rechtsgüterschutz, das den Wettbewerb als solchen und mit ihm die Handlungs- und die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer, das Vertrauen in den Wettbewerb sowie den Schutz der individuellen Konsumentenfreiheit, als Allgemeinrechtsgüter[29] zum Schutzzweck hat.[30] Besser als über dessen Definition lässt sich der Wettbewerb funktional über dessen Bedeutung begreifen.

1. Definition des Wettbewerbs

Das Rechtsgut des Europäischen Wettbewerbsrechts ist der freie Wettbewerb. Trotz seiner zentralen Bedeutung als „Dreh und Angelpunkt jeder marktwirtschaftlichen Ordnung“[31] sehen die Verträge und Unionsgerichte keine Legaldefinition vor. Die Wissenschaft hat jedoch verschiedene Beschreibungsversuche unternommen. Mit Hoppmann lässt sich der „Wettbewerb“ als „komplexes System von Marktprozessen, das aufgrund der Freiheit, an Marktprozessen teilzunehmen und innerhalb dieser nach eigenem Plan tätig sein zu können, herauswächst“, aber wohl nur unbefriedigend definieren.[32]

---

[29] Vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 4. Die Ausübung dieser Freiheiten bedingt und verästelt sich u. a. in der Gewerbe- und Berufsfreiheit.

[30] Vgl. zur Diskussion in Deutschland bereits *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 16 ff.; *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 34; *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 80; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 20, m. w. N.; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 14; *ders.*, in: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, S. 789 ff.

[31] *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 82.

[32] *Hoppmann*, Fusionskontrolle, S. 9; *Bunte* definiert den Wettbewerb als „dynamischen Prozess“, vgl. *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 42; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 29 sieht den Wettbewerb als das zu schützende Rechtsgut „im Sinne offener, von künstlichen Verfälschungen freier Marktprozesse, der eine Strukturbedingung einer gesamtwirtschaftlich vorteilhaften Entwicklung darstellt“ an; Wiedemann verweist auf weitere Definitionen und beschreibt Wettbewerb als „das selbstständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen“ oder als „die wirtschaftlichen Erfordernisse, Risiken und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, dass

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Letztlich hat sich jedoch auch die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Wettbewerb einer präzisen Definition aufgrund deren freiheitslimitierender Wirkung nicht zugänglich ist.[33] Jeder Positivierung wäre die Gefahr immanent, insbesondere neuere Formen des Wettbewerbs dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts zu entziehen.[34]

Konsequenterweise verbleibt die Möglichkeit einer abstrakt funktionalen Beschreibung, wonach Wettbewerb entsteht, wenn Rechtssubjekte im Wirtschaftsverkehr von ihrer Handlungsfreiheit Gebrauch machen.[35] Im Kern ist Wettbewerb dann das freie Streben wirtschaftlicher Einheiten nach zunehmenden Geschäftsverbindungen zu Dritten (Kunden oder Lieferanten), indem – durch die Anpassung von Wettbewerbsparametern[36] – ein von diesen Dritten gegenüber anderen Einheiten bevorzugtes Angebot erzeugt wird. Dies wird auch als dynamisches „Such- und Entdeckungsverfahren" mit ungewissem Ausgang bezeichnet.[37] Für Kling bedarf es hierzu dreier konstituierender Voraussetzungen: (1) die Existenz von Märkten (bzw. individueller Handlungsfreiheit in der Marktwirtschaft), (2) mindestens zwei Anbieter bzw. Nachfrager und (3) deren antagonistisches Streben, die eigene Marktposition zulasten des anderen zu verbessern.[38] Dieses freie Spiel von Angebot und Nachfrage, die daraus resultierende „Freiheit zur Ungleichheit",[39] stellt das leitende Grundprinzip der europäischen (Markt-)Wirtschaftsverfassung im gemeinsamen Binnenmarkt dar (Art. 3 Abs. 1 S. 1 EUV). Die Wettbewerbsfreiheit ist für Frenz daher konsequenterweise auch das primäre Ziel des euro-

---

die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder dort von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können" Faktisch sind diese Beschreibungen und divergierenden Positionen aufgrund der ökonomischen Komplexität und freiheitlichen Ausübung von Handelsbeziehungen nur von untergeordnetem Wert.

[33] *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3, Rn. 1; *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 42; *Rittner/u. a.*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 4; *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 82; *Kling*, in: Kartellrecht, § 2, Rn. 3; *Meessen/Kersting*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, Rn. 6.

[34] *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 82; *Kling*, in: Kartellrecht, § 2, Rn. 3.

[35] *Kling*, in: Kartellrecht, § 2, Rn. 2, m. w. N.; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 5.

[36] Als solche kommen primär der Preis, Lieferzeit, Qualität, Produktionsmenge, Design oder sonstige Zusatzleistungen, wie Garantien, in Betracht, vgl. *Meessen/Kersting*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, Rn. 7.

[37] *Kling*, in: Kartellrecht, § 2, Rn. 4 unter Verweis auf Friedrich A. v. Hayek.

[38] *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 82, m. w. N.

[39] *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 486.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

päischen Kartellrechts, noch vor dessen Effizienzsteigerung und Konsumentenwohlfahrt.[40] Sie ist beseelt von der Überzeugung, dass gesellschaftlicher Wohlstand für den Einzelnen – jedenfalls als Rechtsreflex – am ehesten durch freien Wettbewerb entsteht (*consumer welfare*).[41] Die Union folgt damit der ordoliberalen sog. Freiburger Schule, die den Leistungswettbewerb als rechtlichen Ordnungsrahmen zur Erreichung höchster marktwirtschaftlicher Leistungsfähigkeit bei gleichzeitig größtmöglicher privatautonomer Freiheit der Marktteilnehmer postuliert.[42] Aus dieser funktionalen Betrachtung lassen sich für die Untersuchung relevante Funktionen des Wettbewerbs ableiten, die die Kommission mit dem Wettbewerbsrecht zu schützen versucht.

2. Funktionen des Wettbewerbs

Die Funktionen des Wettbewerbs sind mannigfaltig und lassen sich kaum trennscharf abgrenzen. Für die ineinander verwobenen Funktionen lassen sich allerdings Obergruppen bilden. Dem Wettbewerb – und damit dem Wettbewerbsrecht – kommt eine wirtschaftliche (a)), gesellschaftspolitische (b)) und integrative (c)) Schutzfunktion zu.[43]

a) Wirtschaftliche Funktion

Dem Wettbewerb kommt als zentraler Koordinierungsmechanismus der Marktwirtschaft primär eine wirtschaftliche Funktion zu.[44] Unter der Marktwirtschaft versteht man allgemein:

> „[…] ein ökonomisches System, das ohne jede obrigkeitliche Lenkung auskommt, bei dem vielmehr die Lenkung der gesellschaftlichen Kooperation einem Mechanis-

---

40 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 11.

41 Die Verbraucherwohlfahrt stellt dabei regelmäßig nicht das Hauptziel des Wettbewerbs, vgl. auch *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 80.

42 *Classen/Nettesheim*, in: Europarecht, § 20, Rn. 3; *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 39; *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 77, 96 ff.; Hoppmann beschreibt das Konzept der Freiheit des Wettbewerbs als Freiheit zum Vorstoß in technisches, organisatorisches und ökonomisches Neuland, das die Schaffung neuer Güter, Verfahren und Märkte beinhaltet und damit die Freiheit zu ökonomischem Fortschritt; *Hoppmann*, JbNSt 179, S. 286, S. 289 f.; vergleichbar für die Schweiz *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 106.

43 *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 13 f.; *Hoppmann*, JbNSt 179, S. 286, S. 289 ff.; *Wiedemann*, in: Handbuch des Kartellrechts, § 1, Rn. 2.

44 *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 13 f.; *Rittner/u. a.*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 12; vgl. auch *Böhm*, Demokratie und ökonomische, S. 3 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mus, nämlich dem Marktpreissystem anvertraut wird, der die ihm übertragene Lenkungsaufgabe automatisch besorgt."[45]

Indem der Marktpreis zum zentralen Steuerungssystem stilisiert wird, fungiert der freie Wettbewerb um den besten Preis als Garant der Preisoptimierung und Faktorallokation[46] (sog. statische Effizienz) zur Steuerung der Produktionsfaktoren.[47] Durch die optimale Bedarfsdeckung und Verteilung begrenzter Ressourcen soll letztlich ein höherer Lebensstandard aller erreicht werden.[48] Der Wettbewerb soll gleichsam zu einer leistungsgerechten Einkommensverteilung (Anreizfunktion) sowie der Souveränität der Konsumenten führen, die frei zwischen Angeboten wählen können und leistungsschwache Anbieter aus dem Markt verdrängen sollen (Selektionsfunktion). Dieser Wettbewerbsdruck soll die Anpassungsflexibilität der Marktteilnehmer fordern und fördern sowie Innovationsanreize setzen (sog. dynamische Effizienz).[49] Insoweit wird Wettbewerb einschränkend als dynamischer Marktprozess begriffen, der Innovation durch marktbeherrschende Einzelunternehmen nicht gänzlich verhindern darf, aber durch ständigen Wettbewerbsdruck letztlich zur Marktangleichung führt.[50] Wettbewerb steuert und ordnet ökonomische Prozesse damit durch kontinuierlichen Leistungsdruck zur Verbesserung des Angebots und der Neu- und Umverteilung von Marktmacht.[51]

Vor dem Hintergrund dieser Steuerungsfunktion für die Gesamtwirtschaft lässt sich die Schutzwürdigkeit des Allgemeinrechtsguts „Wettbewerb" durch die Rechtsordnung begreifen.[52] Auf dessen institutionellem und strukturellem Erhalt als bestehendes wirtschaftliches Ordnungsprinzip zielen staatliche Eingriffe durch kartellrechtliche Ermittlungsmaßnahmen und -sanktionen daher primär ab (Institutionsschutz).[53] Nahtlos fügt sich hieran auch die Entwicklung zu einem „more economic approach" – einer verstärkten Ausrich-

---

45 *Böhm*, Demokratie und ökonomische, S. 3; *Kling*, in: Kartellrecht, § 2, Rn. 2, m. w. N.

46 Unter Faktor- oder Ressourcenallokation versteht man die effektivste Verteilung knapper, also begrenzter Ressourcen zur Produktion von Gütern und Dienstleistungen.

47 Vgl. *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 81 ff.; *Classen/Nettesheim*, in: Europarecht, Rn. 3; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 19.

48 Vgl. *Classen/Nettesheim*, in: Europarecht, Rn. 3.

49 *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 35; *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 84.

50 *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 4; *Classen/Nettesheim*, in: Europarecht, Rn. 3.

51 *Wiedemann*, in: Handbuch des Kartellrechts, § 1, Rn. 2.

52 *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 17.

53 Vgl. EuGH, U. v. 26.6.1980 – National Panasonic – Rs. C-136/79, ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 20; *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 2 f.; *Kling*, in: Kartellrecht, § 1, Rn. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tung an ökonomischen Grundsätzen – an, die zugleich immer mehr den Verbraucherschutz, die Konsumentenwohlfahrt und den sozialen Aspekt der Marktwirtschaft mit in den Blick nimmt.[54] Dies ist jedoch kein Selbstzweck.[55] Thomas betont, dass eine rein ökonomisierende Betrachtung des Wettbewerbs, die nur die Verwirklichung des Binnenmarkts, den Verbraucherschutz und die Wohlfahrtsmaximierung in den Blick nimmt, zu kurz greift.[56] Genauso bedeutsam ist der Schutz des Wettbewerbs an sich.[57] Ritter konstatiert insoweit, dass es einen Markt ohne Wettbewerb nicht gibt.[58] Der Wettbewerb bildet so das wirtschaftliche Fundament, auf dem Unternehmen ihre Wirtschaftsfreiheit ausüben.

b) Gesellschaftspolitische Funktion

Damit kommt dem Wettbewerb eine gesellschaftspolitische Freiheits- und Entmachtungsfunktion zu. Einerseits verlangt und fördert der Wettbewerb die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit von Produzenten und Konsumenten, die, „von unsichtbarer Hand" geführt, selbst und frei entscheiden, welche Wettbewerbsparameter angeboten und nachgefragt werden (Freiheitsfunktion).[59] Der Wettbewerb ist daher nicht nur ökonomisches Funktionsprinzip, sondern ein selbstständiger Freiheitswert,[60] dessen Sicherung als gesellschaftliches Ord-

---

54 *Kamann/Miller*, NZKart 2016, S. 405, S. 407. Zur Entwicklung des „more economic approach" *Zimmer*, in: FS Canenbley, S. 526; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 29, was sich auch auf die Auslegung der Wettbewerbsregeln auswirkt; *Bunte*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einleitung, Rn. 36; *Classen/Nettesheim*, in: Europarecht, Rn. 4.

55 Kritisch *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 486.

56 *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 487; *Zimmer*, in: FS Canenbley, S. 527 f.; dieser verweist insoweit auf die Rechtsprechung des EuG, U. v. 27.09.2006 – GlaxoSmithKline – Rs. T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265, Rn. 118 ff., in der das Gericht einen Verstoß gegen die Art. 81 Abs. 1 EG zunächst mit dem Verweis auf den fehlenden bezweckten Nachteil des Endverbrauchers verneinte. Dem hat der EuGH im U. v. 6.10.2009 – GlaxoSmithKline u. a. – Rs. C-501/06 P u. a., ECLI:EU:C:2009:610, Rn. 63, jedoch den Riegel vorgeschoben. Die Wettbewerbsregeln seien „[…] nicht nur dazu bestimmt […], die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen" Dies setze nicht voraus, „[…] dass dadurch den Endverbrauchern die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs […] vorenthalten werden".

57 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 29.

58 *Ritter*, WUW 2007, S. 967, S. 967.

59 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3, Rn. 4, Wettbewerb entsteht, wo Unternehmer oder Verbraucher von ihren Handlungsfreiheiten im Wirtschaftsverkehr Gebrauch machen; *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 486; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 27 ff.

60 *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 486.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nungsprinzip ein staatlicher Schutzauftrag ist.[61] Hoppmann unterscheidet dabei einerseits zwischen der Wettbewerbsfreiheit als selbstständigem Ziel, also der Freiheit zu Innovation, Imitation und der Wahlfreiheit der Verbraucher als Äquivalent einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung, und dem Wettbewerb als Garant ökonomischer Vorteile wie der Kostenreduktion, Qualitäts- und Innovationssteigerung und Diversifizierung der Produkte andererseits.[62] Dem Wettbewerb kommt durch den Schutz der Wettbewerbsfreiheit der Unternehmen damit auch eine wesentliche Individualschutzfunktion zu, die im engen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Kontext der europäischen Grundfreiheiten steht.[63]

Demgegenüber begrenzt funktionierender Wettbewerb für Böhm aber auch wirtschaftliche Macht (sog. Entmachtungsfunktion).[64] Dabei hat sich die paradox anmutende Erkenntnis durchgesetzt, dass sich (wirtschaftliche) Freiheit selbst aufhebt, wenn sie nicht begrenzt wird.[65] Eine ungezügelte wirtschaftliche Dispositionsfreiheit und intensiverer Wettbewerb begünstigen die Konzentration von Marktmacht in Form von Kartell- und Monopolbildung, die den freien Wettbewerb aufheben und Wettbewerbsparameter wie Preis, Absatzmenge oder den Absatzmarkt zu ihren Gunsten festsetzen.[66] Gerade im von wirkmächtigen Akteuren beherrschten digitalen Sektor manifestiert sich diese Entmachtungsfunktion, wenn einzelne Unternehmen ihre vermeintlich unumstößliche Marktmacht durch technische Innovationen Dritter oder verändertes Konsumentenverhalten in kurzer Zeit einbüßen.[67] Der DMA scheint diese Entmachtungsfunktion von „Gatekeepern" und die Bestreitbarkeit des Wettbewerbs im digitalen Bereich zu sekundieren. Indem er die Konzentration von Marktmacht und absolute Machtpositionen verhindern will,[68] hat der Wettbewerb eine (Chancen-)Gleichheitsfunktion, die Benachteiligungen einzelner Marktteilnehmer verhindert, indem gleichförmige Wettbewerbsbedin-

---

61 *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 487.

62 *Hoppmann*, Fusionskontrolle, S. 18 ff.; vgl. auch *Kling*, in: Kartellrecht, § 2, Rn. 19 ff.

63 *Kling*, in: Kartellrecht, § 1, Rn. 4.

64 *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 84; *Kling*, in: Kartellrecht, § 2, Rn. 26; *Böhm*, in: Kartelle und Monopole, S. 22. Böhm beschreibt den Wettbewerb als „das großartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte".

65 *Drexl*, in: Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 906 f.

66 Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3, Rn. 13.

67 *Zimmer* verweist etwa auf die sozialen Netzwerke und darauf, dass „SchülerVZ" oder „StudiVZ" durch „Facebook" und „WhatsApp" abgelöst wurden, *Zimmer*, WUW 2014, S. 923; *Körber*, WUW 2015, S. 120, S. 127; *Kling*, in: Kartellrecht, § 2, Rn. 26 ff.; *Wiedemann*, in: Handbuch des Kartellrechts, § 1, Rn. 2.

68 *Wiedemann*, in: Handbuch des Kartellrechts, § 1, Rn. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gungen geschaffen und erhalten werden.[69] In dieser permanenten De- und Regeneration von Marktmacht, die erst durch die ökonomische Auslesefunktion ermöglicht wird, zeigt sich die Verknüpfung zur wirtschaftspolitischen Funktion.[70] Mit der Aufhebung des Wettbewerbs kann dieser seine Funktionen nicht mehr erfüllen, was letztlich zum Verlust der wirtschaftlichen Freiheit anderer Marktteilnehmer führt (sog. Wohlfahrts- oder Allokationsverlust; vgl. *deadweight loss*).[71] Die gesellschaftspolitische limitierende Funktion des Kartellrechts liegt daher im Erhalt der Wirtschaftsfreiheit, indem sie beschränkt wird, sobald der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Der Schutz vor Verfälschung des Wettbewerbs soll so Schäden für Unternehmer und Verbraucher abwenden und „zum wirtschaftlichen Wohl der Gemeinschaft beitragen".[72]

c) Integrations- und Entwicklungsfunktion

Nicht zuletzt, sondern historisch zuerst kommt dem Wettbewerb als Funktionsgarantie des Binnenmarkts und dem Wettbewerbsrecht als dessen Schutzmechanismus eine Integrations- und Entwicklungsfunktion zu. Als „Herzstück der europäischen Integration" schafft der Binnenmarkt den wirtschaftlichen Nährboden für politische Annäherung und Vereinheitlichung in den Mitgliedstaaten.[73] Das Credo der politischen Integration, durch wirtschaftliche Integration, lässt sich entstehungsgeschichtlich an der Entwicklung der EU aus einer Rohstoffhandelsgemeinschaft (der EGKS) nach dem Zweiten Weltkrieg nachvollziehen.[74] Das Europäische Wirtschaftsbündnis war nie ein Selbstzweck, sondern stets auch friedenssicherndes Integrationsprojekt, das der kontinuierlichen harmonisierenden Realisierung bedarf.[75]

Der historische Kontext des Wettbewerbs darf den Blick auf dessen dynamische Entwicklungs- und Innovationsfunktion jedoch nicht verstellen.[76] Durch die kontinuierliche dynamische Veränderung der Wettbewerbsparame-

---

69 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 30 ff.

70 Vgl. *Wiedemann*, in: Handbuch des Kartellrechts, § 1, Rn. 2.

71 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 8, Rn. 11.

72 EuGH, U. v. 17.2.2011 – TeliaSonera Sverige – Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 20 f.

73 Vgl. *Calliess*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, 1. Teil Grundlagen, Rn. 721 ff.; *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 485; *Kamann/Miller*, NZKart 2016, S. 405, S. 407.

74 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 2, Rn. 2 ff.; *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 485 ff.; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 18 ff.

75 Vgl. Präambel des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) v. 18.4.1951.

76 *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 84.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ter schützt der Wettbewerb nicht nur den aktuellen, sondern auch den potenziellen Wettbewerb. Diese Bestreitbarkeit der Märkte (sog. *contestable markets*) sorgt dafür, dass bestehende Marktmacht gebrochen und neuen innovativen Wettbewerbern der Marktzutritt ermöglicht wird.[77] Diese Entwicklungsfunktion soll durch die Selbststeuerungskräfte des Wettbewerbs selbst und nicht durch freiheitsbeschränkende Eingriffe erzielt werden.[78]

Das Wettbewerbsrecht vereint die Integrations- und Entwicklungsfunktion an dem – als das älteste und heute am weitesten entwickelten Sanktionensystem der EU und als Prototyp eines genuin europäischen Strafrechts *de lege ferenda* – der Integrationsfortschritt der Union ablesbar sein soll.[79] In diesem Zusammenhang wurde bereits auf die Bedeutung des Wettbewerbsrechts – als einer der wenigen Bereiche, in denen überhaupt genuine supranationale Sanktionskompetenzen bestehen[80] – für andere innovative Entwicklungsbereiche der Union hingewiesen.[81]

d) Zwischenergebnis

Die hier nur angedeuteten wirtschaftswissenschaftlichen Grundfunktionen des Wettbewerbs – und damit des Wettbewerbsrechts – verdeutlichen in ihrer Gesamtschau die Notwendigkeit eines effektiven Schutzes für den Erhalt des marktwirtschaftlichen Ordnungssystems unserer Gesellschaft mit allen dargestellten Facetten.

3. Resümee

Der Wettbewerb hat – obschon er einer präzisen Definition kaum zugänglich ist – neben der Erreichung des gemeinsamen Binnenmarkts weitere Funktionszwecke, die für den wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und integrativen Fortbestand der Union von zentraler Bedeutung sind. Der europäische Gesetz-

---

[77] *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 85; vgl. zum Begriff auch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26, Rn. 76.

[78] *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 85, m. w. N.

[79] *Alber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Vor. Art. 48 – 50 GRCh, Rn. 2; *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 1, Rn. 5 ff.

[80] Vgl. schon *Arhold*, EuZW 1999, S. 165, S. 165. Seine Wurzeln liegen in den finanziellen Sanktionen, den „sanctions pécuniaires“ der EGKS, vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 5; *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 485; *Dannecker/Schröder*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 8 Rn. 246, m. w. N.; andere Bereiche sind etwa Art. 132 Abs. 3 AEUV, der eine Geldbuße durch die Europäische Zentralbank vorsieht, oder indirekt Art. 83 DSGVO, der eine Bußgeldkompetenz für die nationalen Aufsichtsbehörden vorsieht.

[81] Vgl. oben unter Einleitung B. III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

geber gibt durch die konkrete Ausgestaltung und die Kommission durch die Anwendung des materiellen Kartellrechts – unter Berücksichtigung dieser Funktionen – den wirtschaftlichen Ordnungsrahmen der Wirtschaftsverfassung vor.[82] Der Schutz des Wettbewerbs als Rechtsgut dient diesen Zielen und damit dem Erhalt der Struktur des Markts und des Wettbewerbs. Paradoxerweise muss dieser Schutz durch Freiheitseinschränkungen erfolgen, indem der Wettbewerb als solcher der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit der Marktteilnehmer entzogen wird.

III. Ergebnis

Die Untersuchung hat den Wettbewerb in seiner Doppelfunktion herausgearbeitet, der als Strukturelement des gemeinsamen Binnenmarkts Teil der europäischen Wirtschaftsverfassung ist und der Verwirklichung der Grundfreiheiten dient. Daneben ist der Wettbewerb auch ein freiheitliches Allgemeinrechtsgut, mit divergierenden, sich überlappenden und sich ergänzenden Funktionen zur Realisierung einer sozialen Marktwirtschaft.[83] Vor diesem Hintergrund wird der parallele Schutzzweck des europäischen Wettbewerbsrechts deutlich, der in der Aufrechterhaltung des freien, wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs als Institution und im konkreten Freiheitsanspruch der einzelnen Marktteilnehmer und Verbraucher liegt.[84] Dem Wettbewerb sowie dem Wettbewerbsrecht kommt daher eine kaum zu überschätzende Bedeutung zu, deren legitimer Schutz von hoher gesellschaftlicher Relevanz ist.

---

[82] *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 3, für das deutsche GWB.

[83] Mit weiteren Nachweisen des von Alfred Müller-Armack geprägten Begriffs: *Kling*, in: Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, S. 81.

[84] Schlussanträge GA Wahl v. 21.5.2015 – AC-Treuhand – Rs. C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:350, Rn. 45: „Das Ziel der Regeln im Bereich des Wettbewerbs besteht im Großen und Ganzen darin, sicherzustellen, dass die Auswirkungen des freien Wettbewerbs, die das Gegenstück zur Öffnung der Märkte bilden, nicht durch Maßnahmen im weiten Sinne verfälscht werden, die dazu führen, dass bestimmte Unternehmen begünstigt oder benachteiligt werden, und die sich letztlich als für die Verbraucher nachteilig herausstellen"; EuGH, U. v. 4.6.2009 – T-Mobile Netherlands – Rs. C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 38; EuGH, U. v. 21.2.1973 – Europemballage Corporation and Continental Can Company – Rs. C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26, unter Verweis auf die „competition structure" (= *Wettbewerbsstruktur*); EuGH, U. v. 26.6.1980 – National Panasonic – Rs. C-136/79, ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 20; *Kamann/Miller*, NZKart 2016, S. 405, S. 407.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Zuwiderhandlungen als Eingriffe in den Schutzzweck des Wettbewerbs

I. Zu untersuchende Arten von Zuwiderhandlungen

Die Schutzzwecke des Wettbewerbs werden durch Zuwiderhandlungen konterkariert. Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts ist demnach spiegelbildlich eröffnet, wenn Zuwiderhandlungen die Selbstständigkeit der Marktregulierung aufzuheben drohen. Dies ist der Fall bei Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb beschränken (Art. 101 Abs. 1 AEUV), der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt (Art. 102 AEUV) sowie Zusammenschlüssen, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde oder die zu einer beherrschenden Stellung führen würden (Art. 2 Abs. 3 Fusionskontrollverordnung, FKVO).[85] Sie sind Eingriffe in den Wettbewerb.

Die Untersuchungsfrage gebietet jedoch den Ausschluss des Fusionskontrollverfahrens vom Untersuchungsgegenstand. Zum einen betrifft der Pönalisierungsvorwurf nur das Kartellermittlungsverfahren nach der VO Nr. 1/2003. Dessen imperative, kontradiktorische und auf Aufklärung gerichtete Zielsetzung ist zum anderen strukturell nicht mit dem präventiven, auf Gleichordnung der Parteien und Kooperation gerichteten Fusionsverfahren vergleichbar. Zur Untersuchung des kriminalstrafrechtlichen Charakters ist daher auf die höchsten Geldbußen für die schwersten Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 und 102 AEUV abzustellen. Der Fokus ist mithin insbesondere auf sog. *hard-core*-Verstöße zu richten, deren Begriff und Auswirkungen in gebotener Kürze aufzuzeigen sind.

II. Begriff der horizontalen „hard-core"-Zuwiderhandlungen

Der Begriff der Kernbereichsbeschränkung (sog. *hard-core*-Kartellverstoß) ist nicht legaldefiniert.[86] Gemeint sind damit Verstöße gegen das materielle Kartellverbot, die besonders schwerwiegend in die Freiheit des Wettbewerbs eingreifen und erheblichen wirtschaftlichen Schaden verursachen.[87] Die OECD versteht hierunter Preis- und Submissionsabsprachen, Ausbringungs-

---

[85] Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl. Nr. L 24.

[86] *Hüschelrath/u. a.*, Schadensermittlung und Schadensersatz, S. 19, mit einigen Definitionsversuchen von „Kartellen", etwa „association of firms that explicitly agrees to coordinate its activities".

[87] *Hösch*, Der schadensrechtliche Innenausgleich, S. 33.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und Quotenabsprachen sowie die Aufteilung von Kunden, Lieferanten, Liefergebieten und Vertriebskanälen.[88] Annäherungsweise definiert die ECN+-Richtlinie das „geheime Kartell" als:

> „[…] eine Absprache oder eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter durch Verhaltensweisen wie unter anderem – aber nicht ausschließlich – die Festsetzung oder Koordinierung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, auch im Zusammenhang mit den Rechten des geistigen Eigentums, die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten, die Aufteilung von Märkten und Kunden einschließlich Angebotsabsprachen, Ein- und Ausfuhrbeschränkungen oder gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbsschädigende Maßnahmen; […] dessen Bestehen ganz oder teilweise verborgen ist."[89]

Derartige *hard-core*-Kartellverstöße sind primär in Art. 101 Abs. 1 lit. a bis e AEUV genannt und umfassen *horizontale* Absprachen oder Vereinbarungen – zwischen auf einer Marktstufe im Wettbewerb stehenden konkurrierenden Unternehmen[90] – über Preise oder Produktionsmengen sowie Kunden oder Marktaufteilung, insbesondere in Form der Submissionsabsprache.[91] Aufgrund ihrer bezweckten wettbewerbsbeschränkenden Wirkung und der ihnen immanenten Eingriffsintensität gehen von horizontalen Kernbeschränkungen keine positiven Marktimpulse aus, weshalb sie keiner Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zugänglich sind und ohne Weiteres dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallen.[92] Aus der enormen wirtschaftlichen Schädlichkeit von *hard-core*-Kartellverstößen für Verbraucher und andere Marktteilnehmer resultiert ein hoher wettbewerbsrechtlicher Unwertgehalt.[93] In der Folge werden Kernbeschränkungen regelmäßig besonders schwer sanktioniert und fallen dementsprechend am ehesten in den Bereich

---

[88] OECD, Übersicht Bekämpfung von Kartellen 2002, S. 1, S. 1.

[89] Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten in Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, Abl. L 11/3, 2019, Art. 2 Abs. 1 Ziff. 11. u. 12.

[90] *Vertikale* Absprachen betreffen dagegen den Hersteller oder Lieferanten und den (vertikal darunterliegenden) Abnehmer, die nicht auf demselben Markt konkurrieren. Vertikale Verstöße sind daher weniger gravierend, denn Abnehmer können den Lieferanten wechseln. Diese Möglichkeit ist bei horizontalen Absprachen künstlich ausgeschlossen, da sich alle Lieferanten auf einen Preis geeinigt haben.

[91] *Bräunig*, HRRS 2011, S. 426.

[92] *Kling*, in: Kartellrecht, § 5, Rn. 109.

[93] Zur Übersicht über die weltweiten Kartellbußen entfallen 2021 35,4 % oder 3,4 Mrd. Euro auf *hard-core*-Kartelle und von diesen im Wesentlichen Ausschreibungs- und Preiskartelle, vgl. *Galle/Kolf*, CCZ 2022, S. 178, S. 179; *Kling*, in: Kartellrecht, § 5, Rn. 109.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der kriminalstrafrechtlichen Sanktionen.[94] Der Fokus der Untersuchung soll daher auf *hard-core*-Kartellverstöße gerichtet werden, deren konkrete Wirtschaftsschädlichkeit genauerer Betrachtung bedarf.

III. Auswirkungen horizontaler „hard-core"-Zuwiderhandlungen

Die Auswirkungen horizontaler „hard-core"-Zuwiderhandlungen lassen sich im Einzelnen empirisch kaum belegen. Erheblichen Preisgewinnen für Unternehmen stehen dabei eine nur geringe Aufdeckungswahrscheinlichkeit und komplexe Sachverhaltsermittlungen gegenüber.

1. Volkswirtschaftliche Schäden von Kartellen

An der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit von Kartellen besteht nicht nur in der Volkswirtschaftslehre kein Zweifel.[95] Sie führen volkswirtschaftlich zu einem Verlust *allokativer*, *produktiver* und *dynamischer* Effizienz, die sich aus einem Vergleich zum hypothetischen Wettbewerbsmarkt ergibt.[96] Der Verlust von allokativer Effizienz entsteht, wenn Preise und Produktionsmengen von den Wettbewerbspreisen und -mengen abweichen und einen Nachfragerückgang bewirken.[97] Aus der künstlichen Mengenverknappung resultiert ein Wohlfahrtsverlust (sog. *dead-weight loss*), da weniger Konsumenten den nunmehr erhöhten Kartellpreis bezahlen können.[98] Der Absatzrückgang kann auch die nachfolgende vertikale Lieferkette betreffen oder indirekt auch hier zu höheren Preisen „unter dem Schirm" der horizontalen Kartellanten führen, die ihre Preise dem Kartellpreis anpassen (sog. *umbrella-effect*).[99] Nicht zuletzt führt der geringere Investitionsdruck zum Ausbleiben ökonomischer und produktiver Effizienzverbesserungen (produktive und dynamische

---

94 Vgl. *Kling*, in: Kartellrecht, § 4, Rn. 109.

95 *Haucap/Stühmeier*, WUW 2008, S. 413, S. 413; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 20, m. w. N.

96 *Haucap/Stühmeier*, WUW 2008, S. 413, S. 414 f. *Allokative Ineffizienz* meint die aus dem veränderten Marktpreis und der Marktmenge resultierende suboptimale Verteilung der vorhandenen knappen Ressourcen. *Produktive Ineffizienz* meint, dass Ressourcen nicht optimal (i. S. v. kosteneffizient) in der Produktion verwendet werden und daher zu hohe Produktionskosten verursachen. *Dynamische Ineffizienz* bedeutet, dass aufgrund der Wettbewerbsmanipulation kein Innovations- und Investitionsanreiz besteht.

97 *Haucap/Stühmeier*, WUW 2008, S. 413, S. 414 f.

98 *Hösch*, Der schadensrechtliche Innenausgleich, S. 36 f.

99 *Haucap/Stühmeier*, WUW 2008, S. 413, S. 421.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ineffizienz).[100] Die Europäische Kommission umschreibt dies etwas verständlicher:

> „Indem Unternehmen den Wettbewerb, dem sie sich eigentlich stellen müssten, künstlich beschränken, entziehen sie sich dem Druck, der sie zu Innovationen im Bereich der Produktentwicklung oder zu wirksameren Produktionsverfahren veranlasst. Gleichzeitig führen diese Verhaltensweisen zu einer Verteuerung der von diesen Unternehmen gelieferten Rohstoffe und Produkte. Sie führen letztendlich zu höheren Preisen und einer verminderten Auswahl für den Verbraucher. Langfristig schwächen sie die Wettbewerbsfähigkeit und wirken sich negativ auf die Beschäftigung aus.“[101]

Gleichwohl gestaltet sich die konkrete Verlustermittlung – mithin der genaue Schaden – in der Praxis als komplexes Unterfangen. Selbst volkswirtschaftliche Untersuchungen müssen konzedieren, dass sich empirisch präzise Aussagen über die Effekte von *hard-core*-Kartellverstößen auf das Preisniveau kaum machen lassen.[102] Dies liegt auch daran, dass der volkswirtschaftliche Schaden von weiteren Kriterien abhängt, etwa der Dauer des Kartells und dem Ausmaß der Preiserhöhung.[103] Die konkrete Sozialschädlichkeit wird zudem von verschiedenen Marktkriterien beeinflusst, beispielsweise der Elastizität der Marktnachfrage oder der rechtmäßigen Preisanpassungsmacht der Unternehmen, und bedarf daher der relativierenden Einzelfallbetrachtung, die nur bei ausdrücklichen Absprachen auf Märkten mit hoher Wettbewerbsintensität adäquat funktioniert.[104] Wälzt beispielsweise der eigentlich kartellgeschädigte Zwischenhändler von Lkw die Kartellpreiserhöhung an den Endkunden ab (sog. *passing-on*), bleibt fraglich, ob ein einklagbarer Schaden beim Zwischenhändler verbleibt oder der Schadensersatzbeklagte erfolgreich geltend machen kann, der Schadensersatzanspruch sei durch die Weitergabe des Preisaufschlages ganz oder teilweise erloschen.[105]

---

100 *Hösch*, Der schadensrechtliche Innenausgleich, S. 38, m. w. N.

101 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 198/17 v. 8.12.2006, Einleitung Nr. 2.

102 *Haucap/Stühmeier*, WUW 2008, S. 413, S. 417.

103 *Haucap/Stühmeier*, WUW 2008, S. 413, S. 416, m. w. N. darüber, wie genau der Schaden volkswirtschaftlich entsteht. Eine exakte Darstellung ist hier indes nicht erforderlich, sodass darauf verzichtet wird. Nach überwiegender Ansicht liegt jedenfalls ein volkswirtschaftlicher Nachteil vor, auch wenn dessen konkrete Bezifferung komplex sein mag.

104 *Haucap/Stühmeier*, WUW 2008, S. 413, S. 418 f.; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 13.

105 Das deutsche Wettbewerbsrecht behilft sich hierbei mit der widerleglichen Vermutung, dass ein Kartellschaden entstanden ist, § 33a Abs. 2 S. 1 GWB, und dass die Weiterveräußerung nicht von vornherein den Schaden ausschließt, § 33c Abs. 1 S. 1 GWB. Findet eine Schadensabwälzung tatsächlich statt, die u. U. gesetzlich zugunsten des mittelbaren Abnehmers vermutet wird, vgl. § 33c Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 33c Abs. 2, Abs. 3 GWB, ist der Schaden beim (unmittelbaren) Abnehmer jedoch entfal-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Generell lässt sich konstatieren, dass Kartelle den Wettbewerbsdruck mindern und Preise erhöhen.[106] Die Komplexität der Bestimmung volkswirtschaftlicher Schäden, die Analyse des relevanten Markts und die Berechnung der Schwere des Kartells gestalten sich für die Europäische Kommission als aufwendig, was deren Aufgabe, den Wettbewerb effektiv zu schützen, zunehmend erschwert.

2. Unternehmerische Vorteile von Kartellen

Den volkswirtschaftlichen Schäden stehen unternehmerische Vorteile der Kartellanten gegenüber. Konsequenterweise ist auch die wirtschaftswissenschaftliche Berechnung der diesbezüglichen Auswirkungen von *hard-core*-Kartellverstößen komplex und empirisch nicht präzise belegbar. Es gibt jedoch Annäherungswerte.

a) Kartellpreisgewinne

Vertreten wird von der Verneinung aller Auswirkungen über Preiserhöhungen im Mittel zwischen 14% und 30% recht viel.[107] Die „Impact Study" geht von volkswirtschaftlichen Schäden, die sich aus dem Nettotransfer von Verkäufer zu Käufer und dem Wohlfahrtsverlust zusammensetzen, von 0,15% und 2,3% des jährlichen Bruttosozialproduktes der EU aus.[108] Die *Oxera*-Studie aus dem Jahr 2009 geht von um 18% bis 20% erhöhten Kartellpreisen aus.[109] Connor und Lande kommen auf Werte von 25%,[110] andere auf 30%.[111] Insgesamt gehen Studien von einem durchschnittlichen Kartellpreisaufschlag zwischen 10% und 30% gegenüber dem eigentlichen Wettbe-

---

len. Die Neuregelung der passing-on defence in der 10. GWB-Novelle dient der Umsetzung, hier von Art. 13 S. 1 der europäischen Kartellschadensersatzrichtlinie RL 2014/104 v. 26.11.2014 Abl. L 349/1.

106 *Hösch*, Der schadensrechtliche Innenausgleich, S. 36, m. w. N.

107 *Haucap/Stühmeier*, WUW 2008, S. 413, S. 417, m. w. N.; *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 271; *Connor/Lande*, Tulane Law Review 2005, S. 513, S. 513 ff.; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 11 ff., mit einer Übersicht über diverse Studien.

108 CEPS/EUR/LUISS, Making antitrust damages actions more effective in the EU, S. 96.

109 *Komninos*, Oxera Studie – Quantifying antitrust damages, S. 90.

110 *Connor/Lande*, Cardozo Law Review 427, S. 428, S. 481.

111 *Hüschelrath/u. a.*, Schadensermittlung und Schadensersatz, S. 20 f., mit einer weiteren Übersichtstabelle; vgl. *Hösch*, Der schadensrechtliche Innenausgleich, S. 36, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werbspreis aus, mithin dem Preis ohne wettbewerbsrechtlich unzulässige Beeinflussung.[112]

Legt man diesen Mittelwert zugrunde, können sich horizontale Kernbereichsbeschränkungen für die am Kartell beteiligten Unternehmen durchaus lohnen. Die Kartellgewinne müssen allerdings auch realisiert werden, Unternehmen also mit der Nichtaufdeckung der Zuwiderhandlung kalkulieren. Dies hängt von der Aufdeckungswahrscheinlichkeit ab.

b) Geringe Aufdeckungswahrscheinlichkeit

Aufgrund der geheimen Natur von Absprachen und Vereinbarungen über Kernbeschränkungen besteht nur eine geringe Aufdeckungswahrscheinlichkeit. Angesichts der zu vermutenden Dunkelziffer sind verlässliche wirtschaftswissenschaftliche Auskünfte hierzu zwar kaum möglich[113] – vertreten werden aber Werte vor der Einführung von *leniency*-Programmen von einer Quote von 13 – 17 %[114] und danach von 33 %.[115] Wagner-von Papp schätzt sie auf ⅓ bis ⅙.[116] Offizielle Daten darüber, inwiefern die Kronzeugenmitteilung

---

[112] Verschiedene Studien kommen auf unterschiedlichen Märkten für Preiskartelle zu unterschiedlichen Ergebnissen, vgl.: *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 12 f., m. w. N.; *Connor/Lande*, Tulane Law Review 2005, S. 513, S. 513 ff.; *Haucap/Stühmeier*, WUW 2008, S. 413, S. 417; *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 271, m. w. N.; *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 12; *Crandall* und *Winston* können keine signifikanten Steigerungen von Kartellen ausmachen und konstatieren: „the power oft he market as an effective force for spurring competition and curbing anticompetitive abuses, […] leaves antitrust policy with relatively little to do“ = (deutsch) „Die Macht des Marktes als wirksame Kraft den Wettbewerb zu beleben und Missbrauch einzudämmen, lässt der Wettbewerbspolitik kaum zu tun“, *Crandall/Winston*, The Journal of Economic Perspectives 2003, S. 3, S. 23; kritisch zu den Ergebnissen: *Werden*, EAG Dicussion Papers of the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice 2003, S. 1, S. 4; die umfassendste Studie von *Connor* und *Lande* geht von einem Mittelwert von 25 % aus, vgl. *Connor/Lande*, Tulane Law Review 2005, S. 513, S. 513 ff.; kritisch hierzu: *Boyer/Kotchoni*, Review of Industrial Organization 2015, S. 119, S. 148 ff. Auf 25 % kommt auch der „Impact Report“ CEPS/EUR/LUISS, Making antitrust damages actions more effective in the EU, S. 94 ff.; *Hösch*, Der schadensrechtliche Innenausgleich, S. 35, m. w. N.

[113] Die sog. Stichprobenverzerrung (*selection bias*) führt zudem dazu, dass tendenziell die strukturell schwachen Kartelle überproportional häufig aufgedeckt werden als strukturell stabile.

[114] *Bryant/Eckard*, The Review of Economics and Statistics 73, 1991, S. 531, S. 535.

[115] *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 271; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 13 f.; *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 12.

[116] *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 271.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aus dem Jahr 2006[117] – auch durch deren vereinheitlichte Umsetzung im European Competition Network (ECN)[118] – die Aufdeckungsquote verbessert, sind nicht vorhanden. Teilweise wird von einer Aufdeckung durch Kronzeugenanträge von über 60 % und einer Eigenaufdeckung von 30 % gesprochen.[119] Die zunehmende Tendenz der Kartellaufdeckung durch Kronzeugenregelungen und weniger durch eigene Ermittlungen wird indes kaum bestreitbar sein.[120] Die zunehmende Komplexität, Verstöße gegen Wettbewerbsregeln aufzudecken, war – neben Effektivierungs- und Abschreckungsgesichtspunkten bezüglich der Kartellbuße selbst – wesentlicher Grund für die Ausweitung kartellrechtlicher Ermittlungsbefugnisse der Kommission in der VO 1/2003.[121] Bedenklich stimmen muss vor diesem Hintergrund, dass die Kommission – wie auch andere nationale Wettbewerbsbehörden – einen massiven Rückgang bei den eingehenden Kronzeugenanträgen verzeichnet.[122]

c) Schlussfolgerung

Den potenziell erheblichen Kartellgewinnen steht lediglich eine geringe Aufdeckungswahrscheinlichkeit der Absprachen und Vereinbarungen über Kernbeschränkungen gegenüber. Die konkreten unternehmerischen Vorteile lassen sich allerdings kaum abstrakt, sondern oftmals nur im konkreten Einzelfall festmachen. Geht man mit den Durchschnittswerten von kartellbedingten Preissteigerungen um 20 %, einer Profitsteigerung des Gesamtumsatzes von 10 %, einer Kartelldauer von etwa fünf Jahren sowie einer Aufdeckungswahrscheinlichkeit von 33 % aus, wird schnell deutlich, dass Kartelle für Unternehmen erhebliche wirtschaftliche Vorteile bewirken können.

Bereits an dieser Stelle zeigt sich, dass die Kartellbuße eine hinreichende Abschreckungswirkung entfalten muss, um in der unternehmerischen Abwä-

---

117 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen v. 8.12.2006, ABl. 2006 C 198/17.

118 Richtlinie v. 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten in Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sowie zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, Abl. L 11/3 v. 14.1.2019, Art. 20 ff.

119 Die restlichen 10 % machen anonyme Hinweise oder solche von anderen NCAs aus, vgl. *Swoboda*, Arbeitspapiere des Instituts für Genossenschaftswesen der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, No. 159, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Institut für Genossenschaftswesen (IfG) 2016, S. 1, S. 7 f.

120 *Jaspers/Jany*, Journal of European Competition Law & Practice, S. 1, S. 3.

121 Erwägungsgrund Nr. 25, VO Nr. 1/2003; Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen v. 8.12.2006, ABl. 2006 C 198/17, Einleitung Nr. 3.

122 Vgl. aber insoweit auch *Jaspers/Jany*, Journal of European Competition Law & Practice, S. 1, S. 3 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gung als erheblicher wirtschaftlicher Nachteil ausgleichend ins Gewicht zu fallen. Wann genau dies der Fall ist, ist unklar und muss daher noch genauer beleuchtet werden.[123]

3. Zwischenergebnis

Kernbereichsbeschränkungen verursachen erhebliche volkswirtschaftliche Schäden, denen – auch aufgrund der geringen Aufdeckungswahrscheinlichkeit – erhebliche wirtschaftliche Vorteile der Kartellanten gegenüberstehen.

IV. Résumé

Hard-core-Kartelle stellen die schwerwiegendsten Eingriffe in den Wettbewerb dar und unterminieren dessen Funktion und Schutzzwecke, was sich negativ auf die Wettbewerbsfähigkeit von Lieferanten und die Kaufkraft von Verbrauchern auswirkt.

C. Ergebnis

Der Schutzzweck des europäischen Wettbewerbsrechts ist der Erhalt des Wettbewerbs in seiner Doppelfunktion als Teil der Wirtschaftsverfassung und als Rechtsgut zur Ausübung der unternehmerischen Handlungsfreiheit. Die Bedeutung des Wettbewerbs geht dabei durch die gesellschaftspolitische und integrative Funktion für die soziale Marktwirtschaft weit über ein bloßes wirtschaftstheoretisches Grundkonzept hinaus. Wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlungen, insbesondere horizontale *hard-core*-Beschränkungen, konterkarieren die Funktionen des Wettbewerbs zugunsten erheblicher Gewinne einzelner kartellbeteiligter Unternehmen. Deren Geheimhaltungsinteresse und die sich daraus ergebende Komplexität der Ermittlungen führen zu einer geringen Aufdeckungswahrscheinlichkeit durch eigenständige Ermittlungen der Kommission. Wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlungen und insbesondere Kernbeschränkungen gefährden oder verhindern damit den effektiven Schutz des Wettbewerbs und sind daher Eingriffe in das Allgemeinrechtsgut des freien Wettbewerbs.

---

[123] *Wils* geht etwa davon aus, dass – unter den genannten Bedingungen – eine Kartellbuße im Rahmen von 150 % des jährlichen Gesamtumsatzes erforderlich sei, um eine hinreichende Abschreckungswirkung zu erzeugen: *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 12. Auch *Wils* erkennt natürlich, dass dies den Rahmen des rechtlich Zulässigen sprengte, zumal Unternehmen diese Beträge kaum zu zahlen imstande wären und sodann die *inability-to-pay*-Einrede geltend machen würden, was den Abschreckungseffekt dämpfen dürfte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dessen Schutz erreicht die Kommission vorrangig, aber nicht ausschließlich durch die abschreckende Sanktionierung aller auf die Beeinträchtigung oder Abschaffung des Wettbewerbs zielenden Verhaltensweisen. Zum Erhalt der Abschreckungswirkung erscheint dem Grunde nach auch die bereits einleitend dargestellte faktische Pönalisierung – die kontinuierliche Anpassung und Anhebung der Sanktionshöhe – legitim. Vor diesem Hintergrund lässt sich jedenfalls das politische und juristische Steuerungsermessen begreifen, das die Unionsgerichte der Kommission zur Gestaltung des Wettbewerbsrechts einräumen. Sie greift dabei ihrerseits tief in die Rechte von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ein, was sich nur aus der Gesamtbedeutung des Wettbewerbs als Teil der europäischen Wirtschaftsverfassung rechtfertigen lässt und nachfolgend näher veranschaulicht werden muss.

§ 2 Das Eingriffsniveau des europäischen Wettbewerbsrechts

Zur Wahrung seiner dargestellten Schutzzwecke sieht das Wettbewerbsrecht Eingriffe in die Rechte von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen vor. Dies betrifft in erster Linie die Verhängung von *Kartellbußen* durch die Generaldirektion Wettbewerb als zuständige Sanktionsbehörde[124] (A.). Auch die *Ermittlungsmaßnahmen* (B.) haben jedoch eingreifende Wirkung.[125] Deren gegenwärtiges Eingriffsniveau muss zur Überprüfung des verfahrensrechtlichen Legitimationszustands zunächst im Überblick deskriptiv dargestellt werden. Die Notwendigkeit rechtsstaatlicher und verfahrensrechtlicher Legitimation ergibt sich schließlich akzessorisch aus der Eingriffsintensität der verhängten Sanktionen und Ermittlungen.

A. Die unionsrechtliche Kartellbuße

Die unionsrechtliche Kartellbuße ist das primäre Instrument zur Durchsetzung und Wahrung des Wettbewerbsrechts. Trotz seiner Bedeutung normiert das Primärrecht die Kartellbuße nicht ausdrücklich. Artikel 105 Abs. 1 AEUV

---

[124] Die Europäische Kommission ist als Kollegialorgan ausgestaltet und entscheidet als solches über die Verhängung von Kartellbußen in Mehrheitsbeschlüssen, vgl. Art. 250 AEUV. Die operative Anwendung des Wettbewerbsrechts durch die Ermittlung der potenziellen Kartellverstöße und die Anwendung der Bußgeldleitlinien zur Bestimmung der Kartellbuße erfolgt jedoch durch die Generaldirektion Wettbewerb (*Directorate General Competition*, *DG Comp*); vgl. *Dieckmann*, in: Handbuch des Kartellrechts, § 41, Rn. 1c.

[125] Das EuG hat festgestellt, dass bereits die Ermittlungsmaßnahmen im Rahmen des Voruntersuchungsverfahrens „erhebliche Auswirkungen auf die Situation der unter Verdacht stehenden Unternehmen haben“, EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 46.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

oktroyiert der Europäischen Kommission lediglich das Recht und die Pflicht, auf die Verwirklichung der in den Art. 101 und 102 AEUV niedergelegten Grundsätze zu achten. Artikel 103 Abs. 1 AEUV überträgt diesen Schutzauftrag auf die als zweckdienlich erlassenen sekundärrechtlichen Verordnungen, der nach Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV insbesondere durch die Einführung von Geldbußen zu gewährleisten ist. Dem ist der Rat im Jahr 1962 erstmals mit dem Erlass der Kartellverfahrensverordnung Nr. 17/62 nachgekommen, die im Jahr 2004 aktualisiert und durch die VO Nr. 1/2003 ersetzt wurde. Diese sieht in Art. 23 VO 1/2003 die Kartellbuße vor. Ihre praktische Relevanz erlangt die Kartellbuße aus dem massiven Eingriff in die unternehmerische Wirtschaftsfreiheit, wobei sie unterschiedliche *Funktionen* und *Zwecke* verfolgt, die in die konkrete *Bußgeldbemessung* einfließen. Sie sollen nachfolgend dargestellt werden.

I. Die Sanktionierungs- und Steuerungsfunktion

Die europäische Kartellbuße hat zunächst eine Sanktionierungsfunktion. Daneben hat sie auch wettbewerbspolitische Steuerungsfunktion.

1. Die Kartellbuße als Sanktionsvorschrift

Das Primärrecht schreibt der Kommission in Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV vor, die:

> „[Kartell-]Verbote durch die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern zu gewährleisten."

Eingedenk des Wortlauts der Überschrift des Kapitel VI. der VO Nr. 1/2003 ist die Kartellbuße für materielle Wettbewerbsverstöße nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 – bereits durch ihre systematische Stellung – die zentrale *Sanktions*norm des europäischen Wettbewerbsrechts.[126] Sie soll beteiligte Unternehmen wegen Wettbewerbszuwiderhandlungen gegen Art. 101 und Art. 102 AEUV sanktionieren (Spezialprävention) und andere Unternehmen von Verstößen abhalten (Generalprävention).[127] Dazu ist die Europäische Kommission[128] nach Art. 103 Abs. 1, Abs. 2 lit. a AEUV i. V. m. Art. 4, Art. 23

---

[126] *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 111; *F. Meyer*, in FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 10.

[127] Leitlinien a. a. O., Rn. 4; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 7.

[128] Insoweit besteht eine parallele Zuständigkeit der Kommission und der NWBs der Mitgliedstaaten, vgl. Art. 104 AEUV, Art. 5 Abs. 1 VO. Die Zuständigkeit der Kommission ergibt sich aus Art. 105 Abs. 1 S. 1 u. 2 AEUV i. V. m. Art. 4 VO.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 2 lit. a VO 1/2003[129] ermächtigt, gegen Unternehmen, die vorsätzlich oder fahrlässig gegen die in Art. 101 und 102 AEUV niedergelegten Grundsätze verstoßen haben, Geldbußen i. H. v. bis zu 10 % von deren jeweiligen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatz festzusetzen.[130] Der EuGH hat dabei früh konstatiert, dass jede Sanktionsmaßnahme definitionsgemäß Auswirkungen auf individuelle und grundrechtlich geschützte Rechtspositionen von Unternehmen hat.[131] Die so konkret festgesetzten Sanktionen greifen folglich erheblich in die Rechte von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ein und sichern so die normative und faktische Geltung des materiellen Wettbewerbsrechts und der formellen Verfahrensvorschriften.[132]

Für die Bedeutung der Sanktionsfunktion darf zudem nicht aus dem Blick geraten, dass die Kartellbuße, als eingriffsintensivste Sanktion des Unionsrechts eine Modellsanktionsvorschrift ist. Sie hat generelle Vorbildfunktion für unionsrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen, in der sich die bereits oben dargestellte Entwicklungsfunktion des Kartellrechts manifestiert.[133]

Trotz dieser Bedeutung wird der Begriff „Sanktion" unionsrechtlich nicht definiert.[134] Satzger versteht hierunter recht allgemein:

> „jede nachteilige Rechtsfolge […], die gegen denjenigen ausgesprochen und durchgesetzt wird, der gegen eine Rechtsvorschrift verstoßen hat."[135]

Aufgrund der Weite der Definition sind neben „strafrechtlichen" Geldzahlungen auch mittelbare Nachteile wie zivilrechtliche Schadensersatzforderungen oder verwaltungsrechtliche Rücknahmebeschlüsse begünstigender Verwaltungsakte umfasst.[136] In Hinblick auf die Untersuchungsfrage lässt sich

---

129 Auf die Geldbuße nach Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 für die vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße bei der formellen Durchführung der Kartellermittlungsmaßnahmen kommt es hier nicht an. Die Untersuchung ist auf die materiellen Kartellverstöße beschränkt.

130 Gemeint ist das letzte Geschäftsjahr vor dem Erlass der Entscheidung, vgl. EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij – verb. Rs. C-238/99 P u. a., ECLI:EU:C:2002:582, Rn. 593, m. w. N.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 1.

131 In Bezug auf Eigentums- und Berufsausübungsfreiheiten: EuGH, U. v. 30.7.1996 – Bosphorus – Rs. C-84/95, ECLI:EU:C:1996:312, Rn. 22, sowie Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes, v. 13.11.2000 – Invest – Rs. C-317/00 P(R), ECLI:EU:C:2000:621, Rn. 59.

132 Vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 12, m. w. N.

133 Vgl. schon oben unter Einleitung B. III.; *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 111.

134 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 4 verweist auf die Breite des Sammelbegriffs.

135 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 59; *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 6.

136 *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Fokus jedoch auf „strafrechtliche" punitive Kartellsanktionen als monetäre Bußen für horizontale *hard-core*-Zuwiderhandlungen richten. Eine faktisch stigmatisierende Steuerungswirkung wird auch weiteren Sanktionsfolgen zugesprochen, wie etwa der Veröffentlichung von Kartellermittlungen oder von Bußgeldentscheidungen (sog. „naming & shaming"), die jedoch vordergründig der Unterrichtung der Öffentlichkeit und betroffener schadensersatzberechtigter Dritter dient.[137] Da deren faktische Auswirkungen empirisch kaum messbar sind, sollen sie für die weitere Untersuchung außer Betracht bleiben.

2. Die Kartellbuße als merkantiles Steuerungsinstrument

Daneben hat die europäische Kartellbuße eine wettbewerbspolitische merkantile Steuerungsfunktion. Sie dient der Europäischen Kommission zur Überwachung, Durchsetzung und Steuerung ihrer Wettbewerbspolitik.[138] Hierzu zählt nicht nur die Pflicht, Zuwiderhandlungen zu ermitteln, zu ahnden und lenkend auf Unternehmen zur Durchsetzung der Wettbewerbsgrundsätze einzuwirken,[139] sondern auch die Verwirklichung der Wettbewerbsfunktionen, des Rechtsguts des freien Wettbewerbs und die Erreichung des Unionsziels eines gemeinsamen Binnenmarkts (Art. 26 Abs. 1 AEUV) zu garantieren.[140] Dies erfordert eine hinreichend abschreckende und drastische Sanktionswirkung der Geldbuße, weshalb die Unionsgerichte der Kommission erlauben, das Sanktionsniveau der Geldbuße als Instrument der Wettbewerbspolitik zu nutzen und flexibel den Bedürfnissen der aktuellen Lage anzupassen.[141] Der Kommission wird von den Unionsgerichten in ständiger Rechtsprechung insoweit ein pflichtgemäß auszuübender Ermessensspielraum bei der Festset-

---

137 *F. Meyer*, FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 6.

138 EuG, U. v. 12.7.2001 – Napier Brown – Rs. T-207/98, Slg. 2001, II-2035, Rn. 143; EuG, U. v. 6.4.1995 – Martinelli – Rs. T-150/89, ECLI:EU:T:1995:70, Rn. 59: Die Kartellbuße stellt ein „Instrument der Wettbewerbspolitik der Kommission dar"; vgl. Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (2006/C 210/02), Abl. v. 1.9.2006 C-210/2, Rn. 4; *Biermann* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 VO 1/2003, Rn. 23, m. w. N.; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267.

139 Leitlinien a. a. O., Rn. 4.

140 EuGH, U. v. 28.6.2005 – Dansk Rørindustri u. a. – verb. Rs. C-189/02 P u. a., ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 170; EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique diffusion française – Rs. C-100/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 105.

141 Hier schließt sich der Kreis zu der bereits oben unter 1. Teil 1. Kap. § 1 B. III. 2. dargestellten Notwendigkeit unternehmerischer Vorteile, denen mit der Kartellbuße auch ein hinreichend abschreckender Nachteil entgegengestellt werden muss; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267, m. w. N.; EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique Diffusion française – Rs. C-100/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 105.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zung der Bußgeldhöhe eingeräumt.[142] Die Kommission sei in den durch die VO 1/2003 gezogenen Grenzen berechtigt, das Niveau der kartellrechtlichen Geldbußen anzuheben, wenn dies erforderlich sei, um die Durchführung der Wettbewerbspolitik der Union sicherzustellen.[143] Dies umfasst sowohl das Entschließungsermessen, gegen Wettbewerbsverstöße vorzugehen als auch das Auswahlermessen auf der Rechtsfolgenseite bezüglich des Sanktionsadressaten und der konkreten Sanktionsentscheidung.[144] Auch der Wortlaut des Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003, wonach die Kommission Geldbußen verhängen *kann*, streitet für ein solches Ermessen.[145] Das Ermessen ist jedoch unbeschränkt gerichtlich überprüfbar (vgl. Art. 31 VO 1/2003).[146] An der Kartellbuße zeigt sich daher auch die Bedeutung der Schutzzwecke des europäischen Wettbewerbsrechts.

3. Zwischenergebnis

Die Europäische Kommission verwirklicht mit der Verhängung abschreckender Kartellbußen nicht nur ihren primärrechtlichen Schutzauftrag, die Kartellverbote zu sanktionieren;[147] die Verhängung empfindlicher Kartellbußen dient auch der Wettbewerbspolitik, wodurch deren doppelter Sanktionszweck vorgezeichnet wird.

---

142 Vgl. schon EuG, U. v. 6.4.1995 – Martinelli – Rs. T-150/89, ECLI:EU:T:1995:70, Rn. 59; EuG, U. v. 27.2.2014 – InnoLux – Rs. T-91/11, ECLI:EU:T:2014:92, Rn. 88; EuGH, U. v. 3.9.2009 – Papierfabrik August Koehler u. a., – Rs. C-322/07 P u. a., ECLI:EU:C:2009:500, Rn. 112; EuGH, U. v. 14.10.2010 – Deutsche Telekom – Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 271; vgl. auch *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 70.

143 Vgl. die schon zitierte Entscheidung unter Verweis auf die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln: EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique Diffusion – verb. Rs. 100-103/80; ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 109; ebenso EuGH, U. v. 28.06.2005 – Dansk Rørindustri u. a. – verb. Rs. C-189/02 P, u. a., ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 169, EuGH, U. v. 14.10.2010 – Deutsche Telekom – Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 294; Schlussanträge GAin Kokott v. 18.4.2013 – Schindler – Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:248, Rn. 152.

144 *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 62 ff., Rn. 64.

145 *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 197; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 29; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 35; EuG, U. v. 27.2.2014 – InnoLux – Rs. T-91/11, ECLI:EU:T:2014:92, Rn. 88, m. w. N.: Die Kommission ist nicht verpflichtet jedes wettbewerbswidrige Verhalten festzustellen und zu ahnden; die Ermessensausübung unterliegt lediglich der Missbrauchskontrolle, vgl. EuG, U. v. 27.2.2014 – InnoLux – Rs. T-91/11, ECLI:EU:T:2014:92, Rn. 137 f., m. w. N.

146 EuGH, U. v. 26.9.2018 – Infineon Technologies – Rs. C-99/17 P, ECLI:EU:C:2018:773, Rn. 195; vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 70, m. w. N.

147 *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Die Sanktionszwecke der Kartellbuße

Der übergeordnete Sanktionszweck der europäischen Kartellbuße ist die Verwirklichung der formellen und materiellen Wettbewerbsregeln.[148] Dies wird primär durch die *negativ-generalpräventive* Sanktionswirkung einer abschreckenden Kartellgeldbuße erreicht.[149] Durch die Sanktionierung und die erheblichen finanziellen Einbußen für an *hard-core* Kartellen beteiligte Unternehmen soll anderen Marktteilnehmern das Risiko erheblicher Zahlungsverpflichtungen vor Augen geführt werden, die sie zum Unterlassen entsprechender Zuwiderhandlungen bewegen.[150] Diese Abschreckungswirkung wird von der Kommission[151] und den Unionsgerichten[152] ausdrücklich als Sanktionszweck und zur Steuerung der Wettbewerbspolitik postuliert.

Daneben fallen *positiv-generalpräventive* Zwecke – zur Schaffung eines Bewusstseins für Unternehmen, dass sich rechtstreues Verhalten lohnt[153] – ebenso wie *spezialpräventive* Zwecke, zur Verhinderung des Rückfalls des betroffenen Unternehmens,[154] kaum ins Gewicht.[155] Gleiches gilt für den Zweck der Gewinnabschöpfung, die zwar ausweislich der Leitlinien bei der Festsetzung der Geldbuße Berücksichtigung findet und der Kommission als Ausgangspunkt der Bußgeldberechnung dient,[156] jedoch durch die Möglichkeit des *private enforcement* in den Hintergrund rückt.[157]

---

148 *F. Meyer*, in FK, Art. 101 AEUV, Rn. 12, m. w. N.

149 *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 82; *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 VO 1/2003, Rn. 25; EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique diffusion française – verb. Rs. C-100/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 106; EuGH, U. v. 17.6.2010 – Lafarge – Rs. C-413/08 P, ECLI:EU:C:2010:346, Rn. 102; EuG, U. v. 8.9.2016 – Lundbeck – Rs. T-472/13, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 822 f.

150 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 68.

151 Ziffer 4 und 30 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Abl. C 210/2 und 4 v. 1.9.2006.

152 EuGH, U. v. 20.1.2022 – Hellenische Republik – Rs. C-51/20, ECLI:EU:C:2022:36, Rn. 108, 112; EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique Diffusion française – verb. Rs. C-100 bis 103/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 106; EuG, U. v. 12.12.2007 – BASF – verb. Rs. T-101/05 u. T-111/05, ECLI:EU:T:2007:380, Rn. 53; EuG, U. v. 27.3.2014 – Saint-Gobain Glass France – Rs. T-56/09 u. T-73/09, ECLI:EU:T:2014:160, Rn. 378.

153 Leitlinien a. a. O., Rn. 4; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 7; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 26.

154 EuG, U. v. 27.3.2014 – Saint-Gobain Glass France – Rs. T-56/09 u. T-73/09, ECLI:EU:T:2014:160, Rn. 378.

155 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 26; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 12.

156 Vgl. Ziff. 31 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Abl. C 210/4

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Verordnungsgeber bezweckt mit der Kartellbuße zudem auch eine *repressive* Sanktionsfolge im Sinne einer missbilligenden Ahndung und Vergeltung für vergangenes Unrecht.[158] Die europäische Kartellbuße verfolgt damit nach überwiegender Ansicht sowohl *repressive* als auch *präventive* Sanktionszwecke, womit sich die Kartellbuße als repressiv-punitive Sanktion zur Ahndung schuldhaften Verhaltens geriert.[159] Der repressive Ahndungszweck bildet dabei zugleich die legitimatorische Grundlage für die Verhängung staatlicher Strafen sowie die limitierende Schranke, da das verwirklichte Unrecht nach dem Grundsatz der schuldangemessenen Strafe i. S. d. Art. 49 Abs. 3 GRCh die Sanktionsobergrenze bildet.[160]

Deren Bemessung kann nach der Annäherung an deren Grenzen betrachtet werden, um die Eingriffswirkung der Kartellbuße nachzuvollziehen.

III. Die Bemessung der Kartellbuße

Die Bemessung der unionsrechtlichen Kartellbuße für materielle Wettbewerbsverstöße richtet sich primärrechtlich nach Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV i. V. m. Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003. Abgesehen von einigen verfahrensrechtlichen Anpassungen an das Legalausnahmesystem blieb diese Ermächtigungsgrundlage im Vergleich zur Vorgängerverordnung Nr. 17/62 weitestgehend unverändert.[161] Lediglich an die Stelle des in Art. 15 Abs. 2 VO 17/62 vorgesehenen Bußgeldrahmens trat die relative Obergrenze als sog. Kappungsgrenze.[162] Daher darf die Geldbuße für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen 10 % des jeweils im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen. Konkretisierende Vorgaben zur Bußgeldbemessung enthalten das Primär- und Sekundärrecht dagegen

---

v. 1.9.2006; zur Gewinnabschöpfung: *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 27; vgl. auch EuGH, U. v. 14.5.2014 – Donau-Chemie – Rs. T-406/09, ECLI:EU:C:2014:254, Rn. 250; *Scholz/Haus*, EuZW 2002, S. 682, S. 682 ff.

157 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 27.

158 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 69.

159 Vgl. *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 VO 1/2003, Rn. 23; *F. Meyer*, in FK: Art. 101 AEUV, Rn. 13; EuG, U. v. 12.12.2007 – BASF – Rs. T-111/05, ECLI:EU:T:2007:380, Rn. 43; vgl. schon EuGH, U. v. 15.7. 1970 – ACF – Rs. C-41/69, ECLI:EU:C:1970:71, Rn. 172/176; *Huizing*, World Competition 43, Heft 1, (2020), S. 61, S. 69 f.

160 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 24.

161 Vgl. aber auch *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 101.

162 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kaum.[163] Einziger ausdrücklicher, aber rudimentärer Maßstab ist nach Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 die *Schwere* und *Dauer* der Zuwiderhandlung. Die Kriterien haben jedoch exemplarischen und nicht abschließenden Charakter[164], sodass letztlich sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.[165] Für die Bemessung relevant werden damit auch der Kontext der Zuwiderhandlung und die Abschreckungswirkung der Geldbuße.[166] Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die Kommission die Sanktionszwecke flexibel den dynamischen Marktverhältnissen anpassen können muss.[167] Die Unionsgerichte betonen, dass die Kommission im Interesse der praktischen Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts das Niveau der Geldbußen jederzeit den Erfordernissen der Wettbewerbspolitik anpassen können müsse.[168] Eine mathematisch präzise Bemessung verbietet sich daher bereits, da die Kartellbuße nicht zum einkalkulierbaren Rechnungsposten für Unternehmen werden darf.[169] Andernfalls verlöre die Kartellbuße ihre Abschreckungswirkung. Ein Vertrauen der Wirtschaftsteilnehmer in die Kontinuität der Ermessensausübung wird folglich nicht geschützt.[170] Die konkrete Bußgeldbemessung liegt nach den Uni-

---

163 So auch *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 74; *Schwarze*, WUW 2009, S. 6, S. 6.

164 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 30; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 129.

165 EuGH, U. v. 14.10.2010 – Deutsche Telekom – Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C: 2010:603, Rn. 272; EuGH, U. v. 3.9.2009 – Prym and Prym – Rs. C-534/07 P, ECLI:EU:C:2009:505, Rn. 54; EuGH, U. v. 25.1.2007 – Dalmine – Rs. C-407/04 P, ECLI:EU:C:2007:53, Rn. 129; EuGH, U. v. 28.6.2005 – Dansk Rørindustri u. a. – verb. Rs. C-189/02 P u. a., ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 241.

166 „EuGH v. 24.9.2020 – Rs. C- 601/18 P – Prysmian, ECLI:EU:C: 2020:751, Rn. 84f.; EuGH v. 17.6.2010 – Rs. 413/08 P – Lafarge, ECLI:EU:C:2010:346, Rn. 102; EuGH, U. v. 14.10.2010 – Deutsche Telekom – Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 273; EuG U. v. 12.10.2011 – Agroexpansión – Rs. T-38/05, ECLI:EU:T:2011:585, Rn. 192 ff.; vgl. zum ausdrücklichen Hinweis auf den Abschreckungseffekt: Mitteilung der Kommission über die Geldbußen für den Verstoß gegen das EU-Wettbewerbsrecht (engl.) vom Nov. 2011, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-01/factsheet_fines_en.pdf, (zuletzt besucht am 6.9.2021); vgl. auch GA Pitruzzella in Schlussanträge – Toshiba Samsung u. a. – Rs. C-697/19 P u. a., ECLI: EU:C:2021:452, Rn. 17 stellt fest, dass die Kommission sich „angesichts der Umstände des Falles entschieden habe, zur Abschreckung einen weiteren Aufschlag von 16 % vorzunehmen“.

167 *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 74.

168 EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique Diffusion – verb. Rs. 100-103/80; ECLI:EU: C:1983:158, Rn. 109; EuG, U. v. 18.7.2005 – Scandinavian Airlines – Rs. T-241/01, ECLI:EU:T:2005:296, Rn. 64, m. w. N.; EuGH, U. v. 14.10.2010 – Deutsche Telekom – Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 294.

169 *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 74.

170 EuGH, U. v. 28.6.2005 – Dansk Rørindustri u. a. – verb. Rs. C-189/02 P u. a., ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 171, 229.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

onsgerichten auch daher im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission, die aufgrund der bereits dargestellten wettbewerbspolitischen Steuerungsfunktion der Geldbuße:

> „[…] bei der Festsetzung ihrer Höhe über einen Ermessensspielraum verfügen, um das Verhalten der Unternehmen auf die Einhaltung der Wettbewerbsregeln auszurichten."[171]

Ihr enormes Ermessen hat die Kommission allerdings durch den Erlass normkonkretisierender Leitlinien zur Bußgeldbemessung im Jahr 1989[172] und 2006 präzisiert[173] und durch die Selbstbindung beschränkt.[174] Die Leitlinien beinhalten damit die heute allgemein gültige Methode für die Berechnung der Geldbuße.[175]

1. Berechnungsmethode

Nach den Leitlinien erfolgt die Berechnung der Kartellbuße methodologisch in zwei Stufen. Zunächst wird ein Grundbetrag der Geldbuße für die an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen festgesetzt. Dieser wird durch weitere Faktoren nach oben oder unten angepasst.[176]

Ausgangspunkt ist grundsätzlich der im relevanten räumlichen Markt erzielte Umsatz des betroffenen Unternehmens innerhalb des EWR, der mit dem Kartellverstoß mittelbar oder unmittelbar in Zusammenhang steht.[177] Komplexer gestaltet sich die Berechnung bei der Sanktionierung von Unternehmensvereinigungen nach Art. 23 Abs. 2 u. Abs. 3 VO 1/2003, wenn deren Zuwiderhandlung mit der Tätigkeit der Mitglieder in Zusammenhang steht

---

171 EuG, U. v. 6.4.1995 – Martinelli – Rs. T-150/89, ECLI:EU:T:1995:70, Rn. 59; Schlussanträge, GAin Kokott v. 18.4.2013 – Schindler – Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:248, Rn. 152; EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique Diffusion – verb. Rs. 100-103/80; ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 109; EuGH, U. v. 28.6.2005 – Dansk Rørindustri u. a. – verb. Rs. C-189/02 P u. a., ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 169.

172 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden (Abl. v. 14.1.1998, C 9, S. 3).

173 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (2006/C 210/02), Abl. v. 1.9.2006 C-210/2.

174 EuG, U. v. 14.12.2006 – Raiffeisen Zentralbank – verb. Rs. T-259 u. a., ECLI:EU:T:2006:396, Rn. 221 ff.; *Schwarze*, WUW 2009, S. 6, S. 7, m. w. N.; *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 75, 85.

175 Vgl. Leitlinien a. a. O., Rn. 37.

176 Leitlinien a. a. O., Rn. 9 ff.; vgl. ausführlich zur Berechnungsmethode nach der neuen Bußgeldleitlinie: *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 98 ff.

177 Leitlinien a. a. O., Rn. 13; vgl. aber auch *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 117, 134.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und der Gesamtumsatz der Mitglieder den Ausgangspunkt der Berechnung bildet. Die Höhe des Grundumsatzanteils richtet sich nach der *Schwere* des Verstoßes und beträgt maximal 30%.[178] Konkretisierende Kriterien hierfür sind u. a. die Art der Zuwiderhandlung, die Marktanteile der Unternehmen sowie der räumliche Umfang der Kartellabsprachen.[179] Für die *Dauer* der Mitwirkung wird der so ermittelte Betrag um die Anzahl der Jahre multipliziert, an denen das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war.[180] Dies führt, im Vergleich zur vorherigen Bußgeldpraxis, die lediglich einen Aufschlag von 10% pro Jahr vorsah, faktisch zu einer deutlichen Erhöhung der Kartellbußgelder.[181] Darüber hinaus kann die Kommission mit der sog. Eintrittsgebühr (sog. *entry fee*) einen zusätzlich abschreckenden Aufschlag – insbesondere für Kartelle von kurzer Dauer – zwischen 15% und 25% des Umsatzes für horizontale *hard-core*-Verstöße wie Preisfestsetzungen oder Marktaufteilungen verhängen.[182] Horizontale *hard-core*-Verstöße werden dabei strenger geahndet als vertikale.[183]

Der so ermittelte Grundbetrag wird durch erschwerende und mildernde Umstände angepasst. Erschwerende Umstände sind etwa die Fortsetzung oder Wiederholung der Zuwiderhandlung, die Verweigerung der Zusammenarbeit bei der Untersuchung der Kommission oder die anstiftende bzw. anführende Rolle des Unternehmens.[184] Mildernde Umstände sind komplementär hierzu die Beendigung des Verstoßes oder die aktive Kooperation, insbesondere durch Beweisbeibringung.[185]

Dieser Betrag kann nochmalig durch außergewöhnliche Umstände oder in Hinblick auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmens angepasst werden.[186] Dies dient der ausreichend abschreckenden Wirkung der Geldbuße, insbeson-

---

178 Leitlinien a. a. O., Rn. 21. Ausnahmen bestehen jedoch nach Rn. 37, wenn die allgemeine Berechnungsmethode keine hinreichend ausreichende Abschreckungswirkung der Geldbuße bewirkt.

179 Leitlinien a. a. O., Rn. 22; in Betracht kommt indes auch die Rolle des Unternehmens bei der Einführung der wettbewerbswidrigen Praxis, dessen Größe, der entstandene Gewinn und die Gefahr der Zuwiderhandlung für die Unionsziele, vgl. EuGH, U. v. 14.10.2010 – Deutsche Telekom – Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 274, m. w. N.

180 Leitlinien a. a. O., Rn. 24.

181 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 44.

182 Leitlinien a. a. O., Rn. 25.

183 Vgl. Leitlinien a. a. O., Rn. 23; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 37, m. w. N.; *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 99.

184 Leitlinien a. a. O., Rn. 28.

185 Leitlinien a. a. O., Rn. 29.

186 Leitlinien a. a. O., Rn. 30, 35; vgl. auch *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 121 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dere durch die Gewinnüberbietung.[187] Die Kommission verfolgt damit explizit das Ziel, höhere Kartellbußen zu erwirken, um die abschreckende Wirkung der Kartellsanktionen zu verstärken und so der Wettbewerbspolitik zur besseren Durchsetzung zu verhelfen. Die Bußgeldbemessung ist daher nicht auf die Schadenswiedergutmachung und Gewinnabschöpfung beschränkt, sondern von deren Abschreckungsfunktion zur Erreichung der Wettbewerbspolitik geprägt.[188] Die so ermittelte Gesamtgeldbuße wird durch Art. 23 Abs. 2 VO als Kappungsgrenze auf 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahrs erzielten Gesamtumsatzes begrenzt (sog. *CAP*).[189]

Das ausgeübte weite Ermessen der Kommission unterliegt nach Art. 31 VO 1/2003 einschränkend der unbegrenzten Nachprüfungsbefugnis des Gerichtshofs, der die Buße aufheben, herabsetzen oder erhöhen kann.[190]

Der EuGH überprüft jedoch nur, ob das Gericht die Ermessensausübung der Kommission ordnungsgemäß gewürdigt oder einen Rechtsfehler begangen hat, weil die verhängte Sanktion derart überhöht ist, dass sie unverhältnismäßig ist.[191] Zudem erfolgt keine umfassende Nachprüfung von Amts wegen. Verlangt wird die genaue Bezeichnung der rechtlichen Argumente, die diesen Antrag stützen.[192]

---

187 Leitlinien a. a. O., Rn. 31.

188 EuGH, U. v. 17.6.2010 – Lafarge – Rs. C-413/08 P, ECLI:EU:C:2010:346, Rn. 101 ff.: „Notwendigkeit, die abschreckende Wirkung der Geldbuße sicherzustellen"; EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique diffusion française – verb. Rs. C-100/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 106; EuG, U. v. 8.9.2016 – Lundbeck – Rs. T-472/13, ECLI:EU:T:2016:449, Rn. 822 f.; dies gilt auch für nationale Wettbewerbsbehörden wie das Bundeskartellamt, vgl. Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeiten v. 25.6.2013 Anmerkung 2 zu Ziff. 13: „Eine Geldbuße, die das Gewinn- und Schadenspotential mehrfach übersteigt, kann aus Abschreckungserwägungen angemessen sein. Je größer das Unternehmen, desto geringer ist die Ahndungsempfindlichkeit und desto höher liegt die Grenze, oberhalb derer die Geldbuße auch in der schwersten denkbaren Konstellation bezogen auf den konkreten Fall nicht mehr angemessen wäre"; vgl. *Möschel*, ECLR 2011, S. 369, S. 370.

189 Leitlinien a. a. O., Rn. 32.

190 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 139.

191 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 139, vgl. auch EuGH, U. v. 3.9.2009 – Papierfabrik August Koehler u. a. – Rs. C-322/07 P u. a., ECLI:EU:C:2009:500, Rn. 113; EuGH, U. v. 14.10.2010 – Deutsche Telekom – Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 271. Der Gerichtshof prüft insoweit, ob das Gericht die Ermessensausübung der Kommission ordnungsgemäß gewürdigt hat.

192 EuGH, U. v. 19.7.2012 – Kaimer – ECLI:EU:C:2012:498, Rn. 61; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 215.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Rechtsstaatliche Bedenken

a) Kritik der Literatur an der Bestimmtheit

Das System der europäischen Kartellbußgeldbemessung sieht sich teilweise rechtsstaatlichen Bedenken gegen die hinreichende Vorhersehbarkeit der Bußgeldhöhe ausgesetzt.[193] Die nur rudimentären, generalklauselartigen Bemessungsvorgaben und der weite, fast unbeschränkte Ermessensspielraum der Kommission bei deren Festsetzung seien mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot (*lex certa*) unvereinbar.[194] Der in Art. 7 Abs. 1 EMRK, Art. 49 Abs. 1 GRCh als Einzelausprägung enthaltene sowie als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts anerkannte *nulla poena sine lege* (*certa*)-Grundsatz – der mit der „Strafe" auch repressive Verwaltungssanktionen gegen juristische Personen wie die Kartellbuße erfasst[195] – verlange klare und eindeutige Sanktionsnormen, insbesondere wenn dabei erhebliche Bußgelder im Raum stünden.[196] Dies gelte auch für den konkreten Sanktionsrahmen.[197] Der Verordnungsgeber müsse daher den Sanktionsumfang als Repräsentant der unmittelbaren Staatsgewalt selbst festlegen.[198] Die derzeitige gesetzliche Regelung, die eine Geldbuße von „null bis unendlich"

---

193 *Soltész*, WUW 2012, S. 141, S. 141; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 25, m. w. N.; *Bechtold*, in: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 241, S. 63; *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 459, 462, m. w. N.; *Soltész/u. a.*, EuZW 2003, S. 202, S. 202 ff.; *Bechtold/Bosch*, ZWeR 9, Heft 2, 2011, S. 160, S. 160 ff.; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 268. Auch eine Verletzung des *nulla poena sine culpa* Grundsatzes, des Verbots der Selbstbelastung sowie des fairen Verfahrens, durch die fehlende institutionelle Trennung von Anklage- und Entscheidungsbehörde werden immer wieder kritisiert, vgl. *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 464 ff.; *Möschel*, ECLR 2011, S. 369, S. 369; das deutsche Schrifttum hielt auch die als Kappungsgrenze ausgestaltete 10-Prozent-Regelung im Rahmen der Pendentregelung des § 81 Abs. 4 GWB als mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG für unvereinbar, vgl. *Baron*, in: FS Canenbley, S. 33.

194 *Schwarze*, WUW 2009, S. 6, S. 8; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 25, m. w. N.; *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 462; *Solek*, World Competition 38, S. 547, S. 547 ff.; vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 76.

195 EuG, U. v. 8.7.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 139, m. w. N.; EuGH, U. v. 12.12.1990 – Vandemoortele – Rs. C-172/89, ECLI:EU:C:1990:457, Rn. 9 (in Bezug auf die Rechtsgrundlage); *Jarass*, GRCh, Art. 49 GRCh, Rn. 6 f.

196 EuG, U. v. 8.7.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 139; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 24 f., m. w. N.; vgl. *Jarass*, GRCh, Art. 49 GRCh, Rn. 11, m. w. N.; *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 461 f.

197 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 24.

198 *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 462 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vorsehe, werde dem nicht gerecht.[199] Dies sei ein Verstoß gegen Art. 49 Abs. 3 GRCh, der die Verhältnismäßigkeit von Strafmaß und Straftat vorgibt.[200] Für Thomas scheidet die Regelung daher als Referenzsystem einer schuldangemessenen Sanktion aus,[201] zumal der Jahresumsatz in keinem Zusammenhang mit dem Tatvorwurf oder dem Handlungserfolg stünde.[202] Insbesondere fehle es an einer absoluten numerischen Bußgeldobergrenze und inhaltlichen Mindestvorgaben für die Ermessensausübung zur Verfahrenseinleitung und Berechnungsmethode.[203] Möschel meint daher, es sei unzulässig, dass der Kartellbuße überhaupt eine Abschreckungsfunktion zukomme – sie müsse sich viel eher auf die Abschöpfung potenzieller Kartellgewinne beschränken.[204] Hinzu komme die Auslegung der 10 %-Regelung des Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 als Kappungsgrenze.[205] So verstanden, handele es sich um eine unbestimmte „partielle Blankettrechtsfolge", die bewirke, dass die Kommission mit vorläufig über dieser Grenze liegenden Beträgen arbeiten dürfe, die erst am Ende „gekappt" würden.[206] Verschärft werden diese Bedenken aufgrund der bereits dargestellten faktischen Pönalisierung durch steigende Kartellbußen. Vor dem Hintergrund des weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums der Kommission sei eine effektive Rechtskontrolle zudem nur eingeschränkt möglich.[207]

b) Hinreichende Bestimmtheit für die Unionsgerichte

Die Kritik wurde von den Unionsgerichten stets zurückgewiesen. Der Bestimmtheitsgrundsatz verlange zwar als allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass das Gesetz die angedrohten Strafen klar definiere; dies sei im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR[208] jedoch nicht nur anhand des Wortlauts – hier

---

199 *Bechtold*, in: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 241, S. 63.

200 *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 489.

201 *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 462.

202 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 111, m. w. N.

203 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 25.

204 *Möschel*, ECLR 2011, S. 369, S. 370.

205 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 111.

206 Der EuGH hat dieses Vorgehen ausdrücklich gebilligt: EuGH, U. v. 28.6.2005 – Dansk Rørindustri u. a. – verb. Rs. C-189/02 P u. a., ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 278: „Wie das Gericht zutreffend festgestellt hat, verbietet Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 der Kommission somit nicht, bei ihrer Berechnung einen Zwischenbetrag heranzuziehen, der diese Grenze übersteigt. Ebenso wenig untersagt er, Zwischenberechnungen, mit denen Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung Rechnung getragen wird, an einem über der Obergrenze liegenden Betrag vorzunehmen."

207 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 216.

208 EGMR, U. v. 27.9.1995 – G./Frankreich – Nr. 15312/89, Rn. 25.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 –, sondern auch der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen sowie ggf. der Präzisierung durch eine ständige und veröffentlichte Entscheidungspraxis der Kommission und Rechtsprechung möglich.[209] Dass Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 der Kommission ein weites Ermessen bei der Bestimmung der Bußgeldhöhe einräume, sei – wieder unter Verweis auf den EGMR – auch daher unbedenklich, weil das Erfordernis der Vorhersehbarkeit nicht verletzt sei, solange der Umfang und die Modalitäten der Ausübung eines solchen Ermessens in Hinblick auf das in Rede stehende legitime Ziel hinreichend deutlich festgelegt sind, um dem Einzelnen angemessenen Schutz vor Willkür zu gewähren.[210] Dies alles ist nach dem EuGH für die Bemessung der Kartellbuße der Fall, da eine bezifferbare absolute Obergrenze den Höchstbetrag für Unternehmen bestimmbar mache, die Ausübung des Ermessens der Kommission durch Verhaltensregeln – wie den Leitlinien – begrenzt sei und die Verwaltungspraxis der unbeschränkten Kontrolle der Unionsrichter unterläge, die ständig veröffentlicht werde.[211] Ein verständiger Wirtschaftsteilnehmer könne folglich – ggf. mit rechtsanwaltlicher Unterstützung – die methodologische Berechnung und Größenordnung der Geldbuße vorhersehen. Dass die Geldbuße nicht im Einzelfall genau im Voraus determiniert werden könne, sei unbeachtlich, da dies nicht vom Schutzbereich des Bestimmtheitsgrundsatzes umfasst sei.[212]

Insgesamt ist die Kartellbuße daher nach den Unionsgerichten mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar.

c) Stellungnahme

Die Behauptung des EuGH, ein verständiger Wirtschaftsteilnehmer könne die Berechnung und Größenordnung der Geldbuße vorhersehen, vermag kaum zu überzeugen.[213] Zum einen betonen die Unionsgerichte selbst die Notwen-

---

[209] EuGH, U. v. 17.6.2010 – Lafarge – Rs. C-413/08 P, ECLI:EU:C:2010:346, Rn. 94 ff.; EuGH, U. v. 22.5.2008 – Evonik – Rs. C-266/06 P, ECLI:EU:C:2008:295, Rn. 39, m. w. N.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 112.

[210] EuGH, U. v. 17.6.2010 – Lafarge – Rs. C-413/08 P, ECLI:EU:C:2010:346, Rn. 94, unter Verweis auf EGMR, U. v. 25.2.1992 – Margareta u. Roger Andersson/ Schweden – Nr. 12963/87, Rn. 75.

[211] EuGH, U. v. 17.6.2010 – Lafarge – Rs. C-413/08 P, ECLI:EU:C:2010:346, Rn. 94; EuGH, U. v. 18.7.2013 – Schindler – Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, Rn. 58.

[212] EuGH, U. v. 17.6.2010 – Lafarge – Rs. C-413/08 P, ECLI:EU:C:2010:346, Rn. 94; vgl. auch *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 112.

[213] Die Behauptung verkennt zudem, dass in den Berechnungs- und Abwägungsprozess einzubeziehen wäre, dass die Geldbuße später durch das Gericht abgeändert

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

digkeit einer flexiblen Handhabung der Leitlinien, um die Abschreckungswirkung der Geldbuße im Einzelfall zu gewährleisten. Der hierfür gewährte große politische und dynamische Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Kommission dient zudem der Durchsetzung der gegenwärtig opportunen Wettbewerbspolitik. Das Ermessen unterliegt zuletzt – wenn auch nur begrenzt – der richterlichen Kontrolle und Konkretisierung.[214] Zum anderen hat bereits die überblicksartige Darstellung der Berechnungsmethode gezeigt, dass es keinen Kanon fester Ermessenskriterien gibt, sodass jedwedes Unternehmensverhalten potenziell Einfluss auf die Buße haben kann.[215] Die bestehenden Stellschrauben sind darüber hinaus flexibel und in der Praxis oftmals das Ergebnis langwieriger Verhandlungen potenzieller Sanktionsadressaten und der Kartellbehörden, deren subjektives Gebaren bei Nachprüfungen oder Verhandlungen über Kronzeugenanträge oder Settlement Agreements Einfluss auf die Sanktion haben kann.[216] Die Größenordnung der Kartellbuße ist für die betroffenen Unternehmen damit bewusst kaum vorhersehbar.

Aus alledem lässt sich dennoch nicht zwingend rückschließen, dass das gegenwärtige System gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 7 Abs. 1 EMRK, Art. 49 Abs. 1 GRCh verstößt. Zum einen spricht die Aufgabe der Kommission, zur Steuerung der Wettbewerbspolitik hinreichend abschreckend wirkende Geldbußen vorzuhalten, für eine notwendige Flexibilität der Bußgeldbemessung. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen darf es nicht möglich sein, im Wege einer „Kosten-Nutzen-Rechnung“ die Vor- und Nachteile einer Kernbeschränkung des Wettbewerbs kalkulierbar zu machen, sodass eine gewisse Unvorhersehbarkeit unabdingbar scheint.[217] Dies ist aber nicht notwendig mit einer Unbestimmtheit gleichzusetzen, da die grundrechtlichen Mindestanforderungen an die Bestimmtheit rechtsstaatlicher Strafzumessung generell gering sind.[218] Zum anderen lässt sich aus der jahrzehntelang ausgeübten bußgeldrechtlichen Verwaltungspraxis der Europäischen Kommission deren grundsätzlicher modus operandi herausdestillieren. Durch die Anpassungen der Verordnung, die „soft law“-Selbstbindung der Kommis-

werden kann. Vgl. zur faktischen Bemessung von Kommission und Gericht die umfangreiche Studie von *Geradin/Henry*, European Competition Journal 1, S. 401, S. 401 ff.

[214] *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 76.

[215] In der Praxis wird hauptsächlich auf die Kooperation der Unternehmen geachtet, etwa im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen.

[216] *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 199; *Deselaers*, in: Verfahrensgerechtigkeit für Unternehmen, S. 101 f.; vgl. hierzu auch *Jaspers/Jany*, Journal of European Competition Law & Practice, S. 1, S. 6.

[217] *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 34.

[218] *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 76.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sion durch Leitlinien, Mitteilungen und Bekanntmachungen[219] sowie die veröffentlichte und damit einsehbare Entscheidungspraxis der Gerichte mag sich dabei ein für betroffene Unternehmen jedenfalls in groben Zügen vorhersehbarer Verfahrensablauf und Bußgeldrahmen gefestigt haben.

Fraglich bleibt dennoch, ob der *Bestimmtheits*grundsatz durch diese Vorgaben letztlich auf ein *Bestimmbarkeits*grundsatz reduziert wird.[220] Hinzu kommt, dass die Kommission die ausgetretenen Pfade der Leitlinien gerade dann verlassen kann, wenn die Sanktionierungs- und Steuerungsfunktion der Kartellbuße – mithin die Abschreckungswirkung oder Wettbewerbspolitik – beeinträchtigt sind. Sie kann nach Ziffer 37 der Bußgeldleitlinien von den allgemeinen Berechnungsmethoden abweichen, wenn:

> „die besonderen Umstände eines Falles oder die Notwendigkeit einer ausreichend hohen Abschreckungswirkung"

dies erfordern.[221] Eine in der Vergangenheit verhängte Geldbuße entfaltet mithin nur begrenzte Bindungswirkung, zumal auch gleichgelagerte Fälle aufgrund wettbewerbspolitischer Erfordernisse Anpassungen verlangen können.[222] Zwar stellen die Gerichte an ein Abweichen erhöhte Anforderungen,[223] es ist jedoch kaum von der Hand zu weisen, dass die Einführung einer konkreten Bußgeldobergrenze – wie es Teile der Literatur *de lege ferenda* vorschlagen[224] – immerhin bestimmbar*er* würde. Begrüßenswert wären auch daher in jedem Fall präzisierende Vorgaben zur Bußgeldbemessung durch den Verordnungsgeber.[225]

---

219 *Wahl*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg Europäisches Strafrecht, § 7 Kartellverfahren, Rn. 2.

220 In diesem Sinne *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 49, der von einem „Grundsatz bloßer Konkretisierungsfähigkeit" spricht.

221 Entscheidet die Kommission beispielsweise, aufgrund von vermehrtem Vorkommen weiter „Best-Price"-Klauseln vorzugehen, kann sie die Sanktion zu Abschreckungszwecken anheben.

222 EuGH, U. v. 28.6.2005 – Dansk Rørindustri u. a. – verb. Rs. C-189/02 P u. a., ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 169, m. w. N.

223 EuG, U. v. 10.11.2017 – Icap – Rs. T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, Rn. 289; EuG, U. v. 13.12.2016 – Printers – Rs. T-95/15, ECLI:EU:T:2016:722, Rn. 48; vgl. auch zum Zusammenspiel zu Ziff. 35, EuGH, U. v. 11.06.2013 – Ziegler – Rs. C-439/11 P, ECLI:EU:C:2013:513, Rn. 166 ff.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 164.

224 Vgl. sehr ausführlich *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 113, der eine Ausgestaltung der Bußgeldobergrenze als Bußgeldrahmen für vorzugswürdig erachtet, innerhalb dessen nur die schwersten Verstöße mit den schwersten Kartellsanktionen geahndet werden dürfen – flankiert von einer Bußgeldobergrenze.

225 In diesem Sinne wohl auch *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 113.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für den Fortgang der Untersuchung ist jedoch entscheidend, dass sich der Vorwurf eines systematischen Verstoßes der Leitlinie bzw. der Kartellbuße gegen das Bestimmtheitsgebot mit rechtswissenschaftlichen Methoden kaum überprüfen lässt. Hierfür fehlte es an objektiven Kriterien zur Kontrolle der Bestimmtheitsanforderungen, sodass unklar bleibt, wo genau die legislativen Grenzen der hinreichenden Bestimmtheit der Leitlinien abstrakt verlaufen.[226] Darauf kommt es hier allerdings auch nicht an. Der Kern des Vorwurfs betroffener Unternehmen – und damit der Untersuchungsgegenstand – betrifft nicht die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Höhe der Geldbuße an sich, sondern die Anwendbarkeit und den Anwendungsumfang der im Verhältnis zur Sanktionshöhe angemessenen strafrechtlichen Verteidigungsrechte im Kartellermittlungsverfahren. Entscheidend ist an dieser Stelle daher nur, dass das Eingriffsniveau der Kartellbuße auch wesentlich dadurch geprägt wird, dass die Bemessung der Kartellbuße nicht vollständig vorhersehbar ist.

3. Zwischenergebnis

Die Kommission hat bei der Verhängung und Bemessung der Kartellgeldbuße faktisch einen erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum, den sie den wettbewerbspolitischen Anforderungen und Abschreckungsanforderungen anpasst. Die Gerichte akzeptieren diesen Spielraum und verteidigen das Konzept gegen rechtsstaatliche Bestimmtheitsbedenken, obschon die genauen Grenzen vage und die Leitlinien durch die Kommission selbst jederzeit sowie ohne Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot[227] änderbar sind. Für die weitere Untersuchung bildet die Kritik an der Bußgeldbemessung und der Sanktionshöhe jedoch nur den Ausgangspunkt. Entscheidend kommt es im Rahmen des Eingriffsniveaus der Geldbuße darauf an, zu beachten, dass deren Berechnung flexibel und damit nicht in jeder Hinsicht präzise vorhersehbar ist.

IV. Ergebnis

Die europäische Kartellgeldbuße ist eine repressiv-punitive Sanktion, die erheblich in die Rechte von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen

---

[226] In der Praxis spielen die langfristigen politischen Auswirkungen der Bußgeldverhängung und -bemessung für die Kommission eine bedeutsame Rolle, etwa wenn die Auswirkungen der Sanktionierung Einfluss auf die Effektivität anderer Kartellinstrumente nehmen, etwa die Kronzeugenregelung.

[227] Dies gilt, soweit die spätere Leitlinie und deren Methode im Begehungszeitpunkt hinreichend vorhersehbar waren, vgl. *F. Meyer*, in: FK Art. 23 VO 1/2003, Rn. 88 ff.; EuGH, U. v. 26.1.2017 – Aloys F. Dornbracht – Rs. C-604/13 P, ECLI:EU:C:2017:45, Rn. 42.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eingreift. Daneben dient sie der Kommission als Steuerungsinstrument der Wettbewerbspolitik, mithin zum Erhalt der Schutzzwecke des Wettbewerbs. Die rechtsstaatlichen Bedenken an der Berechnung lassen einerseits Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Buße bestehen. Andererseits erscheint eine flexiblere Handhabung der Leitlinie vonnöten, um die Abschreckungs- Wettbewerbssteuerungsfunktion der Kartellbuße aufrechtzuerhalten. Die faktische Pönalisierung des Kartellrechts erhöht jedenfalls die Anforderungen und die Notwendigkeit für den Verordnungsgeber, die Vorgaben für die Bußgeldbemessung präziser zu bestimmen. Diese an dieser Stelle zu entwickeln und die Vereinbarkeit der Leitlinien mit Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 49 Abs. 1 GRCh zu prüfen, ist jedoch nicht Aufgabe der Untersuchung. Der Untersuchungsgegenstand betrifft lediglich die Eingriffsschwere der Kartellbuße an sich. Entscheidend für die Untersuchung ist damit, dass sich das hohe Eingriffsniveau der Kartellbuße auch daraus ergibt, dass die Kartellbuße nicht vollständig vorhersehbar ist. Der Fokus der Untersuchung muss daher auf die Eingriffswirkung der Ermittlungsbefugnisse im Verhältnis zu den Verfahrensrechten als zentralen Kritikpunkt zentriert bleiben.

B. Das europäische Kartellverfahren

Mit dem Kartellverfahren kommt die Europäische Kommission der ihr nach Art. 105 Abs. 1 S. 1 AEUV überantworteten Kompetenz und Pflicht nach, die in Art. 101 und 102 AEUV niedergelegten Grundsätze praktisch zu verwirklichen. Diese Pflicht umfasst die Überwachung der Wettbewerbsregeln im gemeinsamen Markt, die Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen und die Abwehr des sich hieraus ergebenden Schadens für einzelne Unternehmen und Verbraucher.[228] Hierfür müssen potenziell wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlungen zunächst aufgedeckt und untersucht werden, bevor festgestellte Zuwiderhandlungen abgestellt und durch deren bußgeldbewehrte Ahndung zukünftig verhindert werden können.[229] Die nach Art. 103 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 lit. a AEUV als zur Kartelluntersuchung zweckdienlich erlassene Verordnung Nr. 1/2003 überträgt der Kommission in Kapitel V. hierfür entsprechende Ermittlungsbefugnisse.[230] Sie konkretisieren die allgemeine Er-

[228] EuGH, U. v. 26.6.1980 – *National Panasonic* – Rs. C-136/79, ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 20.

[229] *de Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Vor. Art. 17 bis 22 VO 1/2003, Rn. 1 f.; *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 2.

[230] Auch die Ermittlungsmaßnahmen dienen konsequenterweise der Erfüllung der der Kommission durch die Verträge zugewiesenen Aufgabe, sollen die wirksame und einheitliche Anwendung der Kartellrechtsvorschriften sicherstellen und so den unver-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mittlungsbefugnis der Kommission nach Art. 337 AEUV.[231] Auch die Ermittlungsmaßnahmen der Inspektoren der Generaldirektion Wettbewerb greifen – neben der Kartellbuße – in die Rechte von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ein.[232] Als Handlungsinstrument der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung fügen sie sich konsequent in die bereits dargestellte Wettbewerbsverfassung der EU ein. Die besondere Struktur des Kartellverfahrens (I.), in die die Ermittlungsbefugnisse eingebettet sind (II.), muss daher nachfolgend im systematischen Zusammenhang dargestellt werden.[233]

I. Struktur des europäischen Kartellverfahrens

Das europäische Kartellverfahren sieht nach der „*best-practice*"-Bekanntmachung der Kommission strukturell zwei aufeinanderfolgende, durch divergierenden Aufbau und Zwecksetzung getrennte Verfahrensabschnitte vor.[234] Während es das *Voruntersuchungsverfahren* der Kommission ermöglichen soll, zum weiteren Verlauf des Verfahrens Stellung zu nehmen, dient ihr das *kontradiktorische Verfahren* dazu, sich abschließend zu der gerügten Zuwiderhandlung zu äußern.[235]

In der Praxis ist eine strikte Trennung indes kaum aufrechtzuerhalten. So können Unternehmen bereits während der Ermittlungen Stellungnahmen abgeben und die Kommission kann auch im kontradiktorischen Verfahren weitere Beweismittel erheben. Die Differenzierung ist allerdings für die Untersu-

---

fälschten Wettbewerb im gemeinsamen Markt gewährleisten, vgl. Erwägungsgrund Nr. 1 und Nr. 11 VO 1/2003.

231 *Hennig*, in: Immenga/Mestmäcker, Vor. Art. 17–22 VO 1/2003, Rn. 1; *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Vor. Art. 17 VO 1/2003, Rn. 1.

232 Das EuG hat festgestellt, dass bereits die Ermittlungsmaßnahmen im Rahmen des Voruntersuchungsverfahrens „erhebliche Auswirkungen auf die Situation der unter Verdacht stehenden Unternehmen haben", EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 46.

233 Für einen Überblick, vgl. auch *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 8.

234 Vgl. hierzu die Struktur der Bekanntmachung der Kommission über die bewährte Vorgehensweise in Verfahren nach Artikel 101 und 102 AEUV, Abl. Nr. 2011/C-308/06 v. 20.10.2011 (nachfolgend: Bekanntmachung „best-practice") Abschnitt 2 – „Die Untersuchungsphase".

235 EuG, U. v. 5.10.2020 – Casino, Guichard-Perrachon – Rs. T-249/17, ECLI:EU:T:2020:458, Rn. 87; EuGH, U. v. 3.9.2009 – Prym and Prym – Rs. C-534/07, ECLI:EU:C:2009:505, Rn. 27; EuG, U. v. 14.3.2014 – Schwenk – Rs. T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 26; EuG, U. v. 8.7.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 47; *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Rn. 14; *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 7, Rn. 1 ff.; vgl. hierzu auch die Struktur der Bekanntmachung „best-practice" a. a. O. Abschnitt 2 – Die Untersuchungsphase.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

chung insoweit von Bedeutung, als dass die Ermittlungsbefugnisse primär im Voruntersuchungsverfahren Anwendung finden. Die Verfahrensabschnitte sind genauer zu beleuchten.

1. Das Voruntersuchungsverfahren

Den ersten Abschnitt bildet das *Voruntersuchungsverfahren*, das sich weiter unterteilen lässt. Es beginnt mit dem Anlass zum Tätigwerden der Kommission, sobald die Generaldirektion Wettbewerb Wissen über potenziell wettbewerbswidriges Verhalten erlangt. Daran schließt sich das investigative Voruntersuchungsverfahren an, in dessen Rahmen die Kommission erstmalig ihre Ermittlungsbefugnisse ausübt, um den Anfangsverdacht zu überprüfen. Die Voruntersuchung endet mit der ablehnenden oder zustimmenden Entscheidung über die formelle Verfahrenseinleitung.[236]

a) Anlass für ein Tätigwerden der Kommission

Das Voruntersuchungsverfahren beginnt mit dem Anlass zum Tätigwerden, mithin sobald die Generaldirektion Wettbewerb, als zuständige Behörde über einen potenziell wettbewerbsbeeinträchtigenden Sachverhalt Kenntnis erlangt.[237] Dies kann auf unterschiedliche Weise geschehen, wobei grundsätzlich unbeachtlich ist, aus welchen Quellen die Kommission Kenntnis über die „bestimmten Fakten oder Informationen“[238] eines potenziellen Wettbewerbsverstoßes erlangt.[239] In Betracht kommt zunächst eine offizielle Beschwer-

---

236 Dies hat die VO 1/2003 von der Vorgängerverordnung Nr. 17/62 übernommen, vgl. EuG v. 8.07.2008 – AC-Treuhand AG – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 47. In dem Verfahren beanstandete die Klägerin die aus ihrer Sicht verspätete Mitteilung des Ermittlungsgegenstands durch die Kommission in der Untersuchungsphase, worin sie einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK sah. Das Gericht wies das Vorbringen der Klägerin indes zurück. Die Verteidigungsrechte, etwa das Akteneinsichtsrecht, seien erst nach Mitteilung der Beschwerdepunkte, also mit Einleitung des förmlichen Verfahrens, zu gewähren. Durch die vorzeitige Mitteilung der Beschwerdepunkte würde die Kommission zur Preisgabe des derzeitigen Ermittlungsstands gezwungen, was die Effizienz der Kommissionsuntersuchung gefährden würde, vgl. EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 46.

237 Vgl. Abschnitt 2 der Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, Abl. 2011/C 308/6, Rn. 9.

238 Bekanntmachung „best-practice“ a. a. O. Abschnitt 2.1, Rn. 11 determiniert insoweit keine Anforderungen.

239 Vgl. Bekanntmachung „best-practice“ a. a. O. Abschnitt 2.1 Rn. 11; dies stellt im Vergleich zur Vorgängerverordnung 17/62 eine Neuerung dar. Nach deren Art. 3 Abs. 2 waren nur die Mitgliedstaaten und berechtigte Personen oder Personenvereinigungen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

de.[240] Antragsbefugt sind hierfür nach Art. 7 Abs. 2 VO 1/2003 jedoch nur natürliche und juristische Personen[241] – sofern sie nach Art. 5 Abs. 1 DVO (VO 773/2004) ein berechtigtes Beschwerdeinteresse darlegen[242] – sowie die Mitgliedstaaten.[243] Der Antrag führt zur formellen Anerkennung als Verfahrenspartei und der Gewährung von Verfahrensrechten, etwa Anwesenheitsrechten bei Befragungen. Möglich sind auch inoffizielle Beschwerden durch „whistleblower"[244] an die Generaldirektion Wettbewerb, die hierzu ein anonymes digitales Meldesystem etabliert hat.[245] Die Kommission ist in der Praxis ob der geheimen Natur der Absprachen erheblich auf vertrauliches Insiderwissen der Informanten über das Marktverhalten angewiesen.[246] Die Kommission kann zudem auch von Amts wegen – (*ex officio*) – tätig werden, wenn sie selbst auf einen relevanten Sachverhalt stößt.[247] In der Praxis tritt ein durch illegale Absprachen, Vereinbarungen oder Marktmachtmissbrauch verzerrter Wettbewerb oftmals im Rahmen informeller oder formeller Sektoruntersuchungen zutage, wie sie in Art. 17 VO 1/2003 vorgesehen sind. Der behördeninterne Aufbau der Generaldirektion Wettbewerb in spezifische Marktsektoren unterstützt dabei die Akkumulation relevanten Sonderwissens über die Märkte.

---

antragsbefugt. Auch hier zeigt sich die Auswirkung der systematischen Dezentralisierung durch die VO 1/2003.

240 So geschehen im Fall Intel, Kommissionsentscheidung v. 13.05.2009 – Intel – Rs. COMP/37.990, Rn. 5.

241 Relevant ist die Unterscheidung zwischen Beschwerdeführern im förmlichen Beschwerdeverfahren i. S. v. Art. 7 Abs. 1, 2 VO, Art. 5 Abs.1 DVO i. V. m. Art. 11 Abs.1 DVO oder sonstigen zugelassenen Anhörungsberechtigen i. S. v. Art. 13 Abs. 1 DVO nur für den Umfang der Verfahrensrechte im späteren Verfahren; vgl. hierzu Bekanntmachung „best-practice" a. a. O. Abschnitt 2.1 Rn. 9 ff.

242 Ein „berechtigtes Interesse" wird gegenüber Mitgliedstaaten vermutet und bei Unternehmen angenommen, wenn diese etwa Wettbewerber sind oder potenziell durch die Kartellvereinbarung verletzt sind, vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Abl. Nr. C 101 v. 27.4.2004, S. 65 ff., Rn. 33 ff.

243 Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV (2011/C 308/06) v. 20.10.2011, Ziff. 9, 11.

244 Vgl. https://competition-policy.ec.europa.eu/cartels/whistle-blower_en, (zuletzt besucht am: 25.3.2023).

245 Pressemitteilung der Kommission v. 16.3.2017, IP-17-591, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_591 (zuletzt besucht am: 25.3.2023).

246 Vgl. *Jaspers/Jany*, Journal of European Competition Law & Practice, S. 1, S. 4.

247 Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV (2011/C 308/06) v. 20.10.2011, Ziff. 11; so geschehen im Fall Carglass, KOMM v. 12.11.2008 – Rs. COMP/39.125 – Rn. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Unterrichtung über marktrelevante Informationen kann aber auch über sonstige allgemein zugängliche Pressemitteilungen, Verdachtsmeldungen von Bürgern, Unternehmen im Rahmen von Anträgen auf Kronzeugenbehandlung[248] oder durch Hinweise im Rahmen des Informationsaustauschs im *European Competition Network* (ECN+) mit nationalen Wettbewerbsbehörden erfolgen, die diese nach Art. 11 Abs. 3 VO 1/2003 der Kommission übermitteln.[249]

Nach der Kenntniserlangung von Verdachtsmomenten eröffnet die Europäische Kommission aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes den investigativen Teil des Voruntersuchungsverfahrens von Amts wegen.[250]

b) Das investigative Voruntersuchungsverfahren

Telos des investigativen Voruntersuchungsverfahrens ist es, der Generaldirektion Wettbewerb zu ermöglichen:

> „[…] alle relevanten Elemente zusammenzutragen, durch die das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln bestätigt oder nicht bestätigt wird, und eine erste Position zur Ausrichtung und zum weiteren Gang des Verfahrens einzunehmen.“[251]

Hierzu nimmt die Kommission – unabhängig vom Anlass des Tätigwerdens – eine prüfende Erstbetrachtung des Sachverhalts vor und teilt sie triagierend einer Prioritätsstufe zu. Grund dafür ist, dass die Kommission ihre Ressourcen auf diejenigen Fälle konzentriert, die den Binnenmarkt und damit die Verbraucher, potenziell am schwersten beeinträchtigen. Diese Fokussierung der Ermittlungskapazitäten ist denklogischer Ausfluss der hier nur zu erwähnenden Dezentralisierungsentwicklung der VO Nr. 1/2003, die ihren Höhepunkt durch die Gründung des *European Competition Networks* durch die „ECN+“-Richtlinie erreichte.[252] Diese räumt der Kommission zusätzliche

---

[248] So geschehen im Fall Marine Hoses, KOMM v. 28.01.2009 – Marine Hoses – Rs. COMP/39.406, Abl. C-168/6, Rn. 5.

[249] Art. 7 Abs. 2 VO 1/2003; s. auch Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden (Text von Bedeutung für den EWR), Abl. v. 27.4.2004 C-101, S. 43-53.

[250] *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 2 VO 1/2003, Rn. 2.

[251] St. Rspr. EuG, U. v. 5.10.2020 – Casino, Guichard-Perrachon – Rs. T-249/17, ECLI:EU:T:2020:458, Rn. 87; EuG, U. v. 14.3.2014 – Schwenk – Rs. T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 26.

[252] Die VO Nr. 1/2003 zeichnet sich durch eine Dezentralisierung der Anwendungskompetenzen des europäischen Wettbewerbsrechts aus. Das zentralisierte System der Einzel- und Gruppenfreistellung durch die Kommission nach Art. 81 Abs. 3 EGV wurde aufgegeben und durch das System der Legalausnahme fundamental verändert.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

supervisorische Rechte ein und soll den Austausch unter den Behörden stärken. Konsequenterweise steht der Generaldirektion nach dem Opportunitätsprinzip ein weites Entschließungsermessen zu, ob sie das Verfahren einstellt, an eine nationale Wettbewerbsbehörde abgibt oder weiterverfolgt.[253] Dies verdeutlicht erneut die politische Dimension der Entscheidung über die Einleitung und Durchführungen von Kartellermittlung zum Zweck der Steuerung der Wettbewerbspolitik.

Zur Vorbereitung dieser Ermessensausübung ist die Kommission zur Kenntnisgewinnung durch *informelle* Ermittlungsmaßnahmen als Vorermittlung berechtigt.[254] Die Kommission darf sich aus jeder zugänglichen Quelle unterrichten, wobei allein in diesem Stadium des Verfahrens ein Anfangsverdacht nicht erforderlich, sondern zu überprüfen ist.[255] In der Praxis versendet die Generaldirektion Wettbewerb zum Teil unvertrauliche Versionen der formellen oder informellen Beschwerden an Marktteilnehmer, um deren Stellungnahme und weiterführende Informationen zu erbitten. Dabei können auch informelle Treffen mit Dritten stattfinden, die klarstellende Eingaben zum Sachverhalt machen oder ihre Sicht der Dinge schildern möchten. Diese infor-

---

Rechtstechnisch bedeutet dies, dass Art. 81 Abs. 3 EGV durch Ratsbeschluss ohne vorherige Entscheidung durch die Kommission für unmittelbar anwendbar erklärt wird. Dadurch tritt die Freistellungswirkung für anmeldepflichtige Vorhaben auch ohne die – damit obsolete – Kommissionsentscheidung ein. Verhaltensweisen, die die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, führen daher i. d. R. dazu, dass das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV keine Anwendung mehr findet. Mit der durch die Dezentralisierung gewonnenen Freiheit ist es der Kommission möglich, den Blick auf die schwerwiegendsten Verstöße, insbesondere die hard-core-Kartellverstöße mit europaweiter (Binnenmarktgrenzen überschreitender) Wirkung zu fokussieren. Erhebliche Neuerung war jedoch auch die Dezentralisierung (Demonopolisierung) der Anwendungskompetenz. Nach Art. 5 und Art. 6 VO 1/2003 sind sowohl NWBs als auch nationalen Gerichte zur Anwendung der Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 102 AEUV sowie des Art. 101 Abs. 3 AEUV – als unmittelbares Recht – befugt. Gleichwohl richtet sich die konkrete Ausgestaltung dieser Verfahren in erster Linie nach den nationalen Verfahrensordnungen der jeweiligen Mitgliedstaaten. Es besteht insoweit eine parallele, arbeitsteilige Zuständigkeit. Um die Kohärenz der Kartellverfahren dennoch zu gewährleisten, formen die Kommission und die Mitgliedstaaten ein Europäisches Wettbewerbsnetz (ECN), das sich insbesondere mit der Fallallokation beschäftigt. Darüber hinaus nimmt die VO 1/2003 Einfluss auf die nationalen Verfahren, indem sie die wesentlichen Grundzüge sowohl des materiellen Rechts als auch des Beweisrechts verbindlich zementiert. Vgl. zu dieser Entwicklung: *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 109.

[253] *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 9, 35.

[254] *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Vor. Art. 17 VO 1/2003, Rn. 5.

[255] Vgl. hierzu Bekanntmachung „best-practice“ a. a. O., Abschnitt 2.2, Rn. 12. Der Verfahrensstand entspricht demnach am ehesten demjenigen im Schweizer und deutschen Strafrecht umstrittenen Bereich der Vorermittlungen, also der Ermittlung zur Entscheidung darüber, ob ein Anfangsverdacht vorliegt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mellen Vorermittlungen werden aber häufig nicht genügen, um den Sachverhalt entscheidungsreif aufzuklären und verwertbare Beweismittel zu erlangen.[256] Dies ist, wie gezeigt, auch nicht ihr Zweck.

Entschließt sich die Kommission dazu, das Verfahren weiterzuführen, wird das investigative Voruntersuchungsverfahren eröffnet. Dieser Abschnitt bildet das Herzstück des Voruntersuchungsverfahrens, da die Generaldirektion Wettbewerb die in Kapitel V. der VO Nr. 1/2003 vorgesehenen Ermittlungsbefugnisse zur Überprüfung mutmaßlicher Verstöße gegen Art. 101 und 102 AEUV[257] regelmäßig ausschließlich in diesem Verfahrensstadium ausschöpft. Dabei soll sie diejenigen Auskünfte und Unterlagen einholen können, die erforderlich sind, um das Vorliegen und die Bedeutung einer bestimmten Sach- und Rechtslage prüfen zu können.[258] Da die Kommission in der Praxis das formelle Verfahren zu diesem Zeitpunkt nicht eröffnet,[259] beginnt das investigative Voruntersuchungsverfahren bereits faktisch, wenn die Kommission:

> „in Ausübung der ihr durch die Art. 18 und 20 der Verordnung Nr. 1/2003 verliehenen Befugnisse Maßnahmen trifft, die mit dem Vorwurf verbunden sind, eine Zuwiderhandlung begangen zu haben, und die erhebliche Auswirkungen auf die Situation der unter Verdacht stehenden Unternehmen haben.“[260]

In der Praxis erfahren betroffene Unternehmen daher regelmäßig erst durch den „request for information“ oder einen „dawn-raid“ der Generaldirektion von den Kartellermittlungen, nicht aber deren konkreten Umfang oder den Vorwurf der Ermittlung.[261] Da erst nach und auf Basis dieser Ermittlungen

---

256 *Miersch*, in: Grabitz et al., Das Recht der EU, Vorbemerkung Art. 17 Rn. 2.

257 EuG, U. v. 5.10.2020 – Casino, Guichard-Perrachon – Rs. T-249/17, ECLI:EU:T:2020:458, Rn. 87.

258 EuGH v. 18.10.1989 – Orkem SA – Rs. 374/87 – ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 21, unter Verweis auf EuGH v. 26.06.1980 – National Panasonic Ltd. – Rs. 136/79 – ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 21, der insoweit jedoch allein zum Nachprüfungsverfahren nach Art. 14 der VO Nr. 17/62 Stellung bezieht, nicht zum Voruntersuchungsverfahren an sich; EuG, U. v. 14.3.2014 – Schwenk – Rs. T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 26; EuG, U. v. 8.07.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 47.

259 *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 7, Rn. 1.

260 EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 46; EuG, U. v. 14.03.2014 – T-306/11 – Schwenk Zement, Rn. 27; EuG, U. v. 08.07.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 48.

261 Unternehmen, die nicht selbst eine Bußgelderleichterung beantragt haben, können aus den von der Kommission verlangten Auskünften jedoch regelmäßig ungefähre Rückschlüsse auf den relevanten Sachverhalt schließen, etwa, wenn nach „E-Mails oder Treffen mit dem Geschäftsführer eines horizontalen Wettbewerbers zwischen 2015 und 2020“ gefragt wird. Die Kommission wird dagegen versuchen, derartig präzise Fragen zu vermeiden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

über die Einleitung des formellen Verfahrens entschieden werden kann, ermächtigt Art. 2 Abs. 3 DVO 773/2004 die Kommission konsequenterweise dazu, von den Ermittlungsbefugnissen Gebrauch zu machen, „bevor sie ein [kontradiktorisches, Anm. d. Verf.] Verfahren einleitet",[262] mithin in der Voruntersuchungsphase.[263] Die Generaldirektion Wettbewerb soll auf der Grundlage der Beweisermittlung in die Lage versetzt werden, den weiteren Gang des Verfahrens festzulegen.[264] Bei der Wahl der Ermittlungsinstrumente steht der Kommission ein Auswahlermessen zu, das durch den Grundsatz der Zweck- und Verhältnismäßigkeit beschränkt ist.[265] Die Ermittlungsmaßnahmen müssen zur Erfüllung der in der Verordnung 1/2003 an die Kommission übertragenen Aufgaben dienen. Dies ist der Fall, wenn unter Berücksichtigung des Verfahrensstands bei objektiver Beurteilung des Sachverhalts die Möglichkeit eines Zusammenhangs zwischen Ermittlungshandlung und dem Verfahrensziel nicht ausgeschlossen werden kann.[266] Durch diesen Rechtsgrundverweis auf Kapitel V. ist für die Anwendung dieser Ermittlungsbefugnisse nunmehr ein „Anfangsverdacht"[267] erforderlich.[268]

---

262 Gemeint ist ein förmliches Verfahren im oben genannten Sinne nach Art. 11 Abs. 6 VO zum Erlass einer Entscheidung nach Kap. III der VO 1/2003, nicht die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens an sich. Dies ergibt sich bereits aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 DVO; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 4.

263 Dies war bereits in der Vorgängerverordnung 17/62 im Rahmen der Art. 11 (Auskunftsverlangen) und 14 (Nachprüfungsbefugnisse) möglich.

264 EuG, U. v. 08.07.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 47.

265 *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Vor. Art. 17 VO 1/2003, Rn. 6.

266 Dies ergibt sich nur indirekt aus der formellen Begründungspflicht, die die Ermittlungsbefugnisse der Generaldirektion zur Wahrung der Verteidigungsrechte auferlegen, wie Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003. Zwar ist mangels inhaltlicher Erkenntnisse nicht die Vorlage von Beweismitteln oder eine strenge rechtliche Qualifizierung der potenziellen Zuwiderhandlung zu verlangen – die Kommission muss jedoch angeben, welchen Vermutungen sie nachzugehen verlangt, vgl. *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 8; vgl. zu den divergierenden Zielen des Auskunftsverlangens und der Nachprüfungen: EuGH, U. v. 26.6.1980 – National Panasonic – Rs. C-136/79, ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 13.

267 Der Terminus ist der deutschen Strafrechtsdogmatik entliehen, da das Unionsrecht keine Definition vorhält. Er wird unten unter II. 1. im Rahmen der allgemeinen Anordnungsvoraussetzungen der Ermittlungsbefugnisse genauer beleuchtet.

268 Die Möglichkeit der anfangsverdachtslosen informellen Ermittlung verkennen die Unionsgerichte, wenn sie behaupten, dass die Untersuchungsphase „beginnt, wenn die Kommission in Ausübung der ihr durch die Art. 11 und 14 der Verordnung Nr. 17 verliehenen Befugnisse Maßnahmen trifft, die mit dem Vorwurf verbunden sind, eine Zuwiderhandlung begangen zu haben, und erhebliche Auswirkungen auf die Situation der unter Verdacht stehenden Unternehmen haben", EuG v. 8.07.2008 – AC-Treuhand AG – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 47, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Entscheidung über die formelle Verfahrenseinleitung

Nach dem Abschluss der Ermittlungen ist die Generaldirektion Wettbewerb gehalten, im pflichtgemäßen Ermessen über die formelle Einleitung eines Verfahrens zu entscheiden. Dies muss spätestens vor dem Eintritt in das kontradiktorische Verfahren geschehen, wobei in der Praxis üblicherweise zunächst ohne die Einleitung mit den Ermittlungen begonnen wird.[269] Die Kommission kann das Verfahren nach dem Opportunitätsgrundsatz einstellen und die Beschwerde abweisen, wenn sie der Auffassung ist, dass die ermittelten Beweismittel das Vorliegen einer Zuwiderhandlung nicht bestätigen oder nach Art. 13 VO 1/2003 bereits eine andere Wettbewerbsbehörde mit dem Fall betraut ist.[270] Nach Art. 2 Abs. 4 DVO 773/2004 bedarf die Abweisung keiner förmlichen Verfahrenseinleitung. Andernfalls kann sich die Kommission entschließen, eine Entscheidung nach Kapitel III. der VO Nr. 1/2003 zu treffen. Sie kann einstweilige Maßnahmen erlassen (Art. 8), eine Verpflichtungszusage der Unternehmen akzeptieren (Art. 9) oder die Nichtanwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV feststellen (Art. 10). Daneben kann die Kommission das Verfahren durch Vergleichs-[271] oder Kooperationsvereinbarungen[272] beilegen.[273]

Hat die Erstprüfung im Rahmen des investigativen Voruntersuchungsverfahrens aus Sicht der Kommission eine Kartellzuwiderhandlung offengelegt, kann sie das förmliche Verfahren im pflichtgemäßen Ermessen formell einleiten.[274] Für schwerste horizontale Kernbeschränkungen des Wettbewerbs wird die Kommission regelmäßig eine Entscheidung nach Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 treffen. Danach wird eine Zuwiderhandlung gegen die Art. 101 oder 102 AEUV festgestellt und die beteiligten Unternehmen sowie Unternehmensver-

---

269 *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 7, Rn. 2.

270 Vgl. Art. 7 Abs. 1 VO 773/2004; Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Art. 81 und 82 EG-Vertrag, Abl. Nr. C 101 v. 27.4.2004 S. 0065-0077, Rn. 53 ff.

271 Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren beim Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, Abl. C 167/1 v. 2.7.2008.

272 Vgl. das Fact sheet der Kommission in der Entscheidung AT.40428 Guess, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40428/40428_1205_3.pdf, (zuletzt besucht am: 25.3.2023).

273 Zum Ablauf der hier nicht ausführlich darzustellenden Verfahrensarten, vgl. *Kamann/u. a.*, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 10.

274 Zum Vorgehen der Kommission im Rahmen von Nachprüfungen, vgl. Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Art. 101 und 102 des AEUV v. 20.10.2011, ABl. 2011, C 308 Rn. 17; wann diese Schwelle im Sinne eines „hinreichenden Tatverdachts“ überschritten ist, ist unionsrechtlich nicht geklärt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einigungen durch Entscheidung verpflichtet, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. Diese Feststellung ist die Voraussetzung für die Verhängung eines Bußgeldes gemäß Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003. Beabsichtigt die Europäische Kommission, eine Geldbuße zu verhängen, bereitet sie die Eröffnung des streitigen kontradiktorischen Verfahrens mit einem Entwurf der Mitteilung der Beschwerdepunkte vor.[275] In diesem Stadium übt die Kommission ihr Entschließungsermessen aus und prüft, ob der Gegenstand der Untersuchung hinreichend genau abgegrenzt ist.[276] Wieder erfolgt ein interner – stark politisierter – Priorisierungsprozess, in dessen Rahmen die Kommission den Beschwerden in Abhängigkeit der aktuellen Relevanz für das wettbewerbspolitische Gemeinschaftsinteresse der EU, unterschiedliche Priorität einräumt.[277] Die Kommission konzentriert ihre Ressourcen auf die den Wettbewerb am schwersten beeinträchtigenden Zuwiderhandlungen.[278] Hierzu wird das Verfahren von den Ermittlungsbeamten der Generaldirektion Wettbewerb („case team“ und „Casehandler“) an höhere Entscheidungsträger der Kommission weitergeleitet, um die juristischen und politischen Implikationen der Verfahrenseinleitung zu analysieren.[279] Am Ende des Ermittlungsverfahrens hat die Generaldirektion Wettbewerb alle bislang relevanten Beweismittel eingeholt, den Fall auf seine politische Tragweite hin überprüft und die Beschwerdepunkte intern formuliert. Vor dem Erlass eines Beschlusses der Kommission, mit der sie eine Zuwiderhandlung feststellt, die Abstellung verfügt oder ein Bußgeld festsetzt, ist sie nach Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 verpflichtet, das *kontradiktorische Verfahren* einzuleiten, mit dem das Voruntersuchungsverfahren endet.[280]

---

[275] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem SA – Rs. 374/87 – ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 24.

[276] Vgl. hierzu Bekanntmachung „best-practice“ a. a. O. Abschnitt 2.3 Rn. 17.

[277] Welche Fälle die EU verfolgt, hängt damit zu einem großen Teil davon ab, welche wettbewerbspolitischen Signale sie senden will. Die Kommission kann etwa ihren Unmut gegenüber neuartigen Kartellerscheinungsformen, wie Käuferkartelle, zum Ausdruck bringen, indem sie diese Fälle priorisiert, *Jaspers/Jany*, Journal of European Competition Law & Practice, S. 1, S. 1; vgl. auch Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Art. 81 und 82 EG-Vertrag, Abl. Nr. C 101 v. 27.4.2004 S. 0065-0077, Rn. 28.

[278] Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Art. 81 und 82 EG-Vertrag, Abl. Nr. C 101 v. 27.4.2004 S. 0065-0077, Rn. 28.

[279] Der bislang interne Entwurf der Mitteilung der Beschwerdepunkte („statement of objections“) wird auf Abweichungen von der Rechtsprechung des Gerichtshofs oder der Verfahrenspraxis der Kommission hin überprüft. Auch der Umgang mit Unternehmen, die einen Leniency-Antrag gestellt haben, spielt eine entscheidende Rolle, will man dessen Wirksamkeit nicht gefährden.

[280] *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 7, Rn. 1 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Das kontradiktorische Verfahren

Den zweiten Abschnitt des Kartellverfahrens bildet das streitige, kontradiktorische Verfahren.[281] Erst mit dessen Beginn werden die betroffenen Unternehmen formell Verfahrenspartei und erhalten Akten- und Beweismitteleinsicht sowie die Möglichkeit, ihre Verteidigungsrechte auszuüben. Das Verfahren endet mit der abschließenden Verfahrensentscheidung. Die Kommission ist zur Eröffnung des kontradiktorischen Verfahrens nach Art. 27 Abs. 1 VO 1/2003 verpflichtet, sofern sie beabsichtigt, eine Bußgeldentscheidung nach Art. 7 VO 1/2003 i. V. m. Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 zu treffen.[282] Nach dem EuG erstreckt sich der kontradiktorische Verfahrensabschnitt von der Mitteilung der Beschwerdepunkte („statement of objections") bis zum Erlass der Endentscheidung nach Kapitel III. der VO 1/2003 und dient der Kommission dazu, sich abschließend zur gerügten Zuwiderhandlung zu äußern.[283] Art. 2 Abs. 1 DVO Nr. 773/2004 verlangt die förmliche Verfahrenseinleitung jedoch spätestens *vor* der Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte, sodass das kontradiktorische Verfahren mit dem Erlass des formellen Kommissionsbeschlusses beginnt, der in seltenen Fällen auch veröffentlicht wird.[284]

Daran schließt sich die förmliche Zustellung der – bereits fertiggestellten – schriftlichen Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen an, die damit Parteien des Verfahrens werden.[285] Die Mitteilung beinhaltet erstmals den öffentlichen und *ausdrücklichen* Vorwurf einer wettbewerbsrechtlichen Zuwiderhandlung,[286] stellt die vorläufige

---

281 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem SA – Rs. 374/87 – ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 20; EuG, U. v. 14.03.2014 – Schwenk Zement – T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 26; EuG, U. v. 08.07.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 47; EuGH, U. v. 27.04.2017 – FSL Holdings u. a. – Rs. C-469/15 P, ECLI:EU:C:2017:308, Rn. 41; EuGH, U. v. 3.9.2009 – Prym u. Prym – Rs. C-534/07 P, ECLI:EU:C:2009:505, Rn. 27.

282 *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 7, Rn. 1 f.

283 EuG, U. v. 5.10.2020 – Casino, Guichard-Perrachon – Rs. T-249/17, ECLI:EU:T:2020:458, Rn. 87; EuG, U. v. 14.3.2014 – Schwenk – Rs. T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 26.

284 *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Art. 101 AEUV, Rn. 194; vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 11.3.2022 zur Einleitung eines förmlichen Kartellverfahrens, um zu prüfen, ob eine Vereinbarung von Google und Meta in Bezug auf Display-Werbung möglicherweise gegen die EU-Wettbewerbsvorschriften verstößt (abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_1703 (zuletzt besucht am: 25.3.2023).

285 EuG, U. v. 08.07.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 48; vgl. Art. 6 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1 VO 773/2004.

286 Teilweise veröffentlicht die Kommission Pressemitteilungen, in denen sie die groben Umrisse des Verfahrens (beteiligte Unternehmen und den relevanten Markt)

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sicht der Kommission von der Zuwiderhandlung auf der Basis der Voruntersuchung ermittelten Beweislage dar und unterrichtet die Adressaten[287] vom marktrelevanten Verfahrensumfang.[288] An diesem nunmehr formalen Vorwurf einer Zuwiderhandlung manifestiert sich die beginnende Metamorphose der Kommission von einer Ermittlungs- zur Anklagebehörde. Genügt die Beweislage nicht, ermächtigt Kapitel V. der VO 1/2003 die Kommission weiterhin zu Nachermittlungen,[289] wobei hierzu nur bei völlig neuen Erkenntnissen Anlass besteht.[290]

Die formelle Mitteilung der Beschwerdepunkte dient primär der Wahrung der Verteidigungsrechte – insbesondere dem rechtlichen Gehör, der Akteneinsicht oder der Anhörung vor dem *hearing officer* nach Art. 12 VO 773/2004 – und soll den Adressaten Gelegenheit geben, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Zwar können die Adressaten ihre Verteidigungsrechte in beschränktem Umfang bereits im Voruntersuchungsverfahren geltend machen. Doch erst ab der Mitteilung der Beschwerdepunkte verfügen die Unternehmen über die zur vollständigen Wahrnehmung ihrer Rechte notwendigen Informationen. In der Praxis erhalten die Parteien Zugang zu den Räumlichkeiten der Generaldirektion Wettbewerb, um dort die für die Beschwerdepunkte relevanten Beweismittel einzusehen. Anschließend haben sie eine Erwiderungsfrist und können eine mündliche Anhörung vor dem Hearing Officer beantragen, um Beschwerden vorzutragen.

Am Ende des kontradiktorischen Verfahrens soll die Kommission – unter Berücksichtigung der vorgebrachten Argumente der Adressaten – eine abschließende Entscheidung zur gerügten Zuwiderhandlung treffen.[291]

Für die Untersuchung spielt das kontradiktorische Verfahren lediglich eine untergeordnete Rolle, da die relevanten Beweismittel in diesem Stadium bereits erhoben wurden.

---

offenlegt und anhand derer kartellgeschädigte Dritte zivilrechtliche Schadensersatzansprüche („private enforcement“) einleiten können.

287 Neben den Adressaten der Mitteilung erhalten auch die förmlichen Beschwerdeführer eine nichtvertrauliche Kopie der Mitteilung und werden zu den mündlichen Anhörungen zugelassen, vgl. Art. 6 VO 773/2004.

288 Vgl. Art. 10 Abs. 1 VO 773/2004.

289 So geschehen etwa im Verfahren gegen die Deutsche Bahn, vgl. EuG, U. v. 6.9.2012 – Rs. T-289/11 u. a. – Deutsche Bahn u. a., ECLI:EU:T:2013:404, Rn. 1 ff.

290 Neue Beweismittel bereits im Rahmen der Beschwerdemitteilung vorgebrachter Zuwiderhandlungen kann die Kommission den Parteien dabei im Rahmen eines „letter of facts“ mitteilen. Eine Erweiterung der Beschwerdepunkte macht hingegen den Erlass einer ergänzenden Mitteilung der Beschwerdepunkte erforderlich, die ein neuerliches kontradiktorisches Verfahren diesbezüglich einleitet.

291 EuG, U. v. 8.07.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 47, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Die Entscheidung der Kommission

Das kontradiktorische Verfahren endet mit dem Erlass einer förmlichen Entscheidung.[292] Diese wird von denjenigen *Casehandlern* verfasst, die auch die Ermittlungen durchgeführt haben. Die Kommission kann die Einleitung eines förmlichen *Verfahrens* nach Art. 11 Abs. 6 VO[293], den Erlass einer Entscheidung nach Kapitel III. der VO bzw. einer Geldbuße nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO i. V. m. Art. 288 Abs. 4 AEUV beschließen oder die Akte formlos weglegen.[294] Dies hängt freilich davon ab, ob sich der Vorwurf einer Zuwiderhandlung gegen Wettbewerbsregeln im Laufe der Ermittlungen bestätigt oder nicht.[295] Erkennt die Kommission eine Verletzung der in Art. 101 oder 102 AEUV niedergelegten Wettbewerbsregeln, stellt sie die Zuwiderhandlung nach Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 fest. Die Entscheidung wird von der Generaldirektion Wettbewerb vorbereitet. Zuständig für den Erlass des förmlichen Beschlusses ist allerdings förmlich das Kollegium der Kommission.[296]

4. Zwischenergebnis, Kritik und Stellungnahme

Die überblicksartige Darstellung der Struktur des europäischen Kartellverfahrens hat dessen Zweiteilung offengelegt. Das *investigative* Voruntersuchungsverfahren dient der Kommission zur Sachverhaltsaufklärung. Es beginnt mit der Wahrnehmung der Ermittlungsbefugnisse nach Art. 18 und Art. 20 VO 1/2003, die nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte bereits den Vorwurf einer Zuwiderhandlung und erhebliche Auswirkungen auf die Situation der unter Verdacht stehenden Unternehmen haben.[297] Erst auf der Grundlage der Ermittlungsergebnisse ist sodann eine Entscheidung über das weitere prozedurale Vorgehen möglich.[298] Das *kontradiktorische* Verfahren dient dagegen dazu, den betroffenen Unternehmen und Unternehmensvereini-

---

[292] EuG, U. v. 8.07.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 48.

[293] Nach Art. 2 Abs. 1 der Durchführungsverordnung zur VO 1/2003 (DVO) ist die Kommission jederzeit dazu berechtigt, ein *Verfahren* zum Erlass einer Entscheidung gemäß Kap. III. der VO 1/2003 durch Beschluss einzuleiten.

[294] Vgl. Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, Abl. 2011/C 308/6, Abschnitt 2.3, Rn. 17.

[295] EuG, U. v. 14.03.2014 – Schwenk Zement – T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 26.

[296] Vgl. Art. 1 ff. der Geschäftsordnung der Kommission, Abl. L 308 v. 8.12.2000 S. 26-34.

[297] EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 46.

[298] Vgl. *Henning*, in: Immenga/Mestmäcker, Vor. Art. 17–22 VO 1/2003 Rn. 1; EuGH, U. v. 26.6.1980 – National Panasonic – Rs. C-136/79, ECLI:EU:C:1980:169,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gungen die Ausübung ihrer Verfahrensrechte zu ermöglichen. Es beginnt konsequenterweise mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der Inkenntnissetzung über die wesentlichen Beweismittel und Sachverhaltsfeststellungen.

Aufgrund dieser Zweiteilung wird teilweise bereits eine strukturelle Benachteiligung für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen im europäischen Kartellverfahren behauptet.[299] Diese könnten ihre Verteidigungsrechte im investigativen Ermittlungsverfahren faktisch kaum wahrnehmen. Dies sei erst im kontradiktorischen Verfahren mit Kenntnis des maßgeblichen Sachverhalts und nach der Akteneinsicht im Zuge der Mitteilung der Beschwerdepunkte möglich.[300] Vor diesem Zeitpunkt ist die Kommission im Rahmen der ersten Ermittlungsmaßnahme nur verpflichtet:

> „[…] über Gegenstand und Zweck der laufenden Ermittlungen zu informieren. Insoweit muss die Begründung das Unternehmen insbesondere in die Lage versetzen, den Zweck und den Gegenstand der Ermittlungen nachzuvollziehen, was voraussetzt, dass die vermutete Zuwiderhandlung benannt und in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen wird, dass das Unternehmen in Bezug auf diese eventuelle Zuwiderhandlung Vorwürfen ausgesetzt sein kann, damit es die Maßnahmen, die es zu seiner Entlastung für sachdienlich hält, ergreifen und somit seine Verteidigung im kontradiktorischen Abschnitt des Verwaltungsverfahrens vorbereiten kann.“[301]

Aus dem strukturellen Aufbau des Kartellermittlungsverfahrens pauschal eine relevante Benachteiligung abzuleiten, erscheint indessen unangebracht. Konstatieren lässt sich sicher, dass für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen im investigativen Vorermittlungsverfahren ein erhebliches Informationsgefälle besteht. Dem steht jedoch ein zumindest auch erhebliches Informationsdefizit der Kommission gegenüber, die den Sachverhalt erst aufklären muss. Ermittlungsverfahren dürften daher, auch aus ermittlungstaktischen Gesichtspunkten, für die Betroffenen naturgemäß benachteiligend sein. Andernfalls würde eine Offenlegung der Ermittlungsunterlagen, etwa im Rahmen der Akteneinsicht, die Untersuchung selbst gefährden.[302] Die „Benach-

---

Rn. 21; EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 21; EuGH, U. v. 16.7.1992 – AEB – Rs. C.67/91, ECLI:EU:C:1992:330, Rn. 18.

299 *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 27 f.

300 Dies konstatiert auch das EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 46.

301 EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 181, m. w. N.

302 EuG, U. v. 14.3.2014 – Schwenk – Rs. T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 27; überzeugend das EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI: EU:T:2018:368, Rn. 46: „Durch die Erstreckung dieser Rechte auf den Zeitraum vor Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte würde nämlich die Effizienz der von der Kommission geführten Untersuchung beeinträchtigt da das betroffene Unternehmen schon im Abschnitt der Voruntersuchung erfahren würde, welche Informatio-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

teiligung“ wird zudem im kontradiktorischen Verfahren und durch den nachgelagerten Rechtsschutz jedenfalls strukturell ausgeglichen.

Noch nicht gesagt ist damit, dass alle strafrechtlichen Verteidigungsrechte im Vorermittlungsverfahren, mit der Rechtsprechung der Unionsgerichte, legitimerweise nur geschützt werden, wenn sie in nicht wiedergutzumachender Weise beeinträchtigt werden.[303] Eine Untersuchungsgefährdung lässt sich möglicherweise nicht mit der gleichen Überzeugungskraft für die Vorenthaltung aller strafrechtlichen Verteidigungsrechte im Voruntersuchungsverfahren heranziehen, sondern bedarf der Einzelfallprüfung. Es bedarf daher der genaueren Betrachtung, ob strafrechtliche Verteidigungsrechte – wie etwa der nemo tenetur-Grundsatz – legitimerweise im Vorermittlungsverfahren vorenthalten werden dürfen, „weil die Erstreckung dieser Rechte auf den Zeitraum vor Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte […] die Effizienz der von der Kommission geführten Untersuchung beeinträchtigt […]“[304]. Schließlich liegt es in der legitimatorischen rechtsstaatlichen Natur von Verteidigungsrechten, die Effizienz des Ermittlungsverfahrens zu beeinträchtigen. Zuvor ist es allerdings erforderlich, einen genaueren Blick auf die spezifischen Ermittlungsbefugnisse der VO Nr. 1/2003 im Rahmen des investigativen Voruntersuchungsverfahrens zu werfen, um deren spezifische Eingriffsreichweite abzustecken.

II. Die Ermittlungsbefugnisse

Die Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission sind in Kapitel V. der Verordnung Nr. 1/2003 positiviert und wurden vom Rat durch die Neuregelung der VO 1/2003 qualitativ und quantitativ erweitert.[305] Zur Aufklärung des Sachverhalts ist die Generaldirektion Wettbewerb nunmehr be-

---

nen der Kommission bekannt sind und welche mithin noch vor ihr verborgen werden können.“

[303] EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 181.

[304] EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 46.

[305] Vgl. Commission Staff working Document „Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003“, Achievements and Future Perspectives, SWD/2014/0230 final, Rn. 200; *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 6; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 2511 ff. *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Art. 23 VO 1/2003Rn. 1; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Vor. Art. 17–22 VO 1/2003, 2 f.; so wurde etwa mit der VO 1/2003 erstmalig die Befragung natürlicher und juristischer Personen als weitere Ermittlungsmaßnahme kodifiziert, vgl. Erwägungsgrund Nr. 25 VO 1/2003, Abl. L 1/5; Europäische Kommission, Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. 1999 C 132/1 Rn. 109 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechtigt – und verpflichtet[306] –, bestimmte Wirtschaftszweige oder sektorübergreifende Arten von Vereinbarungen zu untersuchen (Art. 17 Abs. 1 VO), Auskünfte von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zu verlangen (Art. 18 Abs. 1 VO), natürliche oder juristische Personen zur Informationsgewinnung zu befragen (Art. 19 Abs. 1 VO), Nachprüfungen bei Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen (Art. 20 Abs. 1 VO) oder bei Dritten (Art. 21 Abs. 1 VO) vorzunehmen sowie die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten zu ersuchen, Nachprüfungen im eigenen Hoheitsgebiet vorzunehmen (Art. 22 Abs. 2 VO).[307] Die Wettbewerbsbehörden können zudem um Amtshilfe ersuchen (Art. 22 Abs. 1 VO), wobei es sich dabei nicht um eine nach außen gerichtete Ermittlungsmaßnahme handelt. Diese förmlichen Ermittlungsbefugnisse sind grundsätzlich abschließend normiert.[308] Daneben greift die Kommission im oben beschriebenen Umfang aber auch auf informelle Ermittlungsmaßnahmen zurück.[309] Sie unterrichtet sich darüber hinaus aus anderen öffentlich zugänglichen Quellen und stimmt sich intern sowie extern über den derzeitigen Stand der Sach- und Rechtslage ab. Da sich die rechtsstaatliche Kritik auf das Verhältnis von Eingriffs- und Abwehrrechten richtet[310], ist eine präzisere Darstellung der Eingriffsintensität der Ermittlungsbefugnisse der Kommission erforderlich.

1. Allgemeine Anordnungsvoraussetzungen

Die Anwendung der soeben genannten Ermittlungsbefugnisse hängt von allgemeinen Anordnungsvoraussetzungen ab. Neben der Wahrung der Ver-

---

306 Die Pflicht soll nur bestehen, soweit ein ausreichender Verdacht besteht: *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 1.

307 Eine übersichtliche Darstellung der Vorgehensweise der EU-Kommission lässt sich dem Antitrust Manual of Procedures entnehmen, abrufbar unter: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-02/antitrust_manproc_11_2019_en.pdf, (zuletzt besucht am: 16.8.2022).

308 Vgl. *Schnelle/Bartosch/Hübner*, S. 127, Grundsatz der enumerativen Einzelermächtigung. Ausgenommen bleiben die informellen Ermittlungsbefugnisse, dazu sogleich.

309 *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Rn. 15; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 1; vgl. *Henning*, in: Immenga/Mestmäcker, Vor. Art. 17–22 VO 1/2003 Rn. 2, der jedoch nicht zwischen den Stufen des Ermittlungsverfahrens trennt und daher informelle Ermittlungsmaßnahmen der Kommission mit der Frage vermischt, wie die Kommission von einem Verdacht wettbewerbswidrigen Verhaltens erfährt (und mithin die Untersuchungsphase eingeleitet wird). Ein formeller Kronzeugenantrag wie auch eine offizielle Beschwerde sowie das Zeitungslesen betreffen die Kenntniserlangung des Verdachts. Bei informellen Ermittlungsmaßnahmen hingegen hat die Kommission bereits Kenntnis vom Verdacht und beginnt mit dessen Erforschung.

310 *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 459.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hältnismäßigkeit und der Verteidigungsrechte betroffener Unternehmen setzt die Anordnung einen Anfangsverdacht voraus.[311] Der „Anfangsverdacht" ist unionsrechtlich nicht legaldefiniert.[312] Lediglich Art. 17 Abs. 1 VO 1/2003 deutet mit seinem Wortlaut den Verdachtsgrad vage an. Lassen danach „[…] die Entwicklung des Handels zwischen Mitgliedstaaten, Preisstarrheiten oder andere Umstände vermuten, dass der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist […]." ist die Kommission zum Handeln berechtigt. Das EuG spricht von „hinreichend ernsthaften Indizien, die den Verdacht eines Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln zulassen",[313] GAin Kokott lässt „vernünftige Anhaltspunkte für den Anfangsverdacht" genügen, ohne dies zu präzisieren.[314] Der Begriff ist daher der deutschen Strafprozessdogmatik entlehnt, obschon ein genuin unionsrechtliches Verständnis erforderlich ist. Gemeint ist allein der Verdachtsgrad, der erforderlich ist, um die Ermittlungsbefugnisse einzuleiten. Die Anforderungen hieran sind aber unionsrechtlich nicht präzise determiniert und nach mehrheitlicher Literaturansicht äußerst gering. Ein Verdacht soll danach gegeben sein, wenn aufgrund eines konkreten Sachverhalts konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass ein Verstoß gegen Art. 101 oder 102 AEUV vorliegt.[315] Rein spekulative Vermutungen sollen ebenso wie Auskunftsersuchen ins Blaue hinein – sog. *fishing expeditions* – dagegen nicht hinreichen, um den Anfangsverdacht zu begründen.[316] Die nur vagen Anforderungen erscheinen bedenklich, da die Ausübung von Ermittlungsbefugnissen ein unmittelbarer Eingriff in die Unionsgrundrechte ist und potenziell erhebliche Auswirkungen auf die Adressaten haben können.[317] Dies gilt insbesondere, da letztlich jede Individualperson

---

311 *Dieckmann*, in: Handbuch des Kartellrechts, § 42, Rn. 4.

312 In der Literatur wird teilweise von „hinreichend ernsthaften Indizien gesprochen", vgl. *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 6.

313 EuG, U. v. 14.11.2012 – Nexans – Rs. T-135/09, ECLI:EU:T:2012:596, Rn. 45.

314 Schlussanträge GAin Kokott v. 3.4.2014 – Nexans – Rs. C-37/13 P, ECLI:EU:C:2014:223, Rn. 87.

315 Statt aller: *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 4; *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 9; *Dieckmann*, in: Handbuch des Kartellrechts, § 42, Rn. 4; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 2515.

316 *Dieckmann*, in: Handbuch des Kartellrechts, Rn. 4; *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, Art. 18, Rn. 5; *Bischke/Neideck*, in: Säcker u. a., MüKo, Band 1, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 13; *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 9.

317 EuG, U. v. 14.03.2014 – T-306/11 – Schwenk Zement, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 28; so wurde etwa am 12.10.2021 öffentlich bekannt, dass die Kommission unangekündigte Nachprüfungen bei finnischen Holzunternehmen wegen des Verdachts auf ein Preiskartell eingeleitet hat, was zu Kursverlusten der beteiligten Unternehmen UPM und Stora Enso geführt hat, vgl. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_5223 (zuletzt besucht am: 25.3.2023). Förmliche Auskunftsverlangen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einen noch so unbegründeten Verdacht bei der Kommission melden kann, den diese – ohne weiterführende Ermittlungen – schwerlich wird aufklären können.

Da diese Anforderungen die Untersuchung kaum weiterbringen, sollen nachfolgend die einzelnen Ermittlungsbefugnisse und deren Eingriffstiefe dargestellt werden.

2. Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige, Art. 17 VO 1/2003

Nach Art. 17 Abs. 1 VO 1/2003 kann die Kommission von Unternehmen Auskünfte hinsichtlich eines Wirtschaftszweigs oder einzelner Arten von Vereinbarungen verlangen und entsprechende Nachprüfungen durchführen. Im Unterschied zu allen anderen Ermittlungsmaßnahmen des Kapitels V. ist der Anfangsverdacht einer Wettbewerbsverfälschung bei Art. 17 VO Nr. 1/2003 unspezifisch.[318] Er bezieht sich nicht adressatenbezogen und individualisiert auf ein konkretes Unternehmen, sondern einen Wirtschaftsbereich als solchen.[319] Teile der Literatur verlangen aber auch insoweit einen „konkreten objektiven Anhaltspunkt" für einen Verstoß eines bestimmten Wirtschaftszweigs.[320] Die Generaldirektion Wettbewerb hat seit dem Inkrafttreten der VO Nr. 1/2003 Sektoruntersuchungen u. a. auf dem Energie- oder dem Pharmaziemarkt, im elektronischen Handelssektor (sog. *e-commerce*) sowie zum verbraucherbezogenen Internet der Dinge vorgenommen.[321] Zwar ist fraglich, ob der unspezifische Verdachtsgrad als Abgrenzungskriterium zu anderen Ermitt-

---

werden dagegen regelmäßig nicht öffentlich. Teilweise veröffentlicht die Kommission jedoch – wie hier – bereits Pressemitteilungen über den Beginn von Ermittlungen.

318 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 17 VO 1/2003, Rn. 7.

319 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 17 VO 1/2003, Rn. 8 ff.

320 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 2521 ff., m. w. N., der aber konstatieren muss, dass die Rechtsprechung hierzu keine verbindlichen Kriterien und Anforderungen entwickelt hat. In Anbetracht dessen, dass Frenz eine hohe Marktkonzentration, Preisanstiege, eine Beschwerde Dritter oder einen Innovationsrückgang genügen lassen will, erscheint es jedoch kaum überzeugend, von „konkreten Kriterien" zu sprechen, zumal unklar ist, wie die Generaldirektion Wettbewerb diese Kriterien ohne entsprechende vorherige Marktuntersuchung erheben will.

321 Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Kapazitätsmechanismen, abrufbar unter: (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_16_4021); Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Arzneimittelsektor (https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report_de.pdf); Abschlussbericht über Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_1261); Pressemitteilung über Sektoruntersuchung Internet der Dinge (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_1326), (alle zuletzt besucht: am 25.3.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lungsmaßnahmen dient,[322] denn die Kommission kann zum einen im Rahmen von Untersuchungen nach Art. 17 VO 1/2003 auch auf andere Ermittlungsbefugnisse der Verordnung zurückgreifen.[323] Zum anderen dürften die Verfahrensrechte dabei anwendbar sein, da sich die Ermittlungsmaßnahmen gegen verdächtige und unverdächtige Unternehmen richten und sich dies nicht zulasten des Unternehmens auswirken darf.[324] In Ermangelung einer unmittelbaren Betroffenheit des Adressaten – da es sich nicht um einen adressatenbezogenen Beschluss nach Art. 288 Abs. 4 AEUV handelt – ist jedoch kein Rechtsschutz i. S. d. Art. 263 Abs. 4 S. 1 Alt. 1 AEUV gegen einen Einleitungsbeschluss nach Art. 17 VO 1/2003 gegeben.[325] Eine Klagemöglichkeit besteht hingegen gegen die einzelne Ermittlungshandlung, in deren Rahmen sodann der Beschluss auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft wird.[326] Da für die Ermittlung kein Anfangsverdacht erforderlich ist, dürfen gewonnene Erkenntnisse zudem nicht unmittelbar verwertet werden, sondern nur mittelbar um gesonderte Ermittlungen gegen die Unternehmen einzuleiten, sodass der Fokus auch daher auf dem Anwendungsregime des Auskunfts- und Nachprüfungsverlangen gelegt werden kann.[327]

Für die Untersuchung spielt die Sektoruntersuchung daher keine weiterführende Rolle. Eine adressatenunspezifische Ermittlungsmaßnahme findet in den nationalen Strafprozessordnungen der Mitgliedstaaten gleichwohl keine Entsprechung. Die Sektoruntersuchung ist damit untauglich, den Aufbau eines Vergleichsmaßstabs aus dem nationalen Strafprozessrecht zu fördern, und wurde daher nur der Vollständigkeit halber dargestellt. Da keine Auskunftspflicht im Rahmen von Sektoruntersuchungen besteht, greift diese nicht in die Rechtspositionen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ein.

3. Auskunftsverlangen, Art. 18 VO 1/2003

Nach Art. 18 Abs. 1 VO 1/2003 kann die Generaldirektion Wettbewerb „zur Erfüllung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben durch einfaches Auskunftsverlangen oder durch Entscheidung von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verlangen, dass sie alle erforderlichen Auskünfte erteilen“. Das Verlangen kann sich auch gegen Drittunternehmen und Regie-

---

322 *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Art. 17 VO 1/2003, Rn. 24 f.

323 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 17 VO 1/2003, Rn. 10.

324 *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Art. 17 VO 1/2003, Rn. 25.

325 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 17 VO 1/2003, Rn. 49.

326 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 17 VO 1/2003, Rn. 6; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 2546.

327 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 7; *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 17 VO 1/2003, Rn. 49.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rungen richten, nicht aber gegen natürliche Personen.[328] Wie alle Ermittlungsmaßnahmen dient das Auskunftsverlangen abstrakt dem Zweck „für die Anwendung des Vertrags Sorge zu tragen".[329] Zur Aufdeckung potenzieller Wettbewerbszuwiderhandlungen soll die Generaldirektion Wettbewerb befugt sein, „die zur Prüfung des Vorliegens und der Tragweite einer bestimmten Sach- und Rechtslage erforderlichen Auskünfte einzuholen und Unterlagen zu beschaffen"[330]. Der konkrete Zweck liegt damit in der Sachverhaltsermittlung und Beweisgewinnung zur möglichen Vorbereitung einer Entscheidung zur Abstellung der Zuwiderhandlung.[331]

a) Einfache und förmliche Auskunftsverlangen

Bereits am Wortlaut des Art. 18 Abs. 1 VO 1/2003 manifestiert sich die Differenzierung zwischen einfachen und förmlichen Auskunftsverlangen. Beide unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Anforderungen und auf der Sanktions- und Rechtsfolgenebene im Falle einer Auskunftsverweigerung und sind daher zwingend voneinander abzugrenzen. Einfache Auskunftsverlangen begründen keine Aussagepflicht,[332] sodass die vollständige[333] Auskunftsverweigerung nicht nach Art. 23 Abs. 1 lit. a VO 1/2003 bußgeldbewehrt ist. Förmliche Auskunftsbeschlüsse[334] nach Art. 18 Abs. 3 S. 1 VO 1/2003 (sog. „Re-

---

328 Zum Vorgehen der Kommission im Rahmen von Auskunftsverlangen, vgl. Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Art. 101 und 102 des AEUV v. 20.10.2011, ABl. 2011, C 308 Rn. 32; *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 8; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 105 ff.; *Vocke*, Ermittlungsbefugnisse S. 177 ff.; *Pascu*, Fundamentalprinzipien, S. 277 f.

329 Vgl. insoweit schon oben die Ausführungen zum Ermittlungsverfahren; Erwägungsgrund Nr. 11 VO 1/2003.

330 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 23 VO 1/2003; EuGH, U. v. 1.8.2022 – Daimler – Rs. C-588/20, ECLI:EU:C:2022:607, Rn. 55; EuGH, U. v. 10.03.2016 – Rs. C-248/14 P – Schwenk Zement, ECLI:EU:C:2016:150, Rn. 41, unter Verweis auf EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 21, der wiederum auf EuGH, U. v. 26.06.1980 – National Panasonic Ltd. – Rs. 136/79 – ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 10 verweist, insoweit jedoch spezifisch nur zur Nachprüfung.

331 Erwägungsgrund Nr. 11 VO 1/2003.

332 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 4; *Dieckmann*, in: Handbuch des Kartellrechts, Rn. 15; EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P, ECLI:EU:C:2002:582, Rn. 279.

333 Damit ist allein das vollständige Nichtbeantworten in Form des Schweigens gemeint. Werden Auskünfte erteilt, dürfen diese nicht unrichtig oder irreführend sein.

334 Dass es sich rechtstechnisch um einen Beschluss der Kommission nach Art. 288 Abs. 4 AEUV handelt, ergibt sich nicht direkt aus dem Wortlaut, der nur von einer „Entscheidung" spricht. Bereits anhand eines systematischen Vergleichs zu Art. 18 Abs. 2 VO wird indes deutlich, dass Abs. 3 eine Rechtsbelehrung für eine Nichtig-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

quest for Information", RFI) sind hingegen nach Art. 288 Abs. 4 AEUV verbindlich und begründen eine Auskunftserteilungspflicht.[335] Bei nicht oder nicht fristgerechter Beantwortung kann den Adressaten ein Bußgeld nach Art. 18 Abs. 3 S. 2 i. V. m. Art. 23 Abs. 1 lit. b VO 1/2003 oder ein Zwangsgeld nach Art. 24 Abs. 1 lit. d VO 1/2003 auferlegt werden. Freiwillig oder verpflichtend gemachte unrichtige, irreführende oder unvollständige Auskünfte sind indes in beiden Fällen – nach Art. 23 Abs. 1 lit. a und lit. b VO 1/2003 – mit einem Höchstbetrag von einem Prozent des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes bußgeldbewehrt.[336]

Die Wahl zwischen einfachem und förmlichem Auskunftsverlangen steht im pflichtgemäßen und gerichtlich voll überprüfbaren Auswahlermessen der Kommission.[337] Im Vergleich zur Vorgängerverordnung Nr. 17/62 gestaltet der Verordnungsgeber das Auskunftsverlangen damit nicht mehr zwingend zweistufig aus,[338] sodass dem förmlichen kein einfaches Auskunftsverlangen vorausgegangen sein muss.[339] Dies wurde in der Literatur teilweise kritisiert, weil die Anhörung vor einem förmlichen Auskunftsbeschluss bislang als Garant des Rechts auf rechtliches Gehör galt.[340] Andere betonen dagegen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Zweistufigkeit des Verfahrens jedenfalls nicht gebiete.[341] Dieser Ansicht folgt auch die gegenwärtige Rechtsprechung. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebiete lediglich, dass von mehreren geeigneten Maßnahmen die am wenigsten belastende zu wählen

---

keitsklage nach Art. 263 AEUV vorsieht, sodass der Entscheidung eine Rechtswirkung zukommen muss.

335 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 3 u. 10 ff.

336 *Miersch*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 4.

337 *Miersch*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 1; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 2552.

338 *Miersch*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 5; *Dieckmann*, in: Handbuch des Kartellrechts, Rn. 16.

339 Vgl. auch *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 1 ff., m. w. N.; nach Art. 11 Abs. 5 VO 17/62 fordert die Kommission die Auskunft durch Entscheidung an, wenn eine von einem Unternehmen oder einer Unternehmensvereinigung verlangte Auskunft nicht oder nicht vollständig innerhalb einer von der Kommission festgesetzten Frist erteilt wird; vgl. damals noch EuGH, U. v. 26.06.1980 – National Panasonic Ltd. – Rs. 136/79 – ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 10, zur VO 17/62, sowie EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem SA – Rs. 374/87 – ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 26; EuG, U. v. 14.03.2014 – T-306/11 – Schwenk Zement, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 48.

340 EuGH, U. v. 26.6.1980 – National Panasonic – Rs. C-136/79, ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 21, zu Nachprüfungsentscheidungen; vgl. auch Art. 27 Abs. 1 VO 1/2003, der im Umkehrschluss die Entscheidungen nennt, vor deren Erlass die Kommission Gelegenheit zur Äußerung zu den Beschwerdepunkten gewähren muss.

341 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ist.[342] Entscheidend sei für die richterliche Kontrolle der Ermessensentscheidung der Kommission allein, ob diese bei der Wahl der Art des Auskunftverlangens den Besonderheiten des Einzelfalls angemessen Rechnung getragen hat.[343]

In der Praxis macht die Generaldirektion Wettbewerb eher zurückhaltend von förmlichen Auskunftsverlangen Gebrauch, da die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Beschlüsse das Ermittlungsverfahren erheblich in die Länge ziehen können. Der Fokus der Kommission liegt daher auf der Präzisierung der Fragen, um zu verhindern, dass Unternehmen – auch zur Vermeidung des Vorwurfs, unrichtige oder unvollständige Informationen geliefert zu haben – zu große Datenmengen als Antwort zurückliefern.

Für die Untersuchung folgt hieraus, dass förmliche Auskunftsverlangen eine bußgeldbewehrte Auskunftspflicht begründen und damit einen Eingriff in die Rechtspositionen der adressierten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen darstellen. Sie sollen daher nachfolgend genauer betrachtet werden.

b) Anordnungsvoraussetzungen

Das förmliche Auskunftsverlangen setzt neben den allgemeinen Anordnungsvoraussetzungen – dem Anfangsverdacht und der Verhältnismäßigkeit (vgl. schon oben unter 1.) – die Einhaltung formeller und materieller Anforderungen voraus.

aa) Formelle Voraussetzungen

Die formellen Voraussetzungen eines förmlichen Auskunftsbeschlusses ergeben sich aus dem Wortlaut des Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003. Danach gibt die Kommission:

> „[…] die Rechtsgrundlage, den Zweck […] und die geforderten Auskünfte an und legt die Frist für die Erteilung der Auskünfte fest. Die betreffende Entscheidung enthält ferner einen Hinweis auf die in Artikel 23 vorgesehenen Sanktionen und weist entweder auf die in Artikel 24 vorgesehenen Sanktionen hin oder erlegt diese auf. Außerdem weist sie auf das Recht hin, vor dem Gerichtshof gegen die Entscheidung Klage zu erheben.“

---

342 Vgl. EuG, U. v. 14.3.2014 – Schwenk Zement – Rs. T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 47, 49.

343 EuG, U. v. 14.3.2014 – Schwenk Zement – Rs. T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 50. Dass gegen andere Mitbeschuldigte vor dem förmlichen ein einfaches Auskunftsverlangen gerichtet worden war, hielt das EuG für zulässig, weil die Erfordernisse einer angemessenen Untersuchung es rechtfertigen können, dass nicht gegen alle Unternehmen in der gleichen Weise vorgegangen wird.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Betrachtet man die einzelnen Voraussetzungen genauer, hat die Generaldirektion Wettbewerb in den schriftlich zu übersendenden Auskunftsverlangen zunächst die *Rechtsgrundlage* anzugeben, auf die sie das Auskunftsverlangen stützt.[344] Dies dient dem Rechtsschutz der Adressaten, da eine Auskunftspflicht nur bei förmlichen Auskunftsbeschlüssen nach Art. 18 Abs. 3 VO besteht.[345]

Die Kommission hat auch den *Zweck* des Auskunftsverlangens, mithin „[…] den Gegenstand ihrer Untersuchung und somit die mutmaßliche Verletzung der Wettbewerbsregeln […]" so konkret und hinreichend bestimmt anzugeben, dass eine gerichtliche Überprüfung möglich ist.[346] Dies muss sich aus dem Auskunftsverlangen selbst im Erstprüfungs- oder später im förmlichen Verfahren ergeben. Zum Nachschieben von Gründen im Rahmen des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens ist die Kommission nicht berechtigt, da dies den Rechtsschutz des Unternehmens zu sehr verkürzen würde.[347] Andernfalls könnten die Adressaten nicht beurteilen, ob sie mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV gegen den Auskunftsbeschluss vorgehen wollen,[348] und das Gericht könnte dessen Erforderlichkeit durch die Zweck-Mittel-Relation im Rahmen des gerichtlichen Rechtsschutzes nicht überprüfen.[349] Als Mindestanforderungen der Bestimmtheit ist anzugeben, welcher Markt und welche Wettbewerbsregel verletzt sein sollen, welche Rolle der Adressat im Verstoß spielt, wie die Kommission den Verstoß qualifiziert und auf welchen wesentlichen Beweismitteln sie ihren Verdacht stützt.[350]

---

344 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 25 ff., stellt die weiteren einzelnen Formerfordernisse ausführlich dar, auf die es hier aber nicht ankommt. Das Schriftformerfordernis ist nicht im Wortlaut verankert, dürfte aber jedenfalls eine übliche Gepflogenheit sein. In der Praxis versendet die Kommission das Auskunftsverlangen per Brief mit einem Fragenkatalog, der in der Sprache des Landes, in dem der Adressat seinen Sitz hat, verfasst und mit einer Frist versehen ist.

345 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 30.

346 Vgl. auch EuGH, U. v. 19.05.1994 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1994:205, Rn. 21, m. V. a. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs v. 15.12.1993 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1993:928, Rn. 30.

347 EuGH, U. v. 19.05.1994 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1994:205, Rn. 21, m. V. a. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs v. 15.12.1993 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1993:928, Rn. 34.

348 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 6.

349 EuGH, U. v. 19.05.1994 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1994:205, Rn. 21, m. V. a. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs v. 15.12.1993 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1993:928, Rn. 30.

350 Vgl. zu den Anforderungen des EuGH, der eine „äußerst knappe, vage und allgemein gehaltene Begründung" nicht zulässt, U. v. 10.3.2016 – Schwenk Zement – Rs. C-248/14 P, ECLI:EU:C:2016:150, Rn. 42 f.; *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 31 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

In der Natur der Sache liegt die Angabe, welche *Informationen* die Kommission vom Adressaten verlangt. In der Praxis ist dabei Fingerspitzengefühl gefragt: Einerseits sind suggestive (sog. *leading questions*) oder zu allgemeine Fragen (sog. *fishing expeditions*) unzulässig. Sie können mit dem Recht kollidieren, sich nicht selbst belasten zu müssen.[351] Die Angaben müssen daher erforderlich und so genau wie möglich formuliert sein.[352] Andererseits sollen die Adressaten aus ermittlungstaktischen Gründen erstmals bei der Mitteilung der Beschwerdepunkte (sog. *statement of objections*, SO) – und nicht bereits im Ermittlungsverfahren – vollständig mit dem Sachverhalt und den entscheidungsrelevanten Feststellungen konfrontiert werden.[353] Auch aus Gründen der Verfahrensökonomie werden folglich nur faktische Fragen gestellt, die behutsam ausgewählt werden, damit – etwa, bei horizontalen Kartellabsprachen gegen mehrere Unternehmen – Doppelungen und eine „Dokumentenflut" verhindert wird.

Zuletzt sind Rechtsakte der Kommission – wie der Beschluss zur Anordnung des Auskunftsverlangens nach Art. 18 Abs. 3 VO – nach Art. 296 Abs. 2 AEUV mit einer *Begründung* und einer *Frist* von mindestens zwei Wochen zur Erteilung der Auskünfte sowie einer *Rechtsbelehrung* zu versehen.[354] Letztere weist auf die Möglichkeit einer Geldbuße oder eines Zwangsgelds sowie auf das Recht hin, Rechtsschutz gegen den förmlichen Beschluss im Wege der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV vor dem Gerichtshof zu ersuchen.

bb) Materielle Voraussetzungen

In materieller Hinsicht muss das förmliche Auskunftsverlangen besondere Anforderungen an die *Begründung*, die *Angabe der verlangten Auskünfte* und die *Verhältnismäßigkeit* erfüllen.

Die materielle *Begründungspflicht* ist nach der Rechtsprechung des EuGH doppelfunktional. Zum einen soll sie die Adressaten des Beschlusses in die Lage versetzen, den Umfang ihrer Mitwirkungspflicht sowie die sachliche Richtigkeit des Auskunftsverlangens und dessen gerichtliche Anfechtungsbedürftigkeit zu prüfen und so deren Mitwirkungspflichten und Verteidigungs-

---

[351] Miersch weist zu Recht darauf hin, dass die Abgrenzung zwischen zulässiger Tatsachenfrage und unzulässiger Geständnisaufforderung keinesfalls einfach ist, *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 96 f.

[352] *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 35 ff.; *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 81 u. 89 ff.

[353] Nach Art. 15 Abs. 1 VO 773/2004 wird Akteneinsicht nur auf Antrag und zeitlich nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte gewährt.

[354] *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 82, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechte zu erkennen.[355] Die Begründung müsse daher dem jeweiligen Rechtsakt angepasst sein und die Überlegungen des erlassenden Organs:

> „[…] so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können".[356]

Daneben betont der EuGH die Wahrung des effektiven nachgelagerten Rechtsschutzes, der voraussetzt, dass das „zuständige Gericht seine Rechtmäßigkeitskontrolle durchführen kann", indem es die Beweggründe der Kommission, die zum Erlass des Beschlusses geführt haben, nachvollziehen kann.[357] Hierzu zieht das Gericht die Umstände des Einzelfalls heran, insbesondere den Wortlaut des Beschlusses, sowie den Zeitpunkt und Kontext des Erlasses.[358] Letztlich stellt der EuGH jedoch keine allzu hohen Anforderungen, bleiben die Begründungen der Kommission in der Praxis recht vage.[359] Die Generaldirektion Wettbewerb ist nicht gehalten, sämtliche ihr vorliegenden rechtlichen oder tatsächlichen Informationen oder eine präzise Beurteilung der Rechtslage oder Qualifizierung der Zuwiderhandlung mitzuteilen.[360] Sie ist allein dazu gehalten, anzugeben, welcher mutmaßlichen Zuwiderhandlung sie konkret nachzugehen gedenkt.[361] Dies ist eine notwendige Konsequenz der Verfahrensaufspaltung in einen Ermittlungsabschnitt, die andernfalls unterminiert würde. Wie bereits dargelegt, findet eine vollumfängliche

---

355 Dies gilt nur, soweit das Auskunftsverlangen nach Art. 18 Abs. 3 VO förmlich angeordnet ist. Andernfalls – Art. 18 Abs. 2 VO – dient sie der Frage, ob die Auskunft überhaupt erteilt werden soll; EuGH, U. v. 10.3.2016 – Schwenk Zement – Rs. C-248/14 P, ECLI:EU:C:2016:150, Rn. 23; EuGH, U. v. 22.10.2002 – Roquette Frères – C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603, Rn. 47; EuGH, U. v. 17.10.1989 – Dow Chemical Ibérica – Rs. C-97/87, ECLI:EU:C:1989:380, Rn. 26.

356 Dies ergibt sich bereits aus der allgemeinen primärrechtlichen Begründungspflicht aus Art. 296 Abs. 2 AEUV, wonach Rechtsakte mit einer Begründung zu versehen sind, EuGH, U. v. 2.9.2021 – Tempus Energy – Rs. C-57/19 P, ECLI:EU:C:2021:663, Rn. 198; EuGH, U. v. 10.7.2019 – Icap – Rs. C-39/18 P, ECLI:EU:C:2019:584, Rn. 23; EuGH, U. v. 2.4.1998 – Sytraval u. Brink's – Rs. C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154, Rn. 63.

357 EuGH, U. v. 25.6.2014 – Nexans u. Nexans – Rs. C-37/13 P, ECLI:EU:C:2014:2030, Rn. 31 f., sowie die dort genannte Rechtsprechung.

358 EuGH, U. v. 2.4.1998 – Sytraval u. Brink's – Rs. C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154, Rn. 63; EuGH, U. v. 25.6.2014 – Nexans u. Nexans – Rs. C-37/13 P, ECLI:EU:C:2014:2030, Rn. 31 f.

359 *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 6.

360 EuGH, U. v. 2.4.1998 – Sytraval u. Brink's – Rs. C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154, Rn. 63.

361 Vgl. EuGH, U. v. 25.6.2014 – Nexans u. Nexans – Rs. C-37/13 P, ECLI:EU:C:2014:2030, Rn. 35 f.; Schlussanträge GA Pitruzella v. 14.7.2022 – Les Mousquetaires – Rs. C-682/20 P, ECLI:EU:C:2022:578, Rn. 93.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mitteilung der zur Verteidigung notwendigen Beschwerdepunkte erst zu Beginn des Beschwerdeverfahrens statt.[362]

Die materiellen Anforderungen an die *Angabe der verlangten Auskünfte* sind abstrakt kaum konkretisierbar. Man wird eine genaue Marktabgrenzung oder exakte rechtliche Qualifizierung der mutmaßlichen Zuwiderhandlung oder des relevanten Zeitraums nicht generell verlangen können. Soweit Bechtold fordert, die Kommission müsse konkrete Fragen zu konkreten Vorwürfen, Abläufen und Sachverhalten an den Adressaten richten, erscheint dies jedenfalls relativierungsbedürftig.[363] Unbestritten darf das Auskunftsverlangen nicht zu einer reinen Ausforschung verkommen.[364] Auch wird man eine gewisse Präzisierung der Fragen verlangen müssen, weil der Adressat sonst den nötigen Umfang seiner Antwort nicht erkennen kann und sich somit dem Vorwurf ausgesetzt sehen könnte, die Frage unvollständig beantwortet zu haben.[365] Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass die Ermittlungsmaßnahmen mehrheitlich im Rahmen des investigativen Voruntersuchungsverfahrens, also zu Beginn der Ermittlungen und mithin zu einem Zeitpunkt vorgenommen werden, in der die Kommission keine vollständige Kenntnis der Sachlage hat. Gerade deshalb dient das Auskunftsverlangen primär der Sachverhaltsaufklärung. Konsequenterweise wird man die Anforderungen an die Bestimmtheit und Konkretheit des Auskunftsverlangens nicht abstrakt-generell, sondern nur relativ zum Kenntnisstand der Kommission im Zeitpunkt der Anordnung der Ermittlungsmaßnahme bestimmen können.[366] Zu Beginn der Ermittlungen dürften die Anforderungen an die Bestimmtheit der Fragen zu den Vorwürfen und Abläufen daher weniger streng sein als später, wenn der Sachverhalt weiter aufgeklärt und die Fragen spezifiziert werden können.

Nicht zuletzt muss das Auskunftsverlangen *verhältnismäßig*, mithin zur Erreichung des Ermittlungszwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.[367] Die Anforderungen an die Erforderlichkeit wurden durch das Gericht näher ausgestaltet, wobei zunächst auf den *Zweck* abzustellen sei, „zu dem der Kommission die fraglichen Untersuchungsbefugnisse übertragen worden sind".[368] Da dieser in der Sachverhaltsermittlung der potenziellen Wettbe-

---

362 Vgl. oben unter B. I.; EuG, U. v. 14.03.2014 – Schwenk Zement – T-306/11, ECLI:EU:C:2014:123, Rn. 27.

363 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 5.

364 Vgl. insoweit schon oben unter 1. Anfangsverdacht.

365 *Miersch*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 9.

366 Vgl. in diesem Sinne EuGH, U. v. 25.6.2014 – Nexans u. Nexans – Rs. C-37/13 P, ECLI:EU:C:2014:2030, Rn. 36 f.

367 *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 12.

368 EuG, U. v. 12.12.1991 – SEP – Rs. T-39/90, ECLI:EU:T:1991:71, Rn. 29.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werbszuwiderhandlung sowie der Beweismittelgewinnung liege, könne die Kommission nur solche Auskünfte verlangen:

> „[…] die ihr die Prüfung der vermuteten Zuwiderhandlungen, die die Durchführung der Untersuchung rechtfertigen und die im Auskunftsverlangen angegeben sind, ermöglichen können".[369]

Erforderlich sei hierfür ein Zusammenhang zwischen der verlangten Auskunft und der potenziellen Zuwiderhandlung. Dieser sei erfüllt, wenn an das jeweilige Verfahrensstadium angepasste „hinreichende Gründe für die Annahme einer Beziehung zwischen dem Verlangen und der vermuteten Zuwiderhandlung sprächen".[370] Faktisch ist damit eine abwägende Prognose erforderlich, wonach sich der bestehende Anfangsverdacht hinsichtlich des zu untersuchenden vermeintlichen Wettbewerbsverstoßes anhand der vom Adressaten potenziell als Antwort mitgeteilten Informationen vertiefen oder ausräumen lässt. Bei der Beurteilung dieser Voraussetzungen steht der Kommission ein weites, gerichtlich voll überprüfbares Ermessen zu.[371] Die Begründungsanforderungen wird man daher insgesamt als eher niedrig ansehen können.[372] Alle über den konkreten Zweck des Auskunftsverlangens hinausgehenden Informationen sind indes nicht erforderlich und dürfen nicht erhoben werden.[373] Die Rechtsprechung betont daher die Relevanz der konkreten Zweckbestimmung durch die Kommission, da dieser selbst die Grenze der Erforderlichkeit markiert.[374]

Später konkretisierte der EuGH diese Anforderungen, wonach die Kommission im Zeitpunkt des Verlangens vernünftigerweise davon ausgehen können müsse, dass das Schriftstück bei der Prüfung nützen würde, ob die vermutete Zuwiderhandlung tatsächlich vorgelegen hat.[375] Dabei kommt es nach dem Gerichtshof auf die inhaltliche und zeitliche Nähe des Gegenstands der Auskunft zur Zuwiderhandlung an.[376] Jedenfalls ausreichend ist, wenn ein unmit-

---

369 EuG, U. v. 12.12.1991 – SEP – Rs. T-39/90, ECLI:EU:T:1991:71, Rn. 25, in Bezug auf Art. 11 die Vorgängerverordnung 17/62; vgl. auch *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 12.

370 EuG, U. v. 12.12.1991 – SEP – Rs. T-39/90, ECLI:EU:T:1991:71, Rn. 29.

371 *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 12, der, jedoch ohne Begründung, von nur einem eingeschränkt überprüfbaren Ermessen ausgeht.

372 *Miersch*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 7.

373 EuGH, U. v. 19.05.1994 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1994:205, Rn. 55.

374 EuGH, U. v. 19.05.1994 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1994:205, Rn. 25.

375 EuGH, U. v. 19.05.1994 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1994:205, Rn. 21, m. V. a. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs v. 15.12.1993 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1993:928, Rn. 21.

376 EuGH, U. v. 19.05.1994 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1994:205, Rn. 21, m. V. a. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs v. 15.12.1993 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1993:928, Rn. 22.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

telbarer Kausalzusammenhang zwischen der verlangten Auskunft und der potenziellen Zuwiderhandlung besteht, etwa wenn das Unternehmen selbst angibt, das eigene Marktverhalten aufgrund eines Vertrags angepasst zu haben.[377] Beschrieben wird damit faktisch jedoch die Geeignetheit einer Maßnahme, die gerade dann vorliegt, wenn die Maßnahme aus der ex-ante-Perspektive den Zweck – hier die Sachverhaltsaufklärung und/oder Beweismittelgenerierung zur Vorbereitung einer Entscheidung – jedenfalls fördert. Das Auskunftsverlangen darf zuletzt nicht außer Verhältnis zum Untersuchungszweck stehen.[378] Das Verlangen muss dementsprechend hinsichtlich des zeitlichen und monetären Aufwands für den Adressaten, der Sensibilität der Informationen und dem Interesse der Kommission an der Sachverhaltsaufklärung verhältnismäßig gegeneinander abgewogen werden.[379]

c) Rechtsfolge

Als Rechtsfolge müssen die Adressaten eines förmlichen Auskunftsverlangens nach Art. 18 Abs. 4 VO 1/2003 „alle erforderlichen Auskünfte" fristgerecht erteilen. Fasst man die materiellen Anforderungen zusammen, umfasst dies alle Schriftstücke und Informationen wie etwa Tatsachen, Schätzungen oder Prognosen über die eigene wirtschaftliche Situation des Unternehmens oder des Markts.[380] Auch Geschäftsgeheimnisse sind grundsätzlich offenzulegen, da sich der Schutzanspruch allein aus Art. 28 Abs. 2 VO 1/2003 ergibt.[381] Für die Adressaten eines einfachen Auskunftsverlangens besteht diese Pflicht nicht. Sie können Informationen freiwillig erteilen.[382]

---

377 EuGH, U. v. 19.05.1994 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1994:205, Rn. 21, m. V. a. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs v. 15.12.1993 – SEP – Rs. C-36/92 P, ECLI:EU:C:1993:928, Rn. 23.

378 EuG, U. v. 12.12.1991 – SEP – Rs. T-39/90, ECLI:EU:T:1991:71, Rn. 51; im engen Zusammenhang damit hat der EuGH zum Verhältnis zwischen public und private enforcement geurteilt. Hintergrund waren die Auslegung der Richtlinie 2014/104 und die Frage, inwieweit durch wettbewerbswidrige Verhaltensweisen Geschädigte Zugang zu den im Rahmen eines Auskunftsverlangens erlangten Beweismitteln erhalten. EuGH, U. v. 12.1.2023 – RegioJet – Rs. C-57/21, ECLI:EU:C:2023:6, Rn. 51 ff.

379 *Miersch*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 8.

380 *Miersch*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 9.

381 Die Kommission verfügt in der Praxis über ein umfassendes Prozedere, um den Schutz der Geschäftsgeheimnisse zu gewährleisten. Die Adressaten werden dazu aufgefordert, Geschäftsgeheimnisse anzugeben, vgl. genauer: *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 99 f.; *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 18, sowie Art. 28 VO 1/2003, Rn. 8 ff.

382 Erteilte Auskünfte müssen aber korrekt und dürfen nicht irreführend sein, vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 255 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Umfang der Auskunftspflicht ist indessen begrenzt. Herauszugeben sind lediglich erforderliche Auskünfte, die in verhältnismäßigem Aufwand erlangt werden können, nicht selbstbelastend sind und nicht dem Anwaltsgeheimnis unterliegen.[383] Die Wahrung der Verteidigungsrechte nach Art. 27 Abs. 2 VO 1/2003, Art. 6 EMRK und Art. 48 GRCh verbieten es der Kommission, den Adressaten zu zwingen, eine Zuwiderhandlung einzugestehen.[384] Zwar besteht kein generelles Auskunftsverweigerungsrecht, sondern eine aktive Mitwirkungspflicht.[385] Deren Verletzung kann aber bußgelderhöhend berücksichtigt werden,[386] sodass auch Auskünfte zu erteilen sind, die dazu verwendet werden können, den Beweis für wettbewerbswidriges Verhalten des Adressaten zu erbringen.[387] Unzulässig sind lediglich allein auf ein Eingeständnis der Zuwiderhandlung abzielende Auskünfte, die im Fall einer widerrechtlichen Erteilung nicht verwertet werden können.[388] Gleiches gilt für Dokumente, die dem Anwaltsprivileg unterfallen. Die Adressaten werden insoweit auf den nachgelagerten Rechtsschutz – im Sinne eines „Dulde und Liquidiere"[389] – verwiesen, um den förmlichen Beschluss im Wege der Nichtigkeitsklage anzufechten.[390] Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes verlangt aber, dass der nachgelagerte Rechtsschutz nicht zu spät kommt. Die Erstprüfung darf mithin nicht zu einem nicht wiedergutzumachenden Eingriff führen.[391]

---

383 *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 88.

384 Der Erwägungsgrund Nr. 23 der Verordnung Nr. 1/2003 enthält die kondensierte Rechtsprechung der Unionsgerichte, vgl. EuGH, U. v. 29.6.2006 – SGL Carbon – Rs. C-301/04 P, ECLI:EU:C:2006:432, Rn. 44 ff., und zuletzt EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 46 f.; *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 96 f.

385 *Dieckmann*, in: Handbuch des Kartellrechts, Rn. 8, m. w. N.; EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 27; EuG, U. v. 8.3.1995 – Société Générale – Rs. T-34/93, ECLI:EU:T:1995:46, Rn. 72; EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 62.

386 Vgl. Bekanntmachung zu Geldbußen, ABl. 1998 C 9/2, Nr. 2 Spiegelstrich 2.

387 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 46, und die dort angegebene Rechtsprechung; *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 18; wonach auch Geschäftsgeheimnisse umfasst sein sollen.

388 Vgl. auch *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 15 f.

389 Ein von *Otto Meyer* geprägtes Zitat aus dessen Band 1 zum Deutschen Verwaltungsrecht, Leipzig, 1895, S. 52, Fn. 22, das den Grundsatz beschreibt, dass im Rahmen imperativen staatlichen Handelns der Bürger den Eingriff zunächst zu dulden hat und erst anschließend im Rahmen des nachgelagerten Rechtsschutzes seinen Schaden liquidieren kann.

390 Vgl. *Miersch*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 18 VO 1/2003, Rn.7.

391 EuG, U. v. 14.03.2014 – Schwenk Zement – T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 28, sowie die dort angegebene Rechtsprechung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Rechtsschutz

Da einfache Auskunftsverlangen nach Art. 18 Abs. 2 VO 1/2003 keine Aussagepflicht begründen, handelt es sich nicht um eine individuell betreffende und belastende Handlung der EU i. S. d. Art. 263 Abs. 4 AEUV, sodass dessen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Es besteht kein Rechtsschutzbedürfnis oder -instrument.[392]

Förmliche Auskunftsverlangen nach Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003 können mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV angefochten werden, wobei die Klage nach Art. 278 S. 1 AEUV allein keine aufschiebende Wirkung entfaltet, sondern nach S. 2 beantragt werden muss. Für unrechtmäßig erhobene Informationen besteht ein Verwertungsverbot.[393]

e) Zwischenergebnis

Das förmliche Auskunftsverlangen ist ein effektives Instrument zur Sachverhaltsaufklärung, dessen Anordnung durch die bußgeldbewehrte Aussagepflicht unmittelbar in die Rechtspositionen der Adressaten eingreift.[394] Die dargelegten formellen und materiellen Anordnungsvoraussetzungen garantieren den Schutz vor willkürlichen, selbstlastenden Auskunftsverlangen und „fishing expeditions".[395] Die vollständige Wahrnehmung der Verteidigungsrechte ist jedoch erst nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte und im nachgelagerten Rechtsschutz möglich.

4. Befragung, Art. 19 VO 1/2003

Nach Art. 19 Abs. 1 der VO 1/2003 kann die Generaldirektion Wettbewerb zur Erfüllung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben alle natürlichen und juristischen Personen befragen, die der Befragung zum Zweck der Einholung von Informationen, die sich auf den Gegenstand einer Untersuchung beziehen, zustimmen.

---

392 Möglich ist aber eine Nichtigkeitsklage gegen die verfahrensabschließende Entscheidung, vgl. *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 17 VO 1/2003, Rn. 78, m. w. N.

393 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 17 VO 1/2003, Rn. 79, m. w. N.

394 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 4.

395 Spezifisch für Art. 18 VO 1/2003: *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 11.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Telos der Befragung

Telos der Befragung ist die Aufklärung potenzieller Kartellzuwiderhandlungen. Aufgrund der zunehmenden Schwierigkeiten, Wettbewerbsverstöße aufzudecken,[396] hielt der Rat es für erforderlich, die früher nur informelle Befragung[397] in der VO 1/2003 als neues förmliches Ermittlungsinstrument zu kodifizieren.[398] Die Kommission sollte hierdurch ermächtigt werden, *alle* Personen zu befragen, die „eventuell über sachdienliche Informationen verfügen".[399] Rechtstechnisch werden die Aussagen durch zusätzliche Formerfordernisse beweisverwertbar,[400] indem diese nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 VO 773/2004 protokolliert werden. Diese faktische Rechtspraxis existierte jedoch bereits unter der VO 17/62[401], sodass das Vorgehen lediglich auf ein festes Rechtsfundament gestellt wurde.

b) Anordnungsvoraussetzungen

Nach Art. 19 VO 1/2003 i. V. m. Art. 3 VO 773/2004 hat die Befragung zwei Voraussetzungen. Zum einen müssen die Adressaten über für die konkrete Untersuchung sachdienliche Informationen verfügen, zum anderen müssen diese zustimmen.[402]

aa) Anfangsverdacht

Der Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 VO 1/2003 beschränkt die Befragung *auf den Gegenstand der Untersuchung* und setzt damit nach überwiegender An-

---

396 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 25 VO 1/2003; vgl. auch *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 2.

397 Die informelle Befragung bleibt gleichwohl möglich. Aussagen sind aber nicht beweisverwertbar, vgl. EuG, U. v. 12.6.2014 – Intel – Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 614 ff.

398 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 2; *Miersch*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 4; *Bischke/Neideck*, in: Säcker u. a., MüKo, Band 1, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 1.

399 Vgl. Erwägungsgrund 25 der VO 1/2003, Abl. L 1/5.

400 *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 102.

401 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 1; der EuGH hat im Intel-Verfahren jedoch klargestellt, dass Art. 19 Abs. 1 VO 1/2003 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 VO 773/2004 dahingehend auszulegen sind, dass die Aufzeichnung obligatorisch ist, jedenfalls soweit sie das Ergebnis der Befragung der Beweisverwertung zuzuführen gedenkt, EuGH, U. v. 6.9.2017 – Intel – Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 89.

402 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 2; *Bischke/Neideck*, in: Säcker u. a., MüKo, Band 1, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 3 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sicht einen auf Tatsachen gestützten Anfangsverdacht[403] voraus.[404] Erforderlich ist danach, dass die Kommission die Befragung nicht zur Ermittlung von Eingriffsvoraussetzungen einsetzt und der Befragte wahrscheinlich über zur Aufklärung potenziell wettbewerbswidriger Sachverhalte benötigte Informationen verfügt.[405] Ob und wen die Generaldirektion Wettbewerb befragt, liegt nach dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 VO 1/2003 („kann") in ihrem Ermessen.[406] Der Untersuchungsgrundsatz zwingt allerdings grundsätzlich zur Ermittlung sowohl be- als auch entlastender Umstände.[407] Unklar ist, ob das Gebot einer rechtsstaatlichen Verfahrensführung die Pflicht der Kommission begründet, angebotene Entlastungszeugen zu vernehmen.[408] Nach Art. 10 Abs. 3 S. 4 VO 773/2004 können Parteien im Rahmen der schriftlichen Stellungnahmen *nach* der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Anhörung von Personen vorschlagen, die in ihren Ausführungen vorgetragene Tatsachen bestätigen können. Für den im Rahmen der Untersuchung relevanten Zeitpunkt *vor* der Mitteilung der Beschwerdepunkte – im Kartellvorermittlungsverfahren – besteht indes bereits nach Art. 11 Abs. 1 VO 773/2004 kein Anspruch auf rechtliches Gehör, der dies zeitlich nach der Mitteilung und vor der Anhörung des Beratenden Ausschusses nach Art. 14 Abs. 1 VO 1/2003 verlangt. Nach überwiegender Ansicht besteht damit im Kartellvorermittlungsverfahren keine Pflicht zur Vernehmung angebotener Entlastungszeugen.[409]

---

403 Siehe zum Begriff des Anfangsverdachts bereits oben unter 1.

404 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 3; *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 2.

405 *Miersch*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 3.

406 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 8.

407 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 133.

408 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 8, der davon ausgeht, dass eine entsprechende Pflicht überwiegend als bestehend angesehen und rechtstechnisch durch eine Ermessensreduktion auf null realisiert wird. In jedem Fall dürfte das in der Praxis bestehende Interesse der Kommission an der zügigen Sachverhaltsaufklärung intern tendenziell für die Vernehmung sprechen. Anders wird dies sein, wenn der Verdacht besteht, dass die Parteien das Verfahren absichtlich verzögern wollen; vgl. auch *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 132, m. w. N.

409 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 9; *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 11; a. A. *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 133 ff., der, indes ohne legitimatorischen Prüfungsrahmen, zu dem Ergebnis gelangt, es bestünde eine Pflicht zur Vernehmung von Zeugen mit offenkundig entlastenden Informationen, wobei dies zur Missbrauchskontrolle nur aufgrund der Anzahl bereits zuvor vorgeschlagener Personen abgelehnt werden dürfe. Als Konsequenz bestimmt *Schubert* dann, wenn auch ohne nähere Präzisierung, eine „begrenzte Anzahl zu berücksichtigender Befragungsvorschläge", vgl. a. a. O., S. 135.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Zustimmungserfordernis

Im Unterschied zu allen sonstigen Ermittlungsbefugnissen setzt die Befragung Freiwilligkeit voraus.[410] Die gesetzlichen Vertreter und Mitarbeiter eines Unternehmens können nur befragt werden, wenn sie zustimmen.[411] Aufgrund der Freiwilligkeit sind weder die vollständige Aussageverweigerung noch unrichtige oder irreführende Angaben nach Art. 23 Abs. 1 lit. a VO 1/2003 bußgeldbewehrt.[412] Dies dürfte auch dem Aspekt geschuldet sein, dass ein formelles Auskunftsverlangen nach Art. 18 VO 1/2003 jederzeit möglich bleibt. Die fehlende Wahrheitspflicht, dass Adressaten einer Befragung die Inspektoren also sanktionslos belügen dürfen, stellt aus Sicht der Kommission den primären Schwachpunkt der Befragung dar, dem sie auch in Hinblick auf die Beweiswürdigung der Zeugenaussage Rechnung tragen muss.[413] Auch ein im Weißbuch vorgesehenes Vorladungs*recht* der Kommission, wie es zum Teil die nationalen Wettbewerbsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten vorsehen, hat sich nicht durchgesetzt.[414] Die Kommission verfügt damit über keinerlei Zwangsmittel zur Durchsetzung der Befragung.[415] Dies gilt selbst für den Fall, dass die zu befragende juristische Person eine arbeits- oder zivilrechtliche Aussagepflicht für den für sie nach Art. 18 Abs. 4 S. 1 VO 1/2003 aussagenden Mitarbeiter begründet, dieser aber gleichwohl schweigt.[416] Umgekehrt kann ein aussagebereiter Mitarbeiter gegen den Willen des Unternehmens auch als natürliche Person vernommen werden, wobei die Aussage dann nicht

---

410 Die Freiwilligkeit lässt die Notwendigkeit eines Anfangsverdachts fraglich erscheinen, dessen rechtsstaatliche Schutzfunktion vor staatlichem Zwang nicht beeinträchtigt sein kann, wenn dieser nicht vorliegt.

411 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 1; *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 105; *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 14.

412 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 7; *Dieckmann*, in: Handbuch des Kartellrechts, Rn. 47a; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 136 f.; *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 14 f.; *Bischke/Neideck*, in: Säcker u. a., MüKo, Band 1, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 1.

413 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 2; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 136 f.; *Bischke/Neideck*, in: Säcker u. a., MüKo, Band 1, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 4; die Kommission wies früh auf die Gefahr hin, dass das Fehlen unmittelbarer Sanktionsmöglichkeiten den Willen unterminieren könnte, korrekte und vollständige Angaben zu machen, vgl. Communication from the Commission of the European Parliament and the Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003 COM(2009) 206, Rn. 12.

414 Europäische Kommission, Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. 1999 C 132/1 Rn. 114.

415 *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 1.

416 *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dem Unternehmen zugerechnet werden kann.[417] Die Befragten können die Vernehmung daher zudem jederzeit abbrechen, die Zustimmung widerrufen, einzelne Fragen, bzw. Themenkreise nicht beantworten oder als Bedingung der Befragung vorab ausschließen.[418] Sie behalten zudem bis zur Genehmigung die vollständige Kontrolle über die Aussage.

Relativiert wird dieser Schwachpunkt aber dadurch, dass eine rechtsfehlerfrei erteilte Zustimmung, die nach der Befragung widerrufen wird, nach überwiegender Ansicht kein Beweisverwertungsverbot begründet.[419] Relativierend wirkt auch, dass die Falschaussage zwar unmittelbar sanktions-, aber nicht mittelbar folgenlos bleibt, was in der Literatur teilweise übersehen wird.[420] Falsche Angaben können sich, wie jedes negative Vorermittlungsverhalten, sofern sie dem potenziell zu sanktionierenden Unternehmen zugerechnet werden können, als erschwerender Umstand im Rahmen der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden und sich belastend auf den Sanktionsadressaten auswirken.[421] Vor dem Hintergrund der – sogleich dargestellten – praxisrelevanten Anwendung der Befragung läuft insbesondere der Kronzeuge Gefahr, aufgrund der Falschangaben seine Kooperationspflicht zu verletzen und seine Kronzeugenermäßigung zu verlieren.[422]

c) Praktischer Anwendungsbereich

Das Zustimmungserfordernis und der fehlende Zwang lassen den praktischen Anwendungsbereich neben einfachen Auskunftsverlangen marginal erscheinen. Dennoch hat die Befragung zwei wesentliche praktische Anwendungsbereiche.[423]

Zum einen ist die Generaldirektion Wettbewerb nach Art. 19 Abs. 1 VO 1/2003 befugt, „alle natürlichen und juristische Personen“ zu befragen.[424] An-

---

417 *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 105, m. w. N.

418 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 14 f.

419 Im Kern geht es bei dem Rechtsstreit jedoch um die Rechtsnatur der Genehmigung des Protokolls, nicht des Zustimmungswiderrufs, sodass hierzu sogleich unten nähere Ausführungen erfolgen.

420 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 136 f.

421 *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 115.

422 Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, Abl. 2006/C-298/11 v. 8.12.2006, Rn. 12 lit. a und c. i. V. m. Rn. 24; EuGH, U. v. 19.12.2013 – Siemens u. a. – Rs. C-239/11 P u. a., ECLI:EU:C:2013:866, Rn. 138; *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 115.

423 *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 3.

424 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ders als im Rahmen von Art. 18 VO 1/2003 sind hiervon als Adressaten auch Privatpersonen und Dritte erfasst, gegen die das Verfahren nicht als Beschuldigte geführt werden soll.[425] Dies betrifft insbesondere ehemalige Unternehmensmitarbeiter, die im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung angestellt waren und daher über Sonderwissen verfügen, inzwischen aber aus dem Unternehmen ausgeschieden sind. Die Vernehmung natürlicher Personen ist u. a. daher der primäre Anwendungsbereich der Befragung.[426]

Zum anderen dient die Befragung indirekt dem Erhalt der Funktionsfähigkeit der Kronzeugen- und Bonusregelung, indem schadensersatzberechtigten Dritten der Zugang zu Informationen aus den Kronzeugenanträgen verwehrt wird.[427] Spätestens seit dem Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104 zur Sicherstellung wirksamer national-zivilrechtlicher Durchsetzungsansprüche bei Wettbewerbsverstößen sehen sich Unternehmen hohen zivilrechtlichen Schadensersatzforderungen ausgesetzt.[428] Diese privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung (sog. *private enforcement*)[429] führt zu einer Erhöhung des Kartellschadens[430] und verstärkt die präventiv abschreckenden Tendenzen der Kartellbuße.[431] Kartellschadensersatzkläger haben ein erhebliches Interesse daran, Zugang zu den selbstbelastenden Kronzeugenerklärungen zu erhalten. Während ihnen dieser Zugang nach dem Unionsrecht versagt wird,[432] sind am US-amerikanischen Markt tätige Unternehmen verpflichtet, bei sog. „pretrial-discovery“[433]-Verfahren Kronzeugenerklärungen aufzubewahren (sog.

---

425 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 5 f.

426 Ein weiterer Grund liegt in der fehlenden Sanktionierungsfähigkeit, dazu sogleich unten.

427 Zu den besonderen Schutzbestimmungen mündlicher Unternehmenserklärung im Rahmen von Befragungen nach Art. 19 VO, vgl. *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 7, Rn. 79; *Bischke/Neideck*, in: Säcker u. a., MüKo, Band 1, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 2.

428 Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union vom 26. November 2014, Abl. L 349/1. Der EuGH hat die Rechte der Schadensersatzkläger im Dezember 2019 durch eine Ausweitung der *Klagebefugnis* bzw. der *Passivlegitimation* gestärkt: EuGH, U. v. 12.12.2019 – Rs. C-435/18 – Otis u. a., ECLI:EU:C:2019:1069 = NZKart 2020, 30.

429 Zu den Vor- und Nachteilen: *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 267, S. 269.

430 Nach dem *more economic approach* verliert der Kartellbeitritt für potenzielle Kartellanten an Attraktivität, weil potenzielle Kartellrenten verloren gehen (*rent seeking* bzw. *rent preservation*), hierzu *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 267, S. 272.

431 *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 267, S. 270.

432 Vgl. RL 2014/104 a. a. O., Rn. 24, 26.

433 Wörtlich übersetzt etwa: Vorverfahrensermittlungsverfahren.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

litigation hold) und an die Gegenpartei herauszugeben.[434] Diese Pflicht kollidiert diametral mit dem Gedanken der Kronzeugenregelung im Rahmen des europäischen Kartellermittlungsverfahrens. Deren Telos ist die Aufdeckung und Aufklärung eines Wettbewerbsverstoßes durch ein beteiligtes Unternehmen, indem Letzteres der Kommission intern ermittelte Beweise zur Aufdeckung des Verstoßes beibringt. Dem Unternehmen wird als Gegenleistung eine Reduktion oder der Erlass der Geldbuße in Aussicht gestellt.[435] Die Gefahr, dass diese intern ermittelten Beweise im Rahmen eines US-amerikanischen Schadensersatzverfahrens an die Kläger herausgegeben und gegen das beklagte Unternehmen verwendet werden könnten, unterminiert den Vorteil und damit die Wahrscheinlichkeit eines Kronzeugenantrags.

Zum einen können Schadensersatzforderungen in den USA erhebliche Summen erreichen, zum anderen verhindert die rechtskräftige Verurteilung eines Kartellanten in der EU nicht die zivilrechtliche Schadensersatzforderung in den USA. Dem steht auch der *ne bis in idem*-Grundsatz nicht entgegen. Ein Unternehmen könnte daher versucht sein, keinen Kronzeugenantrag in der EU zu stellen, um Schadensersatzforderungen in den USA zu verhindern.[436] Die Nichtaufklärung von Kartellen unterminiert jedoch den wettbewerbspolitischen Schutzauftrag der Kommission. Dem Einwand, dass der Bußgelderlass

---

[434] Die *pre-trial discovery* ist das zivilprozessuale außergerichtliche Beweisermittlungsverfahren im US-amerikanischen Recht. Es hat den Zweck, die Gegenpartei im Verfahren zur Offenlegung und Herausgabe sämtlicher – auch für die eigene Rechtsposition abträglicher – Unterlagen zu zwingen. Nach Art. 34 lit. a Nr. 1 des US-Bundeszivilverfahrensgesetzes (FRCP) kann eine Partei im Prozess durch sog. *discovery orders* verpflichtet werden, Unterlagen, die die Partei in Besitz, Verwahrung oder unter ihrer Kontrolle hat, der herausverlangenden Partei zugänglich zu machen. Nach Art. 26 Abs. b Nr. 1 FRCP umfasst die Herausgabepflicht jedwede nicht privilegierte Information, die zum schlüssigen oder erheblichen Prozessvortrag einer Partei erforderlich ist. Zu den privilegierten und damit nicht herauszugebenden Informationen gehören etwa solche im Rahmen eines Anwaltsprivilegs zwischen Mandant und Anwalt ausgetauschte Informationen; vgl. Rule 34. Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes, Federal Rules of Civil Procedure, as amended to December 1, 2018; Rule 26 (b) Discovery Scope and Limits. (1) *Scope in General.* Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit; vgl. hierzu ausführlich: *Dovas/Grapentin*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, IT-R-HdB, § 35, Rn. 120 ff.

[435] Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen Abl. C 298/17 v. 8.12.2006, Rn. 1 – 8.

[436] Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen Abl. C 298/17 v. 8.12.2006, Rn. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

in einem Verfahren gleichwohl besser sei als die doppelte Inanspruchnahme, ist entgegenzuhalten, dass Wettbewerbsverstöße ohne die internen Informationen der Kronzeugen oftmals unaufklärbar sind,[437] worauf Unternehmen spekulieren könnten.

Zur Lösung bietet Art. 19 VO 1/2003 die Möglichkeit, Unternehmenserklärungen mündlich in den Räumen der Kommission abzugeben, sofern die Informationen nicht bereits Dritten mitgeteilt wurden.[438] Diese werden von den Beamten der Kommission protokolliert und verschriftlicht, sodass beim Unternehmen selbst keine schriftlichen Beweismittel verbleiben (sog. *paperless proceedings*). Dadurch ist der Beweisgegenstand des Verfahrens allein das im Herrschaftsbereich der Kommission verbleibende Protokoll, das als Kommissionsdokument dem Zugriff einer sich ausschließlich gegen die Prozesspartei richtenden *discovery order* entzogen ist.[439] Das Unternehmen vermeidet so eine doppelte Inanspruchnahme durch die pre-trial-discovery action, ohne gleichzeitig auf die Vorteile des Kronzeugenantrags zu verzichten.

d) Verfahren

Die Durchführungsverordnung hat für das Befragungsverfahren weitere formelle Rechtsmäßigkeitsanforderungen. Entgegen dem natürlichen Wortsinn setzt diese keine Mündlichkeit voraus.[440] Sie kann nach Art. 3 Abs. 2 VO 773/04 „auf jedem Wege" erfolgen.[441] Aufgrund des Schriftlichkeitspostulats sind allerdings im späteren Verfahren lediglich aufgezeichnete Beweismittel verwertbar. Mündliche Aussagen werden daher durch die Kommission in ei-

---

437 Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen Abl. C 298/17 v. 8.12.2006, Rn. 3.

438 Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen Abl. C 298/17 v. 8.12.2006, Rn. 32; Antitrust Manual of Procedure Kap. 9, Nr. 4.1.1: Schriftliche Erklärungen und Kronzeugenanträge können dagegen per E-Mail an die Generaldirektion Wettbewerb übersendet werden, https://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html (zuletzt besucht am: 24.4.2023).

439 *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 7, Rn. 76; in der Praxis wird die Kronzeugenerklärung regelmäßig von Anwälten vorformuliert, weil der dadurch einfließende anwaltliche Rechtsrat die Erklärung als anwaltliches Dokument i. S. d. Art. 26 Abs. b Nr. 1 FRCP privilegiert und die Herausgabepflicht im Rahmen einer *discovery order* ausschließt. Zur vollständigen Sicherheit muss die Erklärung zudem von einem Rechtsanwalt bei der Kommission verlesen werden. Andere Formen der Mitteilung könnten als konkludenter Verzicht auf das Anwaltsprivileg ausgelegt werden und zum Verlust der Privilegierung führen (vgl. Rn. 81).

440 A. A. *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 2, der schriftliche Befragungen ausschließlich unter Art. 18 VO 1/2003 fasst; *Miersch*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 7.

441 Vgl. auch „best-practice-Bekanntmachung" Abl. C 308/15 Nr. 2.5.6, Rn. 47.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nem Protokoll verschriftlicht. Befragte Unternehmen antworten dagegen i. d. R. schriftlich, oder indem ihre nach Art. 18 Abs. 4 VO 1/2003 analog vertretungsbefugten Anwälte[442] vor der Kommission vorformulierte Antworten verlesen. Zudem bedarf die Befragung der *Belehrung*, der *Aufzeichnung* der Befragung sowie der *Genehmigung*.

Nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 VO 773/2004 beginnt die Kommission die Befragung mit der Belehrung über die *Rechtsgrundlage*, den *Zweck* sowie den *Freiwilligkeitscharakter* der Maßnahme.[443] Sie soll zu anderen Ermittlungsbefugnissen abgrenzen und den Eindruck einer vermeintlichen Aussagepflicht der Befragten ausräumen. Die Zweckmitteilung dient der Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Befragten sowie des Gerichts und stellt nach Art. 28 Abs. 1 VO 1/2003 zugleich die Grenze der später zulässigen Beweisverwertung dar. Die Adressaten erfahren zudem, ob sich das Verfahren gegen sie oder Dritte richtet.

Nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO Nr. 773/2003 „teilt [die Kommission] dem Befragten ferner ihre Absicht mit, die Befragung aufzuzeichnen." Trotz des Wortlauts des Art. 3 Abs. 3 VO 773/04, wonach „die Kommission die Aussage des Befragten auf einen beliebigen Träger aufzeichnen [kann]", leitet die inzwischen überwiegende Ansicht aus Art. 3 Abs. 1 VO 773/04 eine faktische Aufzeichnungs*pflicht* ab, sofern sie belastende mündliche Aussagen Dritter verwerten will.[444] Das Gericht konstatiert insoweit, dass der Adressat andernfalls nicht sinnvoll zu den Schlussfolgerungen Stellung nehmen kann, was eine Verletzung der Verteidigungsrechte darstelle.[445] Der Kommission steht somit nur ein Auswahlermessen für die Form der Aufzeichnung zu, nicht aber über das Ob der Aufzeichnung.

Nach dem Ende der Befragung wird gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 2 i. V. m. Art. 17 Abs. 1, Abs. 3 VO 773/04 „dem Befragten […] eine Kopie der Aufzeichnung zur Genehmigung überlassen" – erforderlichenfalls mit einer Mindestfrist von zwei Wochen.[446] Die Genehmigung dient der Inhaltskontrolle und -korrektur

---

442 *Baron*, in: FS Canenbley, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 4.

443 In der Praxis werden die Befragten von der Generaldirektion Wettbewerb durch die Unterzeichnung eines das Verfahren erläuternden Schriftstücks aufgeklärt, vgl. „best-practice-Bekanntmachung", Abl. C 308/15 Nr. 2.5.6, Rn. 48.

444 EuGH, U. v. 6.09.2017 – Intel – Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 89 ff.; a. A., jedoch noch vor der Entscheidung des EuGH und jedenfalls aus Art. 41 GRCh auch bei Informationen von „gewisser Bedeutung" für das Verfahren eine Pflicht annehmend: *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 109; EuG, U. v. 14.3.2013 – Fresh Del Monte Produce – Rs. T-587/08, ECLI:EU:T:2013:129, Rn. 724.

445 EuG, U. v. 25.10.2005 – Groupe Danone – Rs. T-38/02, ECLI:EU:T:2005:367, Rn. 66 f.

446 Vgl. auch „best-practice-Bekanntmachung" Abl. C 308/15 Nr. 2.5.6, Rn. 48.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mündlicher, durch die Kommission protokollierter Aussagen natürlicher oder juristischer Personen.[447] Mit der Genehmigung erlangt das Protokoll Beweiskraft und ist dem Befragten oder dem Unternehmen zurechenbar.[448] Ungeklärt – für die Untersuchung jedoch nicht von Relevanz – ist allerdings die Verwertbarkeit der freiwilligen Aussage im Fall der Genehmigungsverweigerung.[449]

e) Zwischenergebnis

Art. 19 VO 1/2003 dient primär der Befragung natürlicher Drittpersonen, deren Aussage anderweitig nicht beweiskräftig in das Verfahren eingeführt werden könnte. Zudem schützt sie die Integrität des Kronzeugenprogramms. Das Zustimmungserfordernis, über das zu belehren ist, ermöglicht die repressionslose Aussageverweigerung, die keinen Rechtsschutz erforderlich macht. Die Befragung stellt daher keinen unmittelbaren Eingriff in die Rechtspositionen der Adressaten dar. Für die weitere Untersuchung bleibt sie somit außer Betracht.

5. Nachprüfungen, Art. 20 und Art. 21 VO 1/2003

Nach Art. 20 Abs. 1 VO 1/2003 kann die Kommission zur Erfüllung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben bei Unternehmen und Unternehmensvereinigungen alle erforderlichen Nachprüfungen vornehmen.

Damit ist allgemein das unangekündigte Betreten von Geschäftsräumlichkeiten von Unternehmen durch ermächtigte Inspektoren der Generaldirektion

---

447 *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 7, Rn. 77.

448 *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Art. 19 VO 1/2003, Rn. 4.

449 Im Kern steht dabei die Rechtsfrage, ob die Genehmigung für die Verwertbarkeit deklaratorisch oder konstitutiv wirkt. Für eine konstitutive Wirkung – mithin gegen eine weitere Verwertbarkeit – spricht einerseits die freiwillige Natur der Aussage, die impliziert, dass der Aussagende bis zu seiner Genehmigung Herr über deren Inhalt bleiben soll. Hiergegen lässt sich einwenden, dass der Aussagende im Bewusstsein über die Freiwilligkeit und der Aufzeichnung eine Aussage macht. Eine Schutzbedürftigkeit besteht also zu keinem Zeitpunkt. Andererseits wird die Aussage nicht im Wortlaut protokolliert. Falsche oder missverständliche Interpretationen wären so nicht durch den Aussagenden korrigierbar. Die überwiegende Ansicht entscheidet sich vor diesem Hintergrund für einen Mittelweg. Danach bleibt die Aussage auch ohne die Genehmigung wirksam, der insofern lediglich eine deklaratorische Natur zukommt. Die Begründung für die teilweise oder vollständige Verweigerung soll jedoch Bestandteil der Beweisverwertung werden. So bleibt es möglich, die Aufdeckung von Missverständnissen durch das Unternehmen zu ermöglichen, ohne dass die Aussage für die Kommission unverwertbar würde.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wettbewerb gemeint.[450] Im Einzelnen sind diese berechtigt, Räumlichkeiten zu betreten (lit. a), Bücher und Geschäftsunterlagen zu prüfen (lit. b), Kopien oder Auszüge anzufertigen (lit. c), Räumlichkeiten oder Beweismittel zu versiegeln (lit. d)[451] sowie mündliche Erläuterungen zu Tatsachen und Unterlagen von Belegschaftsmitgliedern zu verlangen und zu protokollieren (lit. e).[452] Die Kommission ist jedoch nicht zur Beschlagnahme berechtigt. Artikel 21 Abs. 1 VO 1/2003 erweitert den Anwendungsbereich der Nachprüfungen auf andere, nicht zum Unternehmen oder zur Unternehmensvereinigung gehörende Räumlichkeiten, wobei Art. 21 Abs. 4 VO 1/2003 lediglich die Versiegelungs- und Befragungsbefugnis ausschließt.

Auch die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission wurden mit der VO 1/2003 in kleineren und drei wesentlichen Bereichen erweitert.[453] Erstens haben die Inspektoren nach Art. 20 Abs. 2 lit. d VO 1/2003 das Recht, Unterlagen und Räume, die nicht vollständig überprüft werden können, für bis zu 72 Stunden zu versiegeln.[454] Der Siegelbruch ist nach Art. 23 Abs. 1 lit. e VO 1/2003 bußgeldbewehrt. Zweitens werden die Ermittlungspersonen der Kommission ermächtigt, Auskünfte im Zusammenhang mit dem Gegenstand und Ziel der Nachprüfung einzuholen.[455] Drittens ist die Kommission nun nach Art. 21 VO ermächtigt, die Nachprüfung auch in anderen, insbesondere privaten Räumlichkeiten, durchzuführen. Der Rat hielt es aufgrund der verbreiteten – aber generell nicht zu empfehlenden[456] – Praxis, Geschäftsunterlagen in Privatwohnungen von Führungskräften und Mitarbeitern aufzubewahren, für erforderlich, die Nachprüfung auf derartige Konstellationen auszuweiten.[457]

---

450 Der Begriff ist die offizielle Legaldefinition der Kommission und umfasst sowohl die Kommissionsmitarbeiter als auch die von der Kommission ermächtigten Begleitpersonen; vgl. zum Ablauf: *Jalabert-Doury*, Competition inspections under EU Law, Rn. 292 ff.; 510 ff.

451 Eine Abbildung des Siegels ist einsehbar unter: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/seal.jpg (zuletzt besucht am: 16.8.2022).

452 Zum Vorgehen der Kommission im Rahmen von Nachprüfungen, vgl. Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Art. 101 und 102 des AEUV v. 20.10.2011, ABl. 2011, C 308, Rn. 50.

453 So erstreckt sich die Nachprüfung nunmehr auch auf Unternehmensvereinigungen, Art. 20 Abs. 2 lit. a VO, oder können unabhängig davon, in welcher Form sie vorliegen auch elektronische Informationen eingesehen werden, Art. 20 Abs. 2 lit. b VO. Genauer zu den einzelnen Präzisierungen der Nachprüfung: *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 3; *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 2; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 139.

454 Erwägungsgrund Nr. 25 VO 1/2003.

455 Erwägungsgrund Nr. 25 VO 1/2003.

456 *Feigen/Livonius*, ZIP 2004, S. 889, S. 890.

457 Erwägungsgrund Nr. 26 VO 1/2003.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Struktur und Telos der Nachprüfungen

Auch die Nachprüfung lässt sich in einfache und förmliche Nachprüfungen unterteilen. Nur förmliche Nachprüfungsbeschlüsse nach Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 begründen allerdings eine Duldungspflicht, die nach Art. 23 Abs. 1 lit. c VO 1/2003 bußgeldbewehrt ist. Zuständig für den Erlass des Beschlusses ist der für Wettbewerbsfragen zuständige Kommissar bzw. der Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb.[458]

Derartige Nachprüfungsbeschlüsse stellen das zentrale, wichtigste und effektivste, aber auch das eingriffsintensivste[459] Ermittlungsinstrument der Kommission dar und dienen der Sachverhaltsaufklärung und Beweismittelgewinnung.[460] Ihre besondere Bedeutung erlangt die Nachprüfung primär durch ihre unangekündigte Durchführung, die es der Kommission ermöglicht, unverfälschte unternehmensinterne Beweismittel zu erlangen, auf die sie andernfalls keinen Zugriff hätte.[461] Dies ist insbesondere zur Aufklärung geheimer *hard-core*-Zuwiderhandlungen[462] elementar.[463]

---

458 Zusätzlich hierzu erfordert eine Nachprüfung die Anhörung der Wettbewerbsbehörde des Mitgliedstaats des Landes, in dem das betroffene Unternehmen seinen Sitz hat, vgl. *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 16 f.

459 *Groeben/u. a.*, v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 1; EuGH, U. v. 21.09.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 und 227/88 – ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 25 f.

460 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 1; vgl. auch: https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2009/0574/COM_SEC(2009)0574_EN.pdf, Rn. 70 (zuletzt besucht am: 24.4.2023).

461 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 3; *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 1; besondere praktische Relevanz erlangt die Nachprüfung auch als akzessorischer Bezugspunkt der Kronzeugenanträge. Als Voraussetzung für einen Erlass der Geldbuße (sog. leniency application) wird die gezielte Ermöglichung der Nachprüfung, mithin die Offenlegung von Informationen und Beweismitteln verlangt, die der Kommission ex-ante betrachtet die Nachprüfung ermöglichen würde. Umgekehrt ist der Bußgelderlass von vornherein ausgeschlossen, wenn die Kommission nicht bereits von sich aus über hinreichende Informationen verfügt, um die Nachprüfung anordnen zu können oder die Nachprüfung bereits durchgeführt wurde; vgl. hierzu: *Groeben/u. a.*, v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 2; Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermächtigung von Geldbußen in Kartellsachen Abl. 2006/C 298/11, Rn. 8 ff.

462 Commission Staff working Document: Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003, Achievements and Future Perspectives, SWD/2014/0230 final, Rn. 201.

463 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 2; in der Praxis stellt die Nachprüfung als heimliche Ermittlungsmaßnahme den ersten Zugriff der Kommission dar. Dies gilt unabhängig vom Anlass des Tätigwerdens der Kommis-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Verfahren

In der Praxis führt die Kommission die Nachprüfungen als unangekündigte sog. „dawn raids“ durch.[464] Die kommissionsinterne Vorbereitung ist weitestgehend geheim und im Detail nur wenigen Mitarbeitern bekannt.[465] Zu Beginn der Nachprüfung betreten die Inspektoren der Generaldirektion Wettbewerb die Unternehmensräume frühmorgendlich zu Geschäftsbeginn, wobei sie von Juristen, Vertretern der jeweiligen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde und IT-Spezialisten begleitet werden.[466] Die Unternehmen treffen umfangreiche Mitwirkungs- und Kooperationspflichten.[467]

Ähnlichkeiten mit einer polizeilichen Razzia sind nicht zufällig, da das vorübergehende Überraschungsmoment (*element of surprise*[468]) bei den Betroffenen ausgenutzt werden soll, um die Beseitigung belastender Indizien zu verhindern und unverfälschte Informationen sowie Beweismittel über kartellrechtsrelevante Vorgänge zu generieren. In der Praxis ordnet die Generaldirektion Wettbewerb eine Nachprüfung daher denklogisch vor einem Auskunftsverlangen an.[469] Die Inspektoren sind jedoch nicht zur Ausübung unmittelbaren Zwangs berechtigt, sondern insoweit auf die nationalen Polizeibehörden angewiesen. Soweit in den Mitgliedstaaten bei Durchsuchungen ein Richtervorbehalt gilt, wird dieser beantragt.[470]

c) Anordnungsvoraussetzungen

Die Anordnung der Nachprüfung hat neben dem Anfangsverdacht und der Verhältnismäßigkeit keine spezifischen Voraussetzungen. In formeller Hinsicht verlangt Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 jedoch die Angabe des Gegenstands und Zwecks der Nachprüfung sowie die Belehrung über die Sanktionsfolge bei Zuwiderhandlungen. Ersteres dient den Adressaten und Gerichten dazu,

---

sion. Die so gewonnenen Daten werden ggf. später durch Auskunftsverlangen vertiefter überprüft.

464 *Jalabert-Doury*, Competition Inspections, Rn. 22.

465 *Groeben/u. a.*, v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 3.

466 Vgl. *Miersch/Israel*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 8, Rn. 2.

467 Siehe hierzu: Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003, v. 11.9.2015, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf (zuletzt besucht am: 25.1.2023).

468 Vgl. *Jalabert-Doury*, Competition inspections under EU Law, Rn. 269 ff.

469 *Jalabert-Doury*, Competition Inspections, Rn. 8, 269 ff.

470 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 8.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Rechtmäßigkeit der Nachprüfung zu kontrollieren[471] und „fishing expeditions" auszuschließen. Die faktisch erheblichen außertatbestandlichen Rechtsfolgen der Nachprüfung durch immaterielle Imageschäden einer öffentlichkeitswirksamen Durchsuchung machen jedoch ein gesteigertes Interesse an der Sachverhaltsaufklärung erforderlich und stellen besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit.[472] Die mit dem Stigma der Wettbewerbszuwiderhandlung belasteten Nachprüfungen können zu einem Vertrauensverlust der Öffentlichkeit in die Wettbewerbstreue des Unternehmens führen. Dies liegt daran, dass die Wirtschaft eine – aus verfahrensprozessualer Sicht der reinen Beweisgewinnung dienenden – Nachprüfung dem Unternehmen, und nicht dem Individuum, als strukturelles wirtschaftliches Versagen zurechnet.[473] Bereits der Verdacht einer Kartellzuwiderhandlung kann dabei faktische Auswirkungen am Markt bewirken, die potenziell zu Gewinnreduktionen führen können. Die in Aussicht stehende Kartellbuße führt zu finanziellen Einbußen und kann letztlich die Agilität der Unternehmen am Finanz- und Kapitalmarkt – etwa durch die Kündigung von Kreditlinien oder Aktienwertverlusten – erheblich beeinträchtigen.[474] Gerade weil diese mittelbar faktischen Eingriffskonsequenzen als unmittelbares Ziel mit dem Zweck der Beweisermittlungen unvereinbar wäre, müssen Ermittlungsbehörden ihnen bei der verhältnismäßigen Abwägung im Rahmen des Anfangsverdachts herausgehobene Bedeutung zumessen. Die Durchführung der Ermittlungsmaßnahme kann potenziell einen stärkeren Eingriff in die Unternehmensfreiheit darstellen als die eigentlich von der Kommission verhängte Rechtsfolge.

d) Rechtsfolge

Als Rechtsfolge treffen die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen umfassende bußgeldbewehrte Duldungs- und aktive Mitwirkungspflichten.[475]

---

471 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 6; hierbei kommt es immer wieder zu Streitigkeiten, vgl. EuGH, U. v. 24.9.2020 – Prysmian – Rs. C. 601/18 P, ECLI:EU:C:2020:751, Rn. 49 ff.

472 *Groeben/u. a.*, v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 1, m. w. N.

473 Der Grund hierfür liegt zum einen in der fehlenden Haftungszurechnung zu einer Individualperson. *Theile* macht daneben auch die *autopoietische* Struktur des Wirtschaftssystems hierfür verantwortlich. Darunter versteht man in der Wirtschaftswissenschaft ein System, das in sich geschlossen und selbsterhaltend ist, das sich nur aus sich selbst heraus normiert und in Wechselkommunikation zu anderen Systemen sowie der Auseinandersetzung mit anderen Systemen existiert; *Theile*, Wirtschaftskriminalität, S. 236.

474 Vgl. hierzu im deutschen Recht: *Theile*, Wirtschaftskriminalität, S. 236.

475 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind Unternehmen verpflichtet, der Generaldirektion Wettbewerb:

> „[…] alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und ihr erforderlichenfalls die in seinem Besitz befindlichen Tatsachen zu erteilen, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln, selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen."[476]

Die Inspektoren der Generaldirektion Wettbewerb sind dabei befugt, Grundstücke, Geschäftsräume und Transportmittel zu betreten, Bücher und sonstige elektronische oder analoge Unterlagen einzusehen und zu kopieren. Sie können Laptops, Desktops, Tablets, Mobiltelefone sichten und Festplatten spiegeln, Zugriffe auf elektronische Daten durch Mitarbeiter unterbinden und Geschäfts-E-Mails lesen.[477] Die Grenze der im Rahmen der Nachprüfung verwertbaren Informationen ist erst erreicht, wenn Unternehmen durch die Kommission verpflichtet würden, Antworten zu geben, durch die sie das Vorliegen einer Zuwiderhandlung – entgegen der Beweislast der Kommission – selbst erbringen müssten.[478] Förmliche Nachprüfungsbeschlüsse und deren Durchführung belasten damit berufliche und geschäftliche Tätigkeit juristischer Personen. Sie stellen hoheitliche Eingriffe in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung dar, die nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist und sich nach Art. 7 GRCh, der Art. 8 EMRK entspricht, auch auf Geschäftsräume erstrecken kann.[479] Der EGMR hat die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK in gewissen Umständen zwar auch für juristische Personen an-

---

476 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 33 ff.

477 *Sura*, in: Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 9 ff.; *Jalabert-Doury*, Competition Inspections, Rn. 71.

478 Vgl. Art. 2 Abs. 1 VO Nr. 1/2003.

479 EuGH, U. v. 18.6.2015 – Deutsche Bahn – Rs. C-583/13 P, ECLI:EU:C:2015:404, Rn. 19 f.; die Rechtsprechung des EuGH hat hier aber eine gewisse Wandlung erlebt. Ein Schutz von Geschäftsräumen hat er im Urteil *Hoechst* zunächst nicht – auch nicht aus Art. 8 EMRK – anerkannt, vgl. EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – Rs. C-46/87, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 18. Selbst dort erkennt er aber an, dass es sich bei den Nachprüfungen um Eingriffe handelt, die rechtfertigungsbedürftig sind. Der EGMR hat den Schutzbereich des Art. 8 EMRK später aber auch auf Geschäftsräume erstreckt, EGMR, U. v. 16.4.2002 – Société Colas u. a./Frankreich – Nr. 37971/97, Rn. 41. Der EuGH hat diese Rechtsprechung später in Bezug genommen, freilich ohne dabei ein Unionsgrundrecht auf die Unverletzlichkeit der Geschäftsräume ausdrücklich anzuerkennen, vgl. *Bischke/Neideck*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 33; *Jarass*, GRCh, Art. 7 GRCh, Rn. 13; juristische Personen sind potenzielle Grundrechtsträger, vgl. Rn. 17; zu den Beeinträchtigungen siehe Rn. 27. Auch im Urteil aus 2015 attestiert der EuGH Art. 7 GRCh zwar die Entsprechung mit Art. 8 EMRK, geht aber im Folgenden nur von Letzterem aus.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

erkannt.[480] Die Eingriffe sind aber aus der Sicht der Unionsgerichte dem Grunde nach durch die in Art. 20 VO 1/2003 gemachten Vorgaben gerechtfertigt. Dafür sprechen nach dem EuG fünf Garantien:

> „[…] erstens die Begründung der Nachprüfungsbeschlüsse, zweitens die der Kommission für den Ablauf der Nachprüfung gesetzten Grenzen, drittens die fehlende Möglichkeit der Kommission, die Nachprüfung gewaltsam durchzusetzen, viertens das Eingreifen nationaler Stellen und fünftens die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes."[481]

Zudem erachtet der EuGH – wie der EGMR – Geschäftsräume zur beruflichen Tätigkeit als weniger schutzwürdig als Wohnbereiche.[482]

e) Rechtsschutz

In Hinblick auf den Rechtsschutz ist dem Grunde nach auf das Auskunftsverlangen zu verweisen, für das die Ausführungen entsprechend gelten.[483] Gegen förmliche Nachprüfungsentscheidungen nach Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 kann Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV zum EuG erhoben werden.[484] Diese hat nach Art. 278 S. 1 AEUV keine aufschiebende Wirkung. Während einer Nachprüfung ist es den Adressaten nur begrenzt möglich, Verteidigungsrechte geltend zu machen. Dies liegt primär an der Struktur des europäischen Kartellverfahrens.[485] Betroffenen Unternehmen wird erst zu Beginn des kontradiktorischen Verfahrens – mithin der Mitteilung der Beschwerdepunkte – Akteneinsicht gewährt; auch werden sie über die zur Ausübung der Verteidigungsrechte wesentlichen Beweismittel informiert.[486] Zwar müssen Inspektoren „substantiiert" darlegen, dass sie über „ernsthafte Infor-

---

480 EGMR, U. v. 16.4.2002 – Société Colas u. a./Frankreich – Nr. 37971/97, Rn. 41; „*[…] the Court considers that the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company's registered office, branches or other business premises.*"; zuvor schon EGMR, U. v. 16.12.1992 – Niemietz/Deutschland – Nr. 13710/88, Rn. 27 ff.

481 EuG, U. v. 6.9.2013 – Deutsche Bahn u. a. – Rs. T-289/11 u. a., ECLI:EU:T:2013:404, Rn. 74.

482 EuGH, U. v. 18.6.2015 – Deutsche Bahn – Rs. C-583/13 P, ECLI:EU:C:2015:404, Rn. 20. Er stellt fest, dass „der öffentliche Eingriff im Fall beruflicher oder geschäftlicher Räume oder Tätigkeiten weiter gehen kann als in anderen Fällen."

483 Vgl. oben unter B. II. 3. d).

484 Die einfache Nachprüfung nach Art. 20 Abs. 3 VO 1/2003 ist aufgrund ihrer Freiwilligkeit keine belastende Maßnahme, sodass sie nicht mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden kann.

485 Vgl. oben unter B. I.

486 EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 46.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mationen und Hinweise“ einer Zuwiderhandlung verfügen[487], sie sind jedoch nicht verpflichtet, die Beweismittel offenzulegen, da dies die Effektivität des Voruntersuchungsverfahrens unterminierte. Es könne nach dem EuG von der Kommission nicht verlangt werden:

> „[…] im Stadium des Abschnitts der Voruntersuchung außer den mutmaßlichen Zuwiderhandlungen, denen sie nachzugehen beabsichtigt, auch die Indizien anzugeben, d. h. die Gesichtspunkte, aufgrund deren sie die Möglichkeit eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV in Betracht zieht. Eine solche Verpflichtung würde nämlich das durch die Rechtsprechung geschaffene Gleichgewicht zwischen dem Schutz der Wirksamkeit der Untersuchung und dem Schutz der Verteidigungsrechte des betroffenen Unternehmens in Frage stellen […].“[488]

Hinzu kommt, dass die Wahrnehmung von Verteidigungsrechten als Behinderung der Nachprüfung gewertet werden und bußgelderhöhend wirken kann.[489] Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sind daher grundsätzlich auf nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz angewiesen und die Kommission ist zur Einhaltung der Verteidigungsrechte aufgerufen.[490] Der Gerichtshof hat in Hinblick auf die Nachprüfung im Urteil Hoechst daher früh betont, dass strafrechtliche Verfahrensrechte im nachträglichen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, wie der Anspruch auf rechtliches Gehör, im Voruntersuchungsverfahren nicht in „nicht wiedergutzumachender Weise“ beeinträchtigt werden dürfen.[491] Unklar ist allerdings, inwieweit das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung für Privatwohnungen natürlicher Personen auch für Unternehmen und deren Geschäftsräume gilt bzw. reduzierbar ist.[492] Zuletzt hat sich der EuGH am Gewährleistungsumfang des Art. 8 Abs. 1 EMRK orientiert, den er mit dem EGMR auf bestimmte Geschäftsräume erstrecken, aber in berufliche oder geschäftliche Räume weitergehende Eingriffe

---

487 EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 45, m. w. N.

488 EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 45.

489 *Jalabert-Doury*, Competition Inspections, Rn. 14.

490 EuGH, U. v. 27.04.2017 – FSL Holdings u. a. – Rs. C-469/15 P, ECLI:EU:C:2017:308, Rn. 43; EuGH, U. v. 7.01.2004 – Aalborg Portland u. a. – Rs. C-204/00 P u. a., ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 63.

491 EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 und 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 15, in Bezug auf die Nachprüfung; EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 33 f., in Bezug auf das Auskunftsverlangen.

492 EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 und 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 17. Das Urteil bezieht sich jedoch auf den nicht mehr aktuellen Rechtsprechungsstand, da der EuGH, wie unter d) dargelegt, die Geltung des Art. 8 EMRK im Unionsrecht anerkannt hat, vgl. aber noch Rn. 18, a. a. O.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zulassen will.[493] Wils schließt daraus, dass das Schutzniveau der EMRK generell davon abhängt, ob natürliche oder juristische Personen betroffen sind.[494] Es erscheint aber fraglich, ob sich der spezifische auf natürliche Personen gerichtete Wortlaut des Art. 8 EMRK mit „Privatleben" und „Wohnung" als Grundlage dieser Generalisierung für alle EMRK-Rechte und insbesondere die strafrechtlichen Verfahrensgrundsätze heranziehen lässt.

6. Zwischenergebnis

Die Inspektoren der Generaldirektion Wettbewerb verfügen über umfassende Ermittlungsbefugnisse. Diese wurden durch den Rat mit der Verordnung Nr. 1/2003 qualitativ und quantitativ erweitert, um den gestiegenen Anforderungen an die Kartellermittlungen Rechnung zu tragen. Insbesondere das förmliche Auskunftsverlangen nach Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003 sowie die förmliche Nachprüfung nach Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 greifen erheblich in die Rechtspositionen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ein. Dies gilt nicht für diejenigen Befugnisse, die auf der Freiwilligkeit der Adressaten beruhen, etwa das einfache Auskunftsverlangen.

III. Fazit

Die deskriptive Darstellung der Struktur des europäischen Kartellverfahrens unter Berücksichtigung der Ermittlungsbefugnisse hat gezeigt, dass die Kommission im Vorermittlungsverfahren in erheblicher Weise in die Rechte von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen eingreift. Sie müssen Zugang zu Geschäftsräumen gewähren und alle geschäftsinternen Informationen, Geheimnisse sowie Unterlagen zusammenstellen und offenlegen, die zur Prüfung des Verdachts einer Kartellzuwiderhandlung erforderlich sind. Die Aussage und Herausgabe kann nur verweigert werden, wenn diese unmittelbar auf das Eingeständnis der Zuwiderhandlung gerichtet ist. Dabei kann bereits die Durchführung der Ermittlungen für die Betroffenen erhebliche nachteilige Auswirkungen am Kapital- und Aktienmarkt haben. In struktureller Hinsicht ist bemerkenswert, dass die Ermittlungsbefugnisse überwiegend im

---

493 EuGH, U. v. 18.6.2015 – Deutsche Bahn – Rs. C-583/13 P, ECLI:EU:C:2015:404, Rn. 20, und die dort angegebene Rechtsprechung des EGMR.

494 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 21, m. w. N., wohl auch in dem Sinne, dass die EMRK-Rechte gegenüber juristischen Personen reduzierbar sind. Dafür könnte sprechen, dass sich der EGMR im U. v. 16.12.1992 – Niemietz/Deutschland – Nr. 13710/88, Rn. 31, noch auf „professional business activities or premises" bezieht, das U. v. 16.4.2002 – Société Colas u. a./Frankreich – Nr. 37971/97, Rn. 49 aber auch auf „juristic person".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rahmen des Voruntersuchungsverfahrens und damit vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte eingesetzt werden. Ohne die vertiefte Kenntnis über die Sachlage ist eine effektive Verteidigung bereits strukturell kaum möglich und wird so bereits faktisch weitestgehend auf den nachträglichen Rechtsschutz verlegt, an den daher besonders hohe Anforderungen zu stellen sind.

C. Zwischenergebnis

Das europäische Wettbewerbsrecht greift potenziell erheblich in die Rechtspositionen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ein. Ein Eingriff ist zunächst die Geldbuße i. H. v. bis zu 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes. Das Ermessen der Kommission, die Kartellbuße zum Erhalt deren Abschreckungs- und Wettbewerbssteuerungsfunktion flexibel anzupassen, hat zu einer kontinuierlichen Anhebung – einer sog. faktischen Pönalisierung – des Wettbewerbsrechts geführt. Eingriffe sind zudem die förmlichen Ermittlungsmaßnahmen, die eine bußgeldbewehrte Mitwirkungspflicht vorsehen und bereits faktisch Auswirkungen auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Adressaten haben können. Auch die Ermittlungsmaßnahmen wurden in den vergangenen Jahren stetig erweitert. Im Rahmen des hier relevanten Vorermittlungsverfahrens stehen diesem Eingriffsniveau nur begrenzte Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber. Die Anwendung der strafrechtlichen Verfahrensrechte wird weitestgehend auf den nachträglichen Rechtsschutz verlagert, die im Vorermittlungsverfahren jedoch nicht vollständig aufgehoben werden dürfen. Die Eingriffe und das spezifische Eingriffsniveau des europäischen Wettbewerbsrechts sind – wie alle Eingriffe in geschützte Rechtspositionen – legitimationsbedürftig.

§ 3 Ergebnis

Für die Untersuchung der Legitimität des Eingriffsniveaus kommt es zunächst darauf an, welche Verfahrensrechte in welchem Umfang im Rahmen des Voruntersuchungsverfahrens zur Anwendung kommen, um sodann prüfen zu können, ob die faktische Verfahrenspraxis eine hinreichende legitimatorische Grundlage darstellt, um Kartellermittlungen durchzuführen und erhebliche Kartellsanktionen für horizontale *hard-core*-Zuwiderhandlungen zu verhängen. Diesen Fragen widmet sich die Untersuchung daher im nachfolgenden Teil.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Kapitel
Der Legitimationszustand des europäischen Wettbewerbsrechts

Nachdem im ersten Teil der Schutzzweck und das Eingriffsniveau des europäischen Wettbewerbsrechts veranschaulicht wurden, gilt es nun, den rechtfertigenden Legitimationszustand *de lege lata*, mithin die diese Eingriffe legitimierende Anwendbarkeit und den Anwendungsumfang abwehrrechtlicher Verfahrensrechte deskriptiv zu beleuchten. Dies ist zur Beantwortung der Forschungsfrage notwendig, da die unzureichende Geltung strafrechtlicher Verfahrensrechte als Ausgangsthese das argumentative Fundament des hier zu untersuchenden Legitimationsdefizits bildet.

Zuvor stellt sich jedoch die Frage, was rechtstechnisch mit „Legitimation" und „Legitimität" gemeint ist, weshalb sie notwendig sind und wodurch beide entstehen. Die Untersuchung muss sich daher der rechtsstaatlichen Notwendigkeit, dem Begriff sowie der Genese von *Legitimation* und *Legitimität* widmen (§ 1). Sodann bedarf das gegenwärtige Niveau der abwehrrechtlichen Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren, dem ein Legitimationsdefizit attestiert wird, einer eingehenden deskriptiven Darstellung (§ 2).

§ 1 Rechtsstaatliche Notwendigkeit und Begriffsdefinition der „Legitimation" und „Legitimität"

A. Notwendigkeit rechtsstaatlicher Legitimität

Der EuGH hat früh konstatiert, dass hoheitliche Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre privater Betätigung jeder – natürlichen oder juristischen – Person, zum Schutz vor willkürlichen und unverhältnismäßigen Eingriffen auch im europäischen Recht einer Rechtsgrundlage und gesetzlich vorgesehenen Rechtfertigung bedürfen.[495] Vom in Art. 2 EUV kodifizierten unionsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip flankiert, begründet dieser allgemeine Rechtsgrundsatz die Notwendigkeit rechtsstaatlicher Legitimität eingreifender unionsrechtlicher Hoheitsgewalt in den grundrechtlichen Schutzbereich unternehmerischer Wirtschaftsfreiheit. Übertragen auf das europäische Wettbewerbsrecht, resultiert daraus, dass das im ersten Teil dargestellte Eingriffsniveau durch behördliche Kartell*sanktionen* und -*ermittlungen* der Generaldirektion Wettbewerb notwendigerweise rechtfertigungs- und legitimationsbedürftig ist. Die oben festgestellte faktische Pönalisierung der Kartellsanktion

[495] EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 19.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und die Ausweitung der Kartellermittlungsbefugnisse erfordern eine Neuevaluierung rechtsstaatlicher Fundamentalgarantien, die gerade im Bereich des Strafrechts einer präzisen Abwägung bedürfen, umso gravierender (supra-) staatliche Hoheitsgewalt in die Rechte von Unternehmen eingreift.[496] Aufgrund der Legitimationsbedürftigkeit des europäischen Kartellermittlungsverfahrens, dem ein *Legitimationsdefizit* attestiert wird,[497] bedürfen die Begriffe der „Legitimation" – als Vorarbeit einer Legitimationskontrolle – zuallererst der begrifflichen Präzisierung.

B. Begriff der Legitimität und Legitimation

Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Legitimität" ist in der Rechtswissenschaft nicht legaldefiniert. Nach dem allgemeinen Wortverständnis ist legitim, was „gesetzlich anerkannt, rechtmäßig; im Rahmen bestimmter Vorschriften" erfolgt.[498] Überwiegend wird der Begriff als Synonym für die *Rechtfertigung* von Herrschaft im Kontext demokratischer Willensbildungsprozesse verwendet.[499] In diesem Kontext hat die Literatur verschiedene und recht vage Konzepte von Legitimation entwickelt.[500] In deren Zentrum steht dabei die Frage,

---

496 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

497 Vgl. schon oben unter Einleitung A. II.

498 Vgl. https://www.duden.de/rechtschreibung/legitim (zuletzt besucht am 2.11. 2024).

499 Vgl. schon BVerfG, B. v. 15.2.1978 – 2 BvR 134, 268/76, = E 47, (253), Tenor zu 1 und Rn. 272 ff.; demokratische Legitimation bedeutet nach der Auffassung des BVerfG Legitimation vom Staatsvolk, BVerfGE 83, 60 (74); vgl. auch *Schliesky*, Souveränität und Legitimität, S. 162 f.

500 *Tuori* unterscheidet etwa mit der *internen*, *subjektiven* und *normativen* Rationalität des Rechts drei Dimensionen der Legitimation von Rechtseingriffen. Während interne Rationalität die innere systematische Struktur – und dementsprechend die sich daraus ergebende Kritik hieran – der Rechtsordnung betrifft, umfasst die subjektive Rationalität das Verhältnis zwischen dem Recht und dem individuellen Rechtssubjekt und die normative Rationalität die Akzeptanz der Rechtsnormen. *Tuori*, Ratio Juris 2, 1989, S. 125, S. 142; vgl. auch: *Simonsson*, Legitimacy in EU Cartel Control, S. 2. Das Konzept der rationalen Akzeptanz ist *Habermas* entliehen, *Habermas*, Between facts and, S. 29 f.; *Tuori*, a. a. O. versteht „Legitimität" damit primär als die Verbindung zwischen dem Rechtssubjekt und dem Recht, die durch normative oder prozedurale Rechtssetzung erzeugt und die akzeptiert wird, wenn sie Grundsätzen entspricht. Dabei bleibt unklar, ob es sich dabei um Moral, Sittlichkeit, den kategorischen Imperativ oder andere Grundsätze handelt und ob die Akzeptanz das Ergebnis eines internen Abwägungsprozesses oder eines externen Diskurses handel soll (S. 136). *Tuori* beschränkt die Legitimität damit auf die dritte Prüfungsebene der Akzeptanz: „And in the third dimension, it is the problems of the legitimacy of law that are at issue: either concerning the actual acceptance of legal norms or concerning their acceptability. When the concept of legitimacy is understood in the latter sense, we may speak of the third dimension of the rationality of law, the normative rationality of law", S. 142.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unter welchen Voraussetzungen der Normadressat staatliche Eingriffe dulden und akzeptieren muss.[501] Aufgrund seiner Universalität wird er aber auch auf andere Beziehungen zwischen staatlicher Herrschaftsorganisation und Gesellschaft projiziert.[502] Dieser Rechtfertigungskontext von Herrschaftsgewalt bildet als Ausgangspunkt das gemeinsame Fundament der *Legitimität* und der *Legitimation*, die teilweise inhaltsgleich verwendet werden, nach verbreiteter Vorstellung aber divergierende Stoßrichtungen haben.[503] Nach dem differenzierten Verständnis, dem auch hier gefolgt wird, ist „Legitimität" der Zustand, in dem die Herrschaftsgewalt gerechtfertigt ist und damit das Ergebnis eines Legitimationsprozesses. „Legitimation" ist hingegen das Verfahren, mit dem Legitimität generiert wird. Sie ist der Versuch, anhand rechtlicher Prinzipien den inhaltlichen Nachweis des berechtigten Bestehens und der berechtigten Ausübung von Herrschaftsgewalt zu überprüfen.[504] Schliesky fasst dies wie folgt zusammen:

> „Legitimität wird also durch Legitimation vermittelt und ist das Ergebnis eines erfolgreich verlaufenden Legitimationsprozesses."[505]

Daraus folgt zweierlei: Wird Legitimität durch (erfolgreiche) Legitimation generiert, führt – *argumentum e contrario* – ein Legitimationsdefizit potenziell zu einem Legitimitätsdefizit. Die Differenzierung verschiebt den Fokus der Untersuchung daher von der faktischen Herrschaftsorganisation (Legitimität als Endergebnis) hin zu diesem Legitimationsprozess (Legitimation), der methodologischen Genese von gerechtfertigter Herrschaftsgewalt.[506] Übertragen auf die Forschungsfrage muss die Untersuchung folglich die Legitimität des

---

Neben diesem „Input-orientierten" Legitimationsverständnis, das sich nur mit dem positiven Rechtssetzungsprozess widmet, schlägt *Scharpf* ein „Output-orientiertes" Legitimationsverständnis vor. Er bezieht die Leistungsdimension der staatlichen Hoheitsgewalt mit ein und analysiert deren Fähigkeit, effiziente Lösungen für den Rechtsunterworfenen zu entwickeln, vgl. *Scharpf*, Governing in Europe, S. 6 ff.

501 *Schliesky*, Souveränität und Legitimität, S. 170 für das deutsche Recht.

502 *Schmidt*, JZ 1983, S. 725, S. 725; *Schliesky*, Souveränität und Legitimität, S. 149, 159; gerade die Universalität des Begriffs führt dazu, dass dieser als zentrales Standbein der Politik-, Sozial-, und der Rechtswissenschaften fungiert, ohne dass seine Konturen oder der spezifische Anwendungszusammenhang aus sich selbst heraus erkennbar wären, vgl. a. a. O., S. 150 ff.

503 *Czybulka*, Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, S. 56; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 204.

504 *Schliesky*, Souveränität und Legitimität, S. 160 f.

505 *Schliesky*, Souveränität und Legitimität, S. 150; *Czybulka*, Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, S. 57, der – unter Verweis auf Menzel – „Legitimität" als Eigenschaft und „Legitimation" als Vorgang begreift; *Jestaedt* begreift Legitimation als Zurechnungsprinzip (jedoch bezogen auf die demokratische Legitimation) sowie als die Frage nach der Art und Weise des Zustandekommens legitimationsbedürftigen Verhaltens, *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 204 f.

506 Vgl. in diesem Sinne auch *Schliesky*, Souveränität und Legitimität, S. 151.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kartellermittlungsverfahrens anhand dessen Legitimation und Legitimationsprozess überprüfen.

Zum anderen stellt sich die Frage, woraus sich die rechtsstaatliche-verfahrensrechtliche Legitimation generell und speziell im Kontext des unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahrens ergibt.[507]

C. Legitimationsgenese

Begreift man „Legitimation" als das Verfahren, mit dem anhand rechtlicher Prinzipien die legitime Ausübung von Herrschaftsgewalt überprüft werden kann, ist fraglich, welche Prinzipien dabei als Maßstab heranzuziehen sind. Dies ist im Kontext des europäischen Kartellermittlungsverfahrens unklar. In Hinblick auf das Entscheidungsverfahren, das gerichtlichen Urteilen zugrunde liegt, vertritt Habermas die Ansicht, dass dieses in besonderer Weise der Logik unterworfen ist und für den Adressaten konsistent, also zuverlässig, vorhersehbar und rational nachvollziehbar sein muss.[508] Legitimität wird für Habermas damit zur normativen „Anerkennungswürdigkeit einer politischen Ordnung", weil sie „gute Argumente" für sich und damit verdient hat, als richtig und gerecht anerkannt zu werden.[509] Dieses Legitimationskriterien erscheinen allerdings juristisch unpräzise und lassen sich daher kaum als „harte Prüfungspunkte" einer spezifisch verfahrensrechtlichen Legitimationskontrolle fruchtbar machen. Die Legitimität unionaler Handlungen kann zudem nicht davon abhängen, dass die Rechtsunterworfenen oder die Rechtswissenschaft sie aufgrund ihrer „guten" Argumente für anerkennungswürdig halten.

Aufgrund dieses unbestimmten Ansatzes will die Untersuchung einen eigenen Maßstab der Legitimationskontrolle entwickeln, der spezifisch die Forschungsfrage in den Blick nimmt. Gedanklicher Ausgangspunkt ist dabei die Ausgangsthese der Untersuchung als Gegenstand der Legitimation. Diese unterstellt dem Kartellvorermittlungsverfahren ein Legitimitätsdefizit für unionsrechtliche Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen. Der Kartellbuße und den Kartellermittlungsmaßnahmen stünden strafrechtliche

---

507 *Schliesky*, Souveränität und Legitimität, S. 390 f., der in Hinblick auf die demokratische Herrschaftsgewalt im Unionsrecht zu Recht darauf hinweist, dass die Kongruenz von Staatsvolk als Legitimationssubjekt und Adressat der Staatsgewalt auf unionsebene nicht mehr besteht und nationalstaatliche Legitimationskonzepte daher nicht unbesehen auf die Unionsebene übertragen werden dürfen.

508 *Habermas*, Between facts and, S. 198: „On the one hand, established law guarantees the enforcement of legally expected behavior and therewith the certainty of law. On the other hand, rational procedures for making and applying law promise to legitimate the expectations that are stabilized in this way."; *Simonsson*, Legitimacy in EU Cartel Control, S. 3 ff.

509 *Habermas*, in: PSV, 1976, (Sonderheft 7), S. 39.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verfahrensrechte nicht oder nicht in hinreichendem Umfang gegenüber.[510] Stützt sich das stipulierte Legitimitätsdefizit (*Legitimität* als Ergebnis) auf die Vorenthaltung strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren de lege lata, unterstellt die Ausgangsthese, dass diesem Ergebnis kein erfolgreicher Legitimationsprozess zugrunde liegt (*Legitimation* als Prozess), weil die Begründung der Vorenthaltung nicht tragfähig ist. Der Gegenstand der Legitimation bezieht sich mit anderen Worten auf die Begründung auf deren Grundlage strafrechtliche Verfahrensrechte reduziert werden – konkret die Rechtsnatur des Kartellverfahrens und die Unternehmereigenschaft der Sanktionsadressaten. Die Legitimationskontrolle der Untersuchung avanciert so zu einer objektiven Begründungskontrolle. Überprüft werden kann dabei nicht die normative „Anerkennungswürdigkeit" der Argumente oder deren „Überzeugungskraft", sondern, ob die Begründung in sich konsistent in die interne Dogmatik der Union einfügt oder objektive Begründungsfehler enthält.[511] Ist dies nicht der Fall, besteht kein Legitimations- oder Legitimitätsdefizit, da die Vorenthaltung auf einer hinreichenden Legitimationsgrundlage fußt.

D. Zwischenergebnis

Kartell*sanktionen* und -*ermittlungen* der Generaldirektion Wettbewerb sind rechtfertigungs- und legitimationsbedürftig. Legitimität ist das Ergebnis eines erfolgreich verlaufenden Legitimationsprozesses. Dieser ergibt sich für die Untersuchung des Kartellermittlungsverfahrens aus der Begründung der Reduktion der Anwendbarkeit und des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte. Überprüft werden kann dabei nicht die normative Überzeugungskraft der Begründung, sondern ob diese objektiv fehlerhaft ist. Das europäische Kartellermittlungsverfahren ist danach legitim – hält also einen hinreichend abwehrrechtlichen Legitimationszustand und kein Legitimationsdefizit vor –, wenn die Reduktionsbegründung objektiv fehlerfrei ist.

Bevor dies überprüft werden kann, muss die Untersuchung induktiv die Gewährung des Anwendungsumfangs abwehrrechtlicher Verfahrensrechte des Voruntersuchungsverfahrens abstecken und den verfahrensrechtlichen Legitimationszustand *de lege lata* darstellen.

---

510 Vgl. oben unter Einleitung A. II.

511 Die Untersuchung muss daher nicht etwa feststellen, welche Rechtsnatur das Kartellermittlungsverfahren tatsächlich aufweist, sondern ob ein Legitimationsdefizit existiert, weil die gegenwärtige Begründung für die Einordnung der Rechtsnatur objektiv untauglich ist, und daher nicht erfolgreich legitimieren kann, dass strafrechtliche Verfahrensrechte vorenthalten werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 2 Der Legitimationszustand abwehrrechtlicher Verteidigungsrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren *de lege lata*

Die Darstellung des gegenwärtigen Legitimationszustands des Kartellermittlungsverfahrens erweist sich als komplexes Unterfangen. Im Gegensatz zur Geldbuße und den Ermittlungsbefugnissen ist die Geltung allgemeiner Verfahrensgrundsätze und -rechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren in der Verordnung 1/2003 selbst nur fragmentarisch normiert.[512] Ausdrücklich trägt die Kommission nach Art. 2 S. 1 VO 1/2003 die Beweislast für Zuwiderhandlungen gegen den Vertrag und hat nach Art. 14 Abs. 1 VO 1/2003 vor der Verhängung einer Kartellbuße den Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen sowie nach Art. 27 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 deren Adressaten zu hören. Lediglich Art. 27 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 statuiert, dass „die Verteidigungsrechte" der Parteien in vollem Umfang gewahrt werden.[513] Die Verteidigungsrechte gehören nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung er zu sichern und die er zunächst aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten[514] hergeleitet hat.[515] Primärrechtlich sind die Verteidigungsrechte inzwischen in Art. 6 Abs. 1 EUV i. V. m. der Grundrechtecharta und Art. 6 Abs. 3 i. V. m. der EMRK normiert. Darunter fällt – nach überwiegender Ansicht der Rechtsprechung und der Literatur – eine Vielzahl hinsichtlich ihrer kasuistischen Herleitung und ihres Umfangs unübersichtlicher, inzwischen aber weitgehend in der EMRK[516] und – durch die Inkorporierung der Grundrechtecharta als verbindliche Rechtsquelle in das unionale Grundrechtesystem[517] – der GRCh

---

512 *Fink*, Wirksamer Schutz der, S. 12.

513 Erwägungsgrund Nr. 5 und 32 VO 1/2003.

514 Hierzu ausführlich unter Teil 5, *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 38, m. w. N.

515 Vgl. statt aller zuletzt: EuGH, U. v. 25.3.2021 – Deutsche Telekom – Rs. C-152/19, ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 105, m. w. N.

516 EuGH, U. v. 14.10.2013 – Kone – Rs. C-510/11 P, ECLI:EU:C:2013:696, Rn. 21; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 38.

517 Insoweit sind nach Art. 52 Abs. 3 GRCh sowie Art. 6 Abs. 3 AEUV auch die strafrechtlichen Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention mittelbar anwendbar, soweit diese als allgemeine Rechtsgrundsätze Bestandteil des Unionsrechts sind; offenlassend: EuG, U. v. 13.1.2004 – JCB Service – Rs. T-67/01, ECLU:EU:T:2004:3, Rn. 36, m. w. N., in Bezug auf den hergeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsatz der angemessenen Verfahrensdauer, der nun als Bestandteil der ordnungsgemäßen Verwaltung in Art. 41 Abs. 1 GRCh inkorporiert wurde, sowie EuGH, U. v. 29.11.2011 – Elf Aquitaine – Rs. C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011620, Rn. 112, in Bezug auf die Wahrung der Verteidigungsrechte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kodifizierter, verwaltungs- und strafrechtlicher Rechtsgrundsätze, die nachfolgend dargestellt werden sollen.

A. Die Anwendbarkeit verwaltungs- und strafrechtlicher Verfahrensgrundsätze und -rechte

Die Anwendbarkeit verwaltungs- und strafrechtlicher Verfahrensgrundsätze und -rechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren zur Verhängung pekuniärer Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen wird nach ganz überwiegender Ansicht der Rechtsprechung der Unionsgerichte und der Literatur bejaht.

Unbestritten ist die Anwendbarkeit *verwaltungsrechtlicher* Verfahrensgrundsätze, wie sie in Art. 41 Abs. 1 GRCh enthalten sind, etwa der *Amtsermittlungsgrundsatz*[518], der *Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung* mit seinen Ausprägungen des *Beschleunigungsgebots*[519] sowie der *unparteiischen Behandlung*.[520] Grundrechtsberechtigt ist uneingeschränkt jede natürliche und juristische Person.[521] Das *Recht der guten Verwaltung* wird in Art. 41 Abs. 2 GRCh präzisiert und umfasst etwa das *rechtliche Gehör*, mithin das Recht, vor einer nachteiligen individuellen Maßnahme gehört zu werden.[522] Bereits

---

[518] Danach ist die Generaldirektion Wettbewerb von Amts wegen verpflichtet, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln zur Aufklärung des rechtserheblichen Sachverhalts beizutragen, vgl. EuGH, U. v. 13.07.1966 – Grundig/Consten – Rs. 56/64 u. a., ECLI:EU:C:1966:41, S. 395 f. Dieser Grundsatz gilt für nationale Verwaltungs- und Strafverfolgungsbehörden: Deutschland (§ 24 Abs. 1, Abs. 2 VwVfG bzw. §§ 160, 244 Abs. 2 StPO).

[519] Danach hat jede Person das Recht darauf, dass eigene Angelegenheiten in angemessener Frist behandelt werden, vgl.: EuG, U. v. 13.01.2004 – JCB Service – Rs. T-67/01, ECLI:EU:T:2004:3, Rn. 36, mit Verweis auf: EuGH, U. v. 18.03.1997 – Guérin automobiles – Rs. C-285/95 P, ECLI:EU:C:1997:159, Rn. 36 f.; EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 u. a., ECLI:EU:C:2002:582, Rn. 167 ff.; *Terhechte*, in: FK, Band 1, GRCh, Art. 41 GRCh, Rn. 15; *Jarass*, GRCh, Art. 41 GRCh, Rn. 17 f.; Verstöße hiergegen können – nach Aufforderung zum Tätigwerden (Abs. 2) – von natürlichen und juristischen Personen mit der Feststellungsklage in Form einer Untätigkeitsklage nach Art. 265 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 3 S. 1 AEUV angegriffen werden und ggf. zu Nichtigerklärungen einer überlangen Entscheidung führen.

[520] Vgl. insgesamt bereits *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Bacher/Hempel/Wagner-von Papp BeckOK Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 10 ff.; *Galetta/Grzeszick*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 41 GRCh, Rn. 39 ff.; *Terhechte*, in: FK, Band 1, GRCh, Rn. 13; *Jarass*, GRCh, Art. 41 GRCh, Rn. 14 ff.; *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 23.

[521] *van Voet Vormizeele*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 41 GRCh, Rn. 5.

[522] EuGH, U. v. 25.3.2021 – Deutsche Telekom – Rs. C-152/19, ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 106, m. w. N.; EuGH, U. v. 18.6.2020 – RQ – Rs. C-831/18 P, ECLI:EU:C:

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

im Rahmen der Ermittlungsbefugnisse beleuchtet wurde das *Begründungsgebot*, wonach Entscheidungen der Kommission zum Zwecke der rechtlichen Nachprüfung durch die Adressaten und das Gericht im Rahmen des *effektiven richterlichen Rechtsschutzes* kontrollierbar gemacht werden sollen, indem sie eine Begründung enthalten.[523] Im Vorermittlungsverfahren wird dem Rechtsschutz Rechnung getragen, indem die Inspektoren der Kommission beim Betreten der Geschäftsräume dem Unternehmen und dessen Anwälten eine kurze Frist einzuräumen haben, um den Nachprüfungsbeschluss zu überprüfen. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass das Unternehmen im Rahmen der Vervielfältigung oder Versiegelung von Unterlagen sein Widerspruchsrecht faktisch ausüben kann, weshalb es auch vor diesen Handlungen einer erneuten kurzen Frist bedarf.[524] Zu den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen gehört ebenfalls das Recht auf *Akteneinsicht*, das *Anwaltsprivileg* („legal professional privilege") und, mithin der Grundsatz der Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant.[525]

Nach überwiegender Ansicht der Unionsgerichte und Literatur, finden daneben auch *strafrechtliche* Fundamentalgarantien und Verfahrensrechte in Verfahren Anwendung, die zu Verwaltungssanktionen führen können.[526] Diese sind dagegen hauptsächlich in Art. 6 EMRK wie auch Art. 47 und Art. 48 GRCh niedergelegt. Während der Schutzbereich des Art. 48 GRCh dem des Art. 6 Abs. 2 u. 3 EMRK und der Schutzbereich des Art. 47 Abs. 2 dem des Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht, gewährt der auf Art. 13 EMRK beruhende Art. 47 Abs. 1 GRCh einen umfassenderen Schutz.[527] Im Einzelnen enthält Art. 6 Abs. 1 EMRK das Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches, auf

---

2020:481, Rn. 65 ff.; Erwägungsgrund Nr. 32 der VO 1/2003; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 41 GRCh, Rn. 13.

523 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 32; *van Voet Vormizeele*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Rn. 10; *Magiera*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 41 GRCh, Rn. 14 f.

524 Vgl. zu den Anforderungen während der Nachprüfung: EuG, U. v. 6.9.2013 – Deutsche Bahn – Rs. T-289/11 u. a., ECLI:EU:T:2013:404, Rn. 85 ff.

525 Schon EuGH, U. v. 18.5.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 23 ff.; Vgl. zur Akteneinsicht: *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 41 GRCh, Rn. 16; *van Voet Vormizeele*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 41 GRCh, Rn. 9; *Bischke/Neideck*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 19 ff.; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 32, für das Anwaltsprivileg.

526 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 8 f.; *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 17 ff.; *G. Dannecker*, NZKart 2015, S. 14, S. 14 ff.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 38, m. w. N.; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 261, m. w. N.

527 Dies ergibt sich ausdrücklich aus den Erläuterungen zu Art. 47 und 48 GRCh, Abl. C-303/17 v. 14.12.2007; zum Verhältnis von Art. 13 EMRK und Art. 6 EMRK vgl. *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 540.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gesetz beruhendes Gericht, das in einem fairen, öffentlichen Verfahren innerhalb einer angemessenen Frist über zivilrechtliche Ansprüche oder strafrechtliche Anklagen in einem Urteil entscheidet, das öffentlich verkündet wird.[528] Unter die strafrechtlichen Fundamentalgarantien fällt zudem das *Gesetzlichkeitsprinzip* (nullum crimen, nulla poena sine lege), wonach eine strafrechtliche Verantwortlichkeit oder Sanktion vor der Tat gesetzlich bestimmt sein muss, und als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts anerkannt und in Art. 7 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 49 Abs. 1 GRCh verankert ist.[529] Er beinhaltet das Verbot strafbegründenden und strafschärfenden Gewohnheitsrechts (nullum crimen sine lege scripta), das *Bestimmtheitsgebot* (nullum crimen sine lege certa)[530], das *Rückwirkungsverbot* (nullum crimen sine lege praevia)[531] und das *Analogieverbot* (nullum crimen sine lege stricta).[532] Auch der *Schuldgrundsatz* (nulla poena sine culpa)[533] soll im Kartellvorermittlungsverfahren nach überwiegend vertretener Ansicht gelten.[534] Nach dem in Art. 47 enthaltenen Grundsatz wird der staatliche Strafanspruch auf die persönliche Verantwortlichkeit des Zuwiderhandelnden beschränkt, sodass Kar-

---

528 *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 71 ff.; *Lohse/Jakobs*, in: Barthe/Gericke KK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 13 ff.; *Gaede*, in: Christoph Knauer MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 361 ff.

529 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 41; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 263; *Soltész/u. a.*, EuZW 2003, S. 202, S. 205; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 43.

530 Danach müssen unionsrechtliche Sanktionsregelungen klar bestimmt sein, damit Betroffene ihre Rechte und Pflichten erkennen können; EuGH, U. v. 28.6.2005 – Dansk Rørindustri – verb. Rs. C-189/02 P u. a., ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 215 ff.; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 13; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 49.

531 EuG v. 9.7.2003 – ADM – Rs. T-224/00, ECLI:EU:T:2003:195, Rn. 40; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 14.

532 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 41 ff.; vgl. insgesamt auch *Lohse/Jakobs*, in: Barthe/Gericke KK-StPO, Art. 7 MRK, Rn. 1 ff.

533 Die weit überwiegende Auffassung in der Literatur bejaht die Geltung des Schuldprinzips im europäischen Kartellermittlungsverfahren, da Art. 23 VO 1/2003 ausdrücklich vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten verlangt, vgl. *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 VO 1/2003, Rn. 182.

534 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 61 und 182 f., m. w. N.; von einem Verschulden spricht auch *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 35; ausdrücklich auch Schlussanträge GAin Kokott v. 3.7.2007 – ETI – Rs. C-280/06, ECLI:EU:C:2007:404, Rn. 71 u. Fn. 57; a. A. jedoch *F. Meyer*, Die Anwendbarkeit des Schuldgrundsatzes in Strafverfahren, die nicht in den Kernstrafbereich fielen, lasse sich nicht aus der Rechtsprechung der Unionsgerichte entnehmen, *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 139. Der Schuldgrundsatz lasse sich auch aus Art. 6 EMRK nicht für Kernstrafrechtsverfahren ableiten, vgl. *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 316.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tellsanktionen nur für vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln (mithin bei Verschulden) verhängt werden dürfen und den staatlichen Sanktionsanspruch limitieren.[535] Umfasst ist auch die *Unschuldsvermutung*, die in Art. 6 Abs. 2 EMRK sowie Art. 48 Abs. 1 GRCh verankert ist und der Kommission die Beweislast eines schuldhaft begangenen Wettbewerbsverstoßes oktroyiert und verfahrensrechtlich bewirkt, dass sie unparteiisch über die Beweismittel zu entscheiden hat und sich Zweifel zugunsten des Unternehmens auswirken.[536] Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist in wettbewerbsrechtlichen Verfahren, die auf die Verhängung von Geldbußen gerichtet sind, auch das *Doppelbestrafungsverbot* (ne bis in idem) anwendbar, das sich aus Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls der EMRK und Art. 50 GRCh sowie Art. 54 ff. SDÜ ergibt.[537] Danach darf niemand wegen derselben Tat mehrmals verfolgt oder sanktioniert werden. Der Grundsatz findet im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Verfahren, die unterschiedliche Märkte betreffen, jedoch keine Anwendung, da es sich dann um divergierende Verhaltensweisen handele und es mithin an der Voraussetzung „idem" fehle.[538] Insoweit liegt aber keine kartellrechtsspezifische Reduktion vor.

---

535 Die Unionsgerichte sprechen insoweit vom „Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit", zuletzt EuGH, U. v. 12.5.2022 – Servizio Elettrico Nazionale – Rs. C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 106; EuGH, U. v. 20.1.2011 – General Química – Rs. C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21, Rn. 36; EuGH, U. v. 10.9.2009 – Akzo Nobel – Rs. C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 56, bzw. davon, dass „ein Unternehmen nach dem Grundsatz der individuellen Zumessung von Strafen und Sanktionen, der für jedes Verwaltungsverfahren gilt, das zur Verhängung von Sanktionen nach den Wettbewerbsregeln der Union führen kann, nur für die Handlungen bestraft werden darf, die ihm individuell zur Last gelegt worden sind", EuG, U. v. 13.7.2011 – ThyssenKrupp – Rs. T-144/07 u. a., ECLI:EU:T:2011:364, Rn. 106; vgl. aber auch EuGH, U. v. 14.9.2017 – LG Electronics – Rs. C-588/15 P u. a. – ECLI:EU:C:2017:679, Rn. 60 ff.

536 EuGH, U. v. 8.7.1999 – Hüls – Rs. C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, Rn. 149 f.; vgl. Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 48 Abs. 1 GRCh; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 62 ff.; *Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 314 ff.; *Lohse/Jakobs*, in: Barthe/Gericke KK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 68; *Gaede*, in: Christoph Knauer MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 126.

537 Zuletzt EuGH, U. v. 22.3.2022 – bpost – Rs. C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202, Rn. 22 ff.; EuGH, U. v. 22.3.2022 – Nordzucker – Rs. C-151/20, ECLI:EU:C:2022:203, Rn. 28 ff.; EuGH, U. v. 25.2.2021 – Slovak Telekom – Rs. C-857/19, ECLI:EU:C:2021:139, Rn. 40; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 242.

538 EuGH, U. v. 25.2.2021 – Slovak Telekom – Rs. C-857/19, ECLI:EU:C:2021:139, Rn. 45; vgl. zum ne bis in idem-Grundsatz auch die neuere Rechtsprechung des EuGH in den Verfahren: (GK) U. v. 22.3.2022 – bpost – Rs. C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202, sowie (GK) U. v. 22.3.2022 – Nordzucker – Rs. C-151/20, ECLI:EU:C:2022:203; *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 345, S. 345 ff.; vgl. auch zu den divergierenden Konse-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Umstritten ist hingegen, ob auch der *nemo tenetur*-Grundsatz Anwendung findet. Das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten, ist weder in der GRCh noch der EMRK ausdrücklich geregelt. Es wird aber in ständiger Rechtsprechung des EGMR aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 EMRK und Art. 47 Abs. 2 GRCh sowie der Wahrung der Verteidigungsrechte nach Art. 48 Abs. 2 GRCh hergeleitet.[539] Die Selbstbelastungsfreiheit schützt den Beschuldigten – als Wesensgehalt des fairen Verfahrens – davor, durch Mitwirkungspflichten selbst gegen sich auszusagen oder an seiner Überführung mitzuwirken.[540] Einigkeit besteht dahin gehend, dass die Unionsgerichte im Kartellvorermittlungsverfahren gegenüber Unternehmen kein *allgemeines* Auskunftsverweigerungsrecht anerkennen.[541] Im Grundsatzurteil *Orkem* aus dem Jahr 1989 stellt der EuGH fest, dass ein solches Recht nach den nationalen Rechtsordnungen – oder auch Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbpR – zwar natürlichen Personen in Kriminalstrafverfahren zustünde, nicht aber auch juristischen Personen für Zuwiderhandlungen im Bereich des Wettbewerbsrechts.[542] Zwar könnten sich Unternehmen auch auf Art. 6 EMRK berufen. Dieser sehe ein solches Recht aber weder dem Wortlaut noch der Rechtsprechung des EGMR nach vor.[543] Auch zum Erhalt der praktischen Wirksamkeit des Kartellermittlungsverfahrens sind Unternehmen daher de lege lata verpflichtet, alle für die Untersuchung erforderlichen Auskünfte über bekannte Tatsachen zu erteilen und Schriftstücke zu übermitteln.[544] Die Herausgabe darf selbst dann nicht verweigert werden, wenn die Informationen als Beweis für das Vorliegen einer Zuwiderhandlung verwendet werden.[545]

---

quenzen der „Verfolgungspluralität" *Soyer/Schumann*, Verfahrensgerechtigkeit für Unternehmen, S. 17 ff.

539 Begründet wurde die Rechtsprechung mit EGMR, U. v. 25.2.1993 – Funke/Frankreich – Nr. 10828/84, Rn. 44; *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 179; vgl. auch zur Auslegung der Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit in EMRK und GRCh *ders.*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 154; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 48 GRCh, Rn. 5; *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 102.

540 *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 48 GRCh, Rn. 5; *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 102, m. w. N.

541 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 104; unter Verweis auf EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 34 und EuGH, U. v. 29.6.2006 – SGL Carbon – Rs. C-301/04 P, ECLI:EU:C:2006:432, Rn. 48; *Bischke/Neideck*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Vor. Art. 17–22 VO 1/2003, Rn. 13 f.; *Dieckmann*, in: Handbuch des Kartellrechts, § 42, Rn. 21.

542 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 29 u. 31.

543 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 30.

544 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 34.

545 Vgl. zuletzt EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 46; EuGH, U. v. 29.6.2006 – SGL Carbon – Rs. C-301/04 P, ECLI:EU:C:2006:432, Rn. 44.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Verteidigungsrechte dürfen allerdings im Voruntersuchungsverfahren nicht in „nicht wiedergutzumachender Weise“ beeinträchtigt werden. Die Wahrung der Verteidigungsrechte als fundamentaler Grundsatz der Gemeinschaftsrechtsordnung verbietet es der Kommission daher, Auskünfte zu verlangen, mit denen dem Unternehmen die Verpflichtung auferlegt würde, Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat.[546] Die Gerichte erkennen damit jedenfalls ein *spezifisches* Auskunftsverweigerungsrecht in Form eines Geständnisverweigerungsrechts an. Rechtstechnisch bleibt dabei fraglich, ob es sich durch die starke Reduktion des Verteidigungsschutzes noch um den nemo tenetur-Grundsatz handelt oder ob ein aliud besteht.[547] Unter Verweis darauf, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK und 48 Abs. 2 GRCh nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV-Bestandteil des Primärrechts sind, wird in der Literatur teilweise verlangt, ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht auch für juristische Personen anzuerkennen.[548] Weder der EGMR noch der EuGH haben eine solche Auslegung jedoch bislang vorgenommen. Es ist bis heute unklar, ob der EGMR in seiner Rechtsprechung den persönlichen Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK in Hinblick auf den fair trial-Grundsatz gegenüber juristischen Personen anerkennt.[549]

Zusammenfassend lässt sich nach diesem Überblick sagen, dass im Kartellermittlungsverfahren gegen Unternehmen nach der gegenwärtigen Rechtslage eine Vielzahl verwaltungs- und strafrechtlicher Verfahrensrechte Anwendung findet. Ob der verfahrensrechtliche Legitimationszustand de lege lata auch „hinreichend“ ist, lässt sich auf dieser Grundlage jedoch noch nicht beurteilen. Zum einen müssten die Verfahrensrechte den Eingriffsrechten im Einzelfall gegenübergestellt werden. Selbst dann fehlte es aber noch an einem Be-

---

[546] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 33 ff.; EuGH, U. v. 25.1.2007 – Dalmine – Rs. C-407/04 P, ECLI:EU:C:2007:53, Rn. 34; zuletzt EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 47.

[547] Vgl. in diesem Sinne *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 104 f.; die Frage wird im dritten Teil näher beleuchtet. Sprachlich fällt in der Diskussion jedoch auf, dass der nemo tenetur-Grundsatz stets nur als das vollständige Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht verstanden wird. Wie sogleich gezeigt werden wird, wird der Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte – gemeint sind alle! – im Kartellermittlungsverfahren nach überwiegender Ansicht von vornherein reduziert gewährt werden dürfen. Unklar ist damit, ab wann der Grundsatz zum aliud wird, und insbesondere, welche faktischen Rechtsfolgen sich daraus ergeben sollen. Schließlich wird das spezielle Geständnisverweigerungsrecht aus den Verteidigungsrechten hergeleitet, über dessen Anwendungsumfang sich ebenso gut streiten lässt.

[548] *Bischke/Neideck*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 15; *Schone*, NJW 2002, S. 492, S. 493; vgl. *Dieckmann*, in: Handbuch des Kartellrechts, § 42, Rn. 22, m. w. N.

[549] *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 103 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wertungsmaßstab, mit dem sich feststellen ließe, ob das gegenwärtige Verhältnis hinreichend legitimierend wirkt. Zum anderen würde dabei übersehen, dass auch der Anwendungs*umfang* strafrechtlicher Verfahrensrechte abstrakt reduziert wird. Dies muss daher nachfolgend mit in den Blick genommen werden auch, weil sich hierauf maßgeblich die legitimatorische Kritik der Ausgangsthese bezieht.

B. Der Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensgarantien und -rechte

Der Anwendungsumfang der dargestellten strafrechtlichen Verfahrensgarantien und -rechte wird im Kartellermittlungsverfahren de lege lata nur reduziert gewährt. Sie finden nach der Rechtsprechung und der überwiegenden Ansicht der Literatur „nicht notwendigerweise in ihrer ganzen Strenge Anwendung“[550]. Dies bedeutet, dass von den Verfahrensrechten, wie sie gegenüber natürlichen Personen im Kriminalstrafverfahren gelten, im Kartellverfahren gegen Unternehmen nach unten abgewichen werden kann.

So wird das Recht auf den *gesetzlichen Richter* reduziert, wenn Kartellgeldbußen erstinstanzlich in einem Verwaltungsverfahren und durch die Generaldirektion Wettbewerb – bzw. dem Kollegium der Kommissare – durch eine Verwaltungsbehörde und nicht durch ein Gericht verhängt werden. Artikel 6 Abs. 1 S. 1 EMRK statuiert aber eigentlich das Recht, dass „über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem […] Gericht“ verhandelt wird.[551] Auch die Personalunion der *Casehandler*, die im Voruntersuchungsverfahren ermittelnd tätig sind und sodann im kontradiktorischen Verfahren über die Einwände der Unternehmen entscheiden, ist eine mit dem vollen Gehalt des Art. 6 EMRK unvereinbare Verbindung von Anklage- und Richterfunktion.[552]

In Hinblick auf den in Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 48 Abs. 1 GRCh verankerten „in dubio pro reo“-Grundsatz – der Unschuldsvermutung – muss die Kommission den Nachweis eines schuldhaften Wettbewerbsverstoßes führen. Obschon hieraus die Amtsermittlungspflicht, also die sorgfältige und unpar-

---

550 Hierzu ausführlich zugleich unter Kap. 2; die Reduktion des Anwendungsumfangs geht zurück auf die Rechtsprechung des EGMR in U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43; Französisch: „[…] les garanties offertes par le volet pénal de l’article 6 ne doivent pas nécessairement s’appliquer dans toute leur rigueur“; Englisch „[…] the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency“.

551 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 216.

552 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 216.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

teiische Prüfung aller Gesichtspunkte des Einzelfalls folgt,[553] obliegt der Nachweis des Vorliegens entlastender Beweismittel und Rechtfertigungsgründe bei den beschuldigten Unternehmen.

Bereits angedeutet wurde, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz nach Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 EMRK sowie Art. 47 und 48 GRCh im Rahmen des Voruntersuchungsverfahrens bei förmlichen Auskunfts- und Nachprüfungsbeschlüssen nicht bzw. nicht vollumfänglich gilt. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sind daher verpflichtet, selbstbelastende Unterlagen herauszugeben, soweit die Zuwiderhandlung damit nicht eingestanden wird.[554]

Der *Anwendungsumfang* strafrechtlicher Verfahrensrechte kann und wird also faktisch gegenüber Unternehmen im Kartellermittlungsverfahren reduziert. Ein Maßstab dafür, wie weit die Abweichung reichen darf, besteht nicht. Eine genauere Betrachtung des Anwendungsumfangs soll an dieser Stelle daher noch zurückgestellt werden. Die Untersuchung will sich schließlich auf die Legitimationskontrolle der Rechtfertigung fokussieren. Dafür kommt es auf die Begründung an, auf deren Grundlage die Verfahrensrechte reduziert werden.

C. Rechtsstaatliche Legitimationskritik und -rechtfertigungen

Die rechtsstaatliche Legitimationskritik an dieser unvollständigen Anwendung strafrechtlicher Verfahrensgarantien und -rechte wurde bereits zu Beginn der Untersuchung beleuchtet.[555] Die Reduktion führe zu einem „rechtsstaatlich defizitären Verfolgungskonzept der Kommission“,[556] auf dessen Grundlage die Verhängung schwerster Kartellsanktionen für *hard-core*-Verstöße gegen das europäische Wettbewerbsrecht nicht mehr hinreichend legitimiert und daher rechtsstaatlich unzulässig seien.[557] Das postulierte Legitimationsdefizit korreliert damit mit dem Anwendungsumfang dieser Rechte.

Andererseits wurde auch die legitimatorische Rechtfertigung für die Anwendungsreduktion bereits dargestellt.[558]

---

553 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 62 f.

554 Vgl. oben unter A.

555 Vgl. oben unter Einleitung A. II.

556 *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 459.

557 *Schwarze/u. a.*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der EG, *dies.*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der EG; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 27; vgl. *Dannecker/Schröder*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 8, Rn. 246, m. w. N.; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

558 Vgl. oben unter Einleitung A. IV.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dass strafrechtliche Verfahrensrechte „nicht notwendigerweise in ihrer ganzen Strenge“ Anwendung finden, basiert im Wesentlichen auf zwei Argumentationsansätzen: Zum einen wird die *Rechtsnatur* der Kartellbuße und, davon abgeleitet, des Kartellverfahrens dem Strafrecht im weiteren Sinne zugeordnet. Zum anderen wird die *Unternehmereigenschaft* der Adressaten des Kartellermittlungsverfahrens, im Unterschied zu natürlichen Personen als Adressaten eines echten Kriminalstrafverfahrens, herangezogen.

Bilden diese beiden Argumente die Rechtfertigung für die Reduktion der Verfahrensrechte und ergibt sich daraus das behauptete Legitimationsdefizit, muss die Untersuchung diese beiden Argumente nachfolgend auf ihre intrinsische Legitimation hin überprüfen.

3. Kapitel
Gesamtergebnis des ersten Teils

Im ersten Teil wurde die Bedeutung der Schutzzwecke des europäischen Wettbewerbsrechts für die Wirtschaftsverfassung und als Rechtsgüterschutz dargestellt. Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht sind aufgrund ihrer volkswirtschaftlichen Schäden erhebliche Eingriffe in den Wettbewerb. Dessen ungeachtet sind auch die Kartellbuße und die Kartellermittlungsmaßnahmen Eingriffe in die Rechte von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Diese müssen rechtsstaatlich und verfahrensrechtlich legitim sein. Der Schutz vor willkürlichen oder unverhältnismäßigen Eingriffen bildet einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, den die Unionsorgane bei der Ausübung ihrer Befugnisse nicht überschreiten dürfen.[559]

Die Legitimität dieser Eingriffe ergibt sich auch aus der Anwendung und dem Anwendungsumfang allgemeiner Verwaltungsrechte und strafrechtlicher Verfahrensgrundsätze sowie -rechte.[560] Die überblicksartige Darstellung des Legitimationszustands hat – und nur darauf kommt es an dieser Stelle an – aufgezeigt, dass strafrechtliche Verfahrensrechte im gegenwärtigen Kartellermittlungsverfahren nicht in vollem Umfang gewährt werden. Die Ausgangsthese unterstellt dem Kartellermittlungsverfahren demzufolge ein Legitimitätsdefizit, weil die Verfahrensrechte nicht in vollem Umfang gewährt werden.

Offen und unklar ist damit aber, ob sich trotz der Reduktion der Verfahrensrechte eine hinreichende Legitimationsgrundlage für die Eingriffe ergibt. Dafür, dass dieses „hinreichend“ ist, spricht *prima facie,* dass die Ermittlungs-

[559] EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 19.

[560] Vgl. insg. schon *Soltész/u. a.*, EuZW 2003, S. 202, S. 205.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

befugnisse des Kapitels V. der Kartellverfahrensverordnung Nr. 1/2003 der Europäischen Kommission nicht schrankenlos gewährleistet werden. Die Kommission ist nach Art. 27 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 verpflichtet, die Verteidigungsrechte der Parteien im Kartellermittlungsverfahren in vollem Umfang zu wahren.[561] Da sich die Legitimation aus der Anwendung von Verfahrensrechten generiert, ist auch die unvollständige Gewährleistung dieser Rechte legitimationsbedürftig. Versteht man Legitimation als einen erfolgreichen Begründungsprozess ohne objektive Begründungsfehler, muss sich die Untersuchung für die Legitimationskontrolle der Begründung der Verfahrensrechtereduktion zuwenden. Aus dem Zusammenspiel der rechtsstaatlichen Kritik und Rechtfertigung dieser Reduktion ergibt sich damit der notwendige nächste Untersuchungsschritt.

Wird in der Ausgangsthese ein Legitimationsdefizit im Kartellermittlungsverfahren behauptet, weil (strafrechtliche) Verfahrensrechte in der Anwendbarkeit oder dem Anwendungsumfang reduziert sind, und wird diese Reduktion mit der *Rechtsnatur* des Kartellverfahrens und der *Unternehmereigenschaft* der Adressaten legitimiert, müssen beide Begründungsansätze zur Legitimationskontrolle dogmatisch auf ihre Tragfähigkeit hin überprüft werden. Der zweite Teil widmet sich daher der dogmatischen Legitimationskontrolle der Geltungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte aufgrund der *Rechtsnatur*, der dritte Teil aufgrund der *Unternehmereigenschaft*.

[561] EuG, U. v. 12.07.2019 – Quanta Storage – Rs. T-772/15, ECLI:EU:T:2019:519, Rn. 111.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Teil

Dogmatische Legitimationskontrolle der Geltungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren aufgrund der *Rechtsnatur*

Nachdem im ersten Teil der Untersuchung der Schutzzweck, der Eingriffs- sowie der Legitimationszustand des Kartellverfahrens deskriptiv dargestellt wurden, gilt es nun zur Überprüfung der Forschungsthese die Legitimierungsansätze zur Anwendungs- und Geltungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte intrinsisch auf ihre dogmatische Überzeugung und Begründungsfehler hin zu analysieren. Der zweite Teil widmet sich dem ersten Begründungsansatz – der Geltungsreduktion aufgrund der Rechtsnatur des Kartellverfahrens. Inhalt und Bedeutung der „Rechtsnatur" bedürfen hierzu zunächst der näheren Betrachtung (Kapitel 1), bevor sich die Untersuchung der dogmatisch-legitimatorischen Überprüfung der *Anwendbarkeit* (Kapitel 2) sowie des *Anwendungsumfangs* (Kapitel 3) abwehrrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellverfahren anhand der Rechtsnatur widmet.

1. Kapitel

Die Rechtsnatur des unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahrens

Die zu untersuchende Legitimationswirkung strafrechtlicher Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren hängt von deren *Anwendbarkeit* und *Anwendungsumfang* ab.[1] Beides wird objektiv durch die Rechtsnatur des Kartellsanktionsregimes determiniert, die daher Ausgangspunkt einer dogmatischen Legitimationskontrolle ist. Die gewonnenen Ergebnisse bilden das Fundament der konkreten Gewährleistungsausgestaltung einzelner strafprozessualer Verfahrensrechte. Die Rechtsnatur bedarf zum Verständnis einer näheren Betrachtung ihrer dogmatischen Funktion sowie ihrer Herleitung.

[1] Vgl. hierzu oben unter 1. Teil 2. Kap. § 1 C.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 1 Die dogmatische Funktion und Herleitung der Rechtsnatur

A. Begriff und Funktion der Rechtsnatur

Die Rechtswissenschaft hat bislang keine allgemeingültige Definition der „Rechtsnatur" entwickelt. Dennoch ist nach der Rechtsprechung des EuGH das primäre Kriterium zur objektiv-rechtlichen Einordnung eines unmittelbar und individuell betreffenden Sanktionsakts nicht dessen Form oder Bezeichnung, sondern dessen Rechtsnatur.[2] Deren Funktion ist es mithin primär, eine Norm dem zivil-, straf- oder verwaltungs- oder einem *sui generis*-Normensystem zuzuordnen. Annäherungsweise kann der unbestimmte Rechtsbegriff daher *funktional* als Zuweisungsfunktion zum Rechtsnormsystem einer Rechtsordnung beschrieben werden.

Ihre elementare Bedeutung erlangt die Rechtsnatur indes nicht direkt durch diese Zuweisung, sondern mittelbar dadurch, dass hiervon akzessorisch die *Kompetenz* und das anzuwendende *Verfahrensrecht* abgeleitet werden. Die Rechtsnatur entscheidet folglich indirekt darüber, ob eine Norm vom zuständigen Organ erlassen wurde oder als *ultra vires*-Akt unwirksam ist, und zugleich, welche legitimatorischen Anforderungen an das Verfahren zu stellen sind, indem eine Norm angewendet wird. Mit anderen Worten gibt die Rechtsnatur eines Verfahrens den zu erreichenden Legitimationszustand vor.

Die Notwendigkeit der Differenzierung und Zuordnung wiederum ergibt sich aus den divergierenden Legitimationsanforderungen der Normensysteme. Denn (kriminal-)strafrechtliche Eingriffe in geschützte Rechtspositionen wiegen besonders schwer und müssen daher durch zusätzliche Verfahrensrechte zu einem verhältnismäßigen rechtsstaatlichen Ausgleich gebracht werden. Ein solcher Ausgleich ist im Rahmen des weniger eingriffsintensiven Verwaltungssanktionsrechts nicht bzw. nicht ebenso erforderlich. Die Rechtsnatur sortiert Rechtsordnungen damit objektiv nach der abstrakten Schwere staatlicher Eingriffe und legt indirekt die korrespondierende Schwere des ausgleichenden Legitimationszustands fest.

Für die Untersuchung bedeutet dies zusammengefasst, dass sich das europäische Kartellverfahrensrecht nur dann und soweit an der strafrechtlichen Legitimationsschwelle messen lassen muss, als es sich um ein Strafverfahren handelt.[3] Nachfolgend gilt es daher die Rechtsnatur des europäischen Kartellverfahrens zu untersuchen. Problematisch gestaltet sich dabei jedoch der adäquate Anknüpfungspunkt.

---

[2] EuGH, U. v. 6.10. 1982 – Alusuisse – Rs. 307/81, ECLI:EU:C:1982:337, Slg. 1982-03463, Rn. 7; *Soltész/u. a.*, EuZW 2003, S. 202, S. 205; *Schwarze*, EuR 2009, S. 171, S. 181.

[3] Vgl. schon *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 43 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Anknüpfung an die Kartell*buße*

Der Anknüpfungspunkt zur dogmatisch korrekten Bestimmung der Rechtsnatur des europäischen Kartellverfahrens lässt sich – unabhängig davon, ob das Kartellverfahren dem *verwaltungsrechtlichen* oder dem *(kriminal-)strafrechtlichen* Normsystem zuzuordnen ist – kaum durch eine genuine Betrachtung des *Verfahrens* überprüfen. Weder enthält das Primärrecht positive Vorgaben für das Kartell*verfahren*, noch sind objektive Kriterien einer genuin europäischen Sanktionsdogmatik zur abstrakten Bestimmung dessen Rechtsnatur vorhanden. Unpräzise und fragmentarische Begründungsversuche[4], die vermischend mal von der Rechtsnatur des Kartell*rechts*, mal von der *-buße*, mal vom *-verfahren* sprechen, tragen nicht zur Entwirrung bei.

Das Primärrecht enthält jedoch in Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV – sekundärrechtlich ausgestaltet in Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 – mit dem amtlichen Wortlaut „Geldbuße" Angaben zur Rechtsform der Kartell*sanktion* und konstatiert in Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003[5], dass europäischen Kartell*bußgeldbeschlüsse* „keinen strafrechtlichen Charakter" haben. Es überrascht daher nicht, dass – in Ermangelung anderer belastbarer Indizien – zur Begründung der Rechtsnatur des Kartell*verfahrens* an der Kartell*buße* angeknüpft wird.

Die dogmatische Verbindlichkeit dieses Rückschlusses ist aber fraglich. Im Schrifttum wird eine wechselseitige Korrelation teilweise bezweifelt und jedenfalls für die Möglichkeit einer divergierenden Rechtsnatur von *Sanktion* und *Verfahren* plädiert.[6] Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 sei dahin gehend auszulegen, dass sich die Rechtsnatur der Kommissionsentscheidung nur auf die Sanktion als das Verfahrensergebnis, nicht aber auf das Verfahren selbst bezöge.[7] Damit soll begründet werden, weshalb die Kartellsanktion als Verwaltungssanktion, das Verfahren aber als Strafverfahren im weiteren Sinn geführt wird. Verstanden werden soll diese Auslegung wohl nicht allgemein im Sinne einer völligen Unabhängigkeit von Sanktion und Verfahren. Kriminalstrafen

---

[4] *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 24.

[5] Im Wortlaut: „Die nach den Absätzen 1 und 2 getroffenen Entscheidungen haben keinen strafrechtlichen Charakter."; EuG, U. v. 6.10.1994 – Tetra Pak International SA/Kommission – Rs. T-83/91, Rn. 335: „Article 15(4) of Regulation No 17 specifically provides that fines imposed pursuant to paragraph 2 of that article are not to be of a criminal law nature."; unter Verweis hierauf auch: EuG Rs. T-23/99, *LR AF 1998 A/S/Kommission*; Slg. 2002, II-1705, Rn. 220.

[6] *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 26. Gemeint ist damit aber nicht ein Auseinanderfallen der Rechtsnatur, sondern nur der Bezeichnung der Rechtsnatur durch den Gesetzgeber und der materiellen Rechtsnatur, den die Gerichte aufgrund deren Eingriffsschwere erkennen.

[7] *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 26.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sollen auch nach dieser Ansicht wohl nicht in einem Verwaltungsverfahren verhängt werden dürfen. Damit verbleibt als einziger Anwendungsbereich für ein Auseinanderfallen von vornherein nur der Fall einer verwaltungsrechtlichen Sanktion, die in einem (kriminal-)strafrechtlichen Verfahren verhängt wird. Offen bleibt, unter welchen Voraussetzungen ein solches Auseinanderfallen zulässig sein soll und wie die Rechtsnatur des Verfahrens objektiv bestimmbar wird. Bezeichnenderweise wird die Geltung spezifischer allgemeiner strafrechtlicher Grundsätze im Kartellverfahren sodann mit den „erheblichen, zumindest in ihrer Wirkung strafähnlichen *Sanktionen*" begründet, die die rechtsstaatlichen Anforderungen an das Verfahren anheben.[8] Ehrlicherweise wird damit also von einer materiell strafähnlichen Sanktion ausgegangen. Naheliegender erscheint es, sich sogleich objektiv mit der Eingriffswirkung der Sanktion zu befassen und davon das notwendige rechtsstaatliche Legitimationsniveau abzuleiten.[9] Diesen unmittelbaren Rückschluss ziehen jedenfalls auch die überwiegende Ansicht in der Literatur[10] und die Rechtsprechung.[11] Ein Auseinanderfallen ist – so meint es wohl die Auffassung –

---

[8] *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 26.

[9] Die Autoren versuchen an dieser Stelle, Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 eine verbindliche Aussage über die Rechtsnatur der Sanktion zuzuschreiben. Nach der hier vertretenen – aber noch genauer in 3. Kap § 3 A. I. 2. aufzuzeigenden – Auffassung kommt Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 von vornherein keine imperative Determinationsmacht für die Rechtsnatur der Kartellsanktion zu.

[10] Insoweit kommt es aber auch nicht zu einem Auseinanderfallen, weil alle von vornherein davon ausgehen, dass es sich um eine im weiteren Sinne strafrechtliche Sanktion handelt. *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Bacher/Hempel/Wagner-von Papp, BeckOK, Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 11, die von der Kartellbuße auf das Verfahren und die Strafverfahrensrechte schließen; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 329: „Die Zurechnung der Geldbußen zum Strafrecht […] geschieht […], um sicherzustellen, dass […] die besonderen rechtsstaatlichen Garantien des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechts auch im europäischen Kartellbußgeldrecht gelten."; vgl. auch *Kienapfel*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 10; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 214: „Allerdings muss das Verfahren zur Verhängung von Geldbußen aufgrund des strafrechtlichen Charakters der Geldbußen grundsätzlich strafverfahrensrechtlichen Anforderungen genügen."

[11] So formuliert der EuGH etwa in U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 42: „In Bezug auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Recht, zu schweigen, auch im Rahmen von Verfahren zur Feststellung von Verwaltungsverstößen gewahrt werden muss, ist hervorzuheben, dass dieses Recht im Kontext von Verfahren zur Anwendung kommt, die zur Verhängung von Verwaltungssanktionen strafrechtlicher Natur führen können. Für die Beurteilung der strafrechtlichen Natur sind drei Kriterien maßgebend […]. Es ist zwar Sache des vorlegenden Gerichts, im Licht dieser Kriterien zu beurteilen, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verwaltungssanktionen strafrechtlicher Natur sind"; der EGMR zieht, wie noch genauer beleuchtet wird, die Rechtsnatur der Sanktion nur verbindlich heran, wenn es sich um eine Kriminalstrafe handelt. Andernfalls betrachtet er die Schwere des Versto-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

damit nicht zwischen der objektiven Rechtsnatur und dem Verfahren gegeben, sondern zwischen der behaupteten Rechtsnatur nach Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 und der faktischen Rechtsnatur der Sanktion. Ohne den Rückgriff auf die Sanktion und deren Eingriffsschwere wäre die Determinierung der Rechtsnatur des Verfahrens auch nach dieser Ansicht kaum möglich.

Für den Fortgang der Untersuchung sollen die dogmatischen Rechtstheorien zur Determinierung der Rechtsnatur der europäischen Kartell*buße* daher in gebotener Kürze aufgezeigt und analysiert werden. Gleichwohl liegt der Schwerpunkt der Untersuchung nicht auf der Entwicklung einer genuin unionsstrafrechtlichen Sanktionsdogmatik. Viel eher muss das erste Augenmerk auf der Entwirrung und Systematisierung der Meinungsspektren zur Rechtsnatur der Kartellbuße liegen.

C. Die Rechtsnatur der europäischen Kartell*buße*

Die präzise dogmatische Determinierung der Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße ist trotz der dargestellten fundamental legitimatorischen Bedeutung seit Jahrzehnten umstritten. Das Unionsrecht kennt verschiedene Arten von „Sanktionen", sodass die Systematisierung drei Möglichkeiten eröffnet.[12] Konkret ist fraglich, ob die europäische Kartellbuße eine pekuniäre Sanktion verwaltungsrechtlicher oder strafrechtlicher punitiver Rechtsnatur ist. Für den Fall, dass Letzteres zutrifft, gilt es, echte *Kriminalstrafen im engeren* oder eine *Strafrechtsanktion im weitesten Sinne* zu unterscheiden.[13] Gemeint ist damit faktisch die Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht. Zuletzt wird auch eine Rechtsnatur *sui-generis.*[14]

Anders als im Schrifttum üblich, soll die Rechtsnatur hier aber nicht abstrakt, sondern rechtsfolgenorientiert funktional-legitimatorisch betrachtet werden, also immer nur insoweit, wie sie Auswirkungen auf die *Anwendbarkeit* oder den *Anwendungsumfang* strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren hat. Einheitliche Darstellungen im Schrifttum, die – der besseren Darstellung halber – die Ansichten gesamtheitlich darstellen,[15] verkennen die divergierenden Rechtsfolgen, die von der Einordnung ausgehen.

ßes und der Sanktion, um zu prüfen, ob die Garantien des Art. 6 EMRK Anwendung finden.

12 *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 43 f.

13 *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Rn. 23 f. Kritisch: *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 93 ff.; so schon: *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 28.

14 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 27.

15 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 67 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 2 Fazit

Die Untersuchung muss die *Anwendbarkeit* strafrechtlicher Verfahrensrechte (2. Kapitel) und ggf. deren *Anwendungsumfang* (3. Kapitel) im Kartellverfahren trennen und dogmatisch abstecken. Maßgebliches objektives Abgrenzungskriterium ist für beide Fälle die umstrittene Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße. Daneben wird der *Anwendungsumfang* durch die Unternehmereigenschaft der Sanktionsadressaten determiniert (4. Kapitel).

2. Kapitel

Die Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren – aufgrund der Rechtsnatur

Die Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren hängt von der umstrittenen Rechtsnatur der Kartellbuße ab. Zwar hat der EuGH die Rechtsnatur der Kartellbuße bislang nicht ausdrücklich bestimmt,[16] im Schrifttum findet aber ganz überwiegend eine Zurechnung zum Strafrecht im weiten Sinne statt.[17] Hiervon werden die strafrechtliche Rechtsnatur des Kartellverfahrens und die generelle Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte im Verwaltungsverfahren abgeleitet, wovon auch der EuGH ausgeht.[18] Teilweise wird die Anwendbarkeit jedoch auch verneint, unter Verweis auf die rein verwaltungsrechtliche Rechtsnatur. Die mantraartig wiederholten Behauptungen sollen daher zunächst ausführlicher

[16] Der EuGH bezieht sich insoweit nur auf die Anwendung von Verfahrensrechten in Verwaltungsverfahren, die zu Verwaltungssanktionen strafrechtlicher Natur führen können, vgl. EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 42, wenn auch in Hinblick auf natürliche Personen. Das EuG hat jedoch festgestellt, dass die Sanktionen unter das Strafrecht i. S. v. Art. 6 EMRK fallen, vgl. EuG, U. v. 16.12.2015 – Martinair – Rs. T-67/11, ECLI:EU:T:2015:984, Rn. 29; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 331; ausdrückliche Ausführungen finden sich für den Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003: EuGH, U. v. 18.9.2003 – Volkswagen – Rs. C-338/00 P, ECLI:EU:C:2003:473, Rn. 96; EuG, U. v. 20.3.2002 – Brugg Rohrsysteme – Rs. T-15/99, ECLI:EU:T:2002:71, Rn. 109: „Entscheidungen sind nicht strafrechtlicher Art“, sowie zur Rechtsnatur des Verfahrens, das dem Verwaltungsrecht zugeordnet wird, vgl. schon EuGH, U. v. 15.7.1970 – Boehringer Mannheim – Rs. C-45/69, ECLI:EU:C:1970:73, Rn. 23.

[17] Hierzu sogleich unter A. ausführlicher, vgl. *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 329.

[18] Vgl. EuGH, U. v. 8.7.1999 – Hüls – Rs. C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, Rn. 149 f., in Hinblick auf die Unschuldsvermutung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

deskriptiv dargestellt (§ 1) und sodann anhand objektiver Kriterien dogmatisch überprüft werden (§ 2).

§ 1 Die umstrittene verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Rechtsnatur der Kartellbuße und des Kartellverfahrens

A. Die Ansicht der Unionsgerichte, Literatur und Generalanwälte – strafrechtliche Rechtsnatur

Der EuGH hat sich bislang nicht ausdrücklich zur Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße geäußert. Dennoch gehen die Generalanwälte und die überwiegende Literatur von einer im weiteren Sinne „strafrechtlichen" Rechtsnatur aus.[19] Der Grund hierfür sei, dass es sich um eine *punitive Sanktion* im Sinne einer hoheitlichen Reaktion auf unionsrechtswidriges Verhalten handle, die durch ihre repressive Wirkung über den Zustand ex-ante durch Schadenskompensation hinausgehe.[20] Im Unterschied zu reinen Verwaltungssanktionen verfolgen punitive Sanktionen einen präventiven und repressiven Zweck, wobei ihre Ahndungsfunktion an schuldhaftem Verhalten anknüpft.[21] Alle punitiven Sanktionen sind ihrer Rechtsnatur nach strafrechtlich.

Als verfahrensrechtliche Rechtsfolge wird hiervon abgeleitet, dass allgemeine Rechtsgrundsätze des Strafverfahrensrechts und rechtsstaatliche Ver-

---

[19] Schlussanträge GA Colomer v. 11.02.2003 Rs. C-2004/00P u. a. – Aalborg Portland u. a. – ECLI:EU:C:2003:85 Rn. 26; Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.02.2011, Rs. C-272/09 P – KME – ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 64 ff.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 38, m. w. N.; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 86; vgl. im Hinblick auf die Kompatibilität mit Art. 6 EMRK: Castillo de la Torre, World Competition 32, S. 505, S. 571; sprachlich unpräzise den (*kriminal!*-)strafrechtlichen Charakter ausschließend: *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 10, der die Differenzierung aber in Rn. 12 vornimmt; oder auch *Feddersen*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 18; die unpräzise sprachliche Formulierung ist im Rahmen eines fragmentierten Strafverständnisses bestenfalls unförderlich. Er speist sich aus der unpräzisen und unbesehenen Übernahme des Wortlauts des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003; präziser von Strafen im weiteren Sinne sprechend: *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 334 ff.; oder von nicht kriminalstrafrechtlicher Art: *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 50; *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 8.

[20] *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 4, der von der Sanktion spricht, damit aber die repressiv-punitive Sanktion meint.

[21] *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 16.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fahrensgarantien im europäischen Kartellverfahren grundsätzlich Anwendung finden.[22] Dies entspricht jedenfalls auch der ständigen Rechtsprechung des EuGH, der strafrechtliche Verfahrensrechte früh als allgemeine Rechtsgrundsätze aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie der EMRK als Erkenntnisquellen ableitete.[23] Die heute in Art. 47 und Art. 48 GRCh niedergelegten strafrechtlichen Abwehrrechte müssen in Verfahren zur Feststellung von Verwaltungsverstößen gewahrt werden, die zur Verhängung von Verwaltungssanktionen *strafrechtlicher* Natur führen können.[24] Für die Beurteilung der strafrechtlichen Rechtsnatur von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen seien drei Kriterien maßgebend:

> „[…] erstens die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen Recht, zweitens die Art der Zuwiderhandlung und drittens der Schweregrad der dem Betroffenen drohenden Sanktion."[25]

Die Kriterien sind die verklausulierte unionsrechtliche Version der vom EGMR entwickelten sog. „Engel-Kriterien"[26] zur Bestimmung der Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK. In Ermangelung einer genuin unionsrechtlichen Sanktionsdogmatik greift der EuGH zur Determinierung des „Strafrechts" nolens volens auf diese Kriterien zurück – hierbei ist von einem „unofficial borrowing" die Rede[27] – und überträgt sie auf das Unionsrecht.[28] Eine Sub-

---

22 Schlussanträge GAin Kokott v. 28.2.2013 – Schenker – Rs. C-681/11, ECLI:EU:C:2013:126, Rn. 40; Schlussanträge GA Bot v. 26.10.2010 – Thyssen-Krupp – Rs. C-352/09 P, ECLI:EU:C:2010:635, Rn. 49, der jedoch davon spricht, dass Verfahren die in strafrechtlicher Hinsicht vorgesehenen Garantien der EMRK und GRCh „aufweisen" müssten; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 329; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 38; *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 1, Rn. 13; *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, Rn. 17 ff.

23 Hierzu ausführlich oben unter 1. Teil 2. Kap. § 2 A.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 38, m. w. N.

24 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 42.

25 EuGH, U. v. 22.3.2022 – Nordzucker – Rs. C-151/20, ECLI:EU:C:2022:203, Rn. 30; EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 42; EuGH, U. v. 20.03.2018 – Garlsson Real Estate – Rs. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 28; EuGH v. 5.6.2012 – Łukasz Marcin Bonda – Rs. C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319, Rn. 37; EuGH, U. v. 26.02.2013 – Åkerberg Fransson – Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 35.

26 EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel u. a./Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 82: „the provision(s) defining the offence charged"; „the nature of the offence"; „the degree of severity of the penalty"; EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 50; vgl. Auch EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 30; EGMR, U. v. 9.10.2003 – Ezeh und Connors/Vereinigtes Königreich – Nr. 39665/98 u. 40086/98, Rn. 82.

27 *Weyembergh/Joncheray*, New Journal of European Criminal Law 7, 2016, S. 190, S. 199.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sumtion hat der EuGH in Hinblick auf die europäische Kartellbuße bislang aber nicht vorgenommen.[29] GAin Sharpston zieht im Jahr 2011 zur Einordnung der Rechtsnatur einer *hard-core*-Kartellbuße erstmals ausdrücklich die Engel-Kriterien heran und kommt dabei:

> „[…] ohne Weiteres zu dem Ergebnis, dass das Verfahren, mit dem eine Geldbuße […] verhängt wird, unter den Begriff des ‚Strafrechtlichen' im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK fällt."[30]

Auch der EGMR konstatiert, dass die bereits dargestellten Schutzzwecke des Wettbewerbsrechts allgemeine Interessen der Gesellschaft berühren, die normalerweise durch das Strafrecht geschützt werden.[31] Eine autonom unionsrechtliche Auslegung der konventionsrechtlichen Kriterien findet dabei nicht statt.[32]

B. Die Ansicht des älteren Schrifttums – verwaltungsrechtliche Rechtsnatur (sog. *sanction administrative*)

Insbesondere ältere Ansichten im Schrifttum gehen hingegen von einer verwaltungsrechtlichen Rechtsnatur europäischer Kartellbußen aus, sodass in der Rechtsfolge die Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensgrundsätze und -rechte im Kartellermittlungsverfahren abgelehnt – oder jedenfalls erheblich beschränkt – wird.[33] Sanktionsdogmatisch wird dies damit begründet, dass es sich bei Kartellbußgeldern nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 um pekuniäre

---

[28] Vgl. EuGH v. 5.6.2012 – Łukasz Marcin Bonda – Rs. C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319, Rn. 37, der ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EGMR vom 8. Juni 1976, Engel u. a./Niederlande, Serie A Nr. 22, §§ 80–82, verweist.

[29] Die Entscheidungen betrafen stets die nationalen (zum Teil Kartell-)Sanktionen, sodass „es Sache des vorlegenden Gerichts" ist, im Lichte der Kriterien über die Strafrechtlichkeit der Sanktion zu urteilen, vgl. u. a., EuGH, U. v. 22.3.2022 – Nordzucker – Rs. C-151/20, ECLI:EU:C:2022:203, Rn. 30.

[30] GAin Sharpston, Schlussanträge v. 10.2.2011 – KME Germany – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 64; für *Wils* war dies bereits 2010 „no longer news", *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 13; GA Vesterdorf kommt bereits 1991 zu diesem Ergebnis in seinen Schlussanträgen v. 10.7.1991 – Rhône-Poulenc – Rs. T-1/89, ECLI:EU:T:1991:38, S. 885.

[31] EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 40, m. w. N.

[32] Vgl. auch Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.2.2011, Rs. C-272/09 P – KME – ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 64, „Anhand dieser Kriterien […]"; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328, der ebenfalls diesen Vergleich zieht.

[33] *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 47, m. w. N. und mit einem Überblick; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 63 ff.; vgl. *Fromm*, ZIS 2007, S. 279, S. 283; vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 156; vgl. *Tsolka*, Der Allgemeine Teil, S. 50 ff., m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verwaltungssanktionen – sog. *sanctions administratives* – nach französischem, aber auch italienischem, belgischem und niederländischem[34] Rechtsvorbild handle.[35] Der französischsprachige Wortlaut „sanction" sei dabei ein Indiz für eine Verwaltungssanktion, weil für eine (kriminal-)strafrechtliche Einordnung der Begriff „peine" hätte verwendet werden müssen.[36] Konsequenterweise haben aus der französischen Rechtstradition stammende Generalanwälte die verwaltungssanktionsrechtliche Rechtsnatur vertreten.[37] Derartige Verwaltungssanktionen sind in einem kontradiktorischen Verfahren von einer Verwaltungsbehörde aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften verhängte negative Rechtsfolgen, die durch hoheitliche Anordnung festgesetzt werden und von einem Verwaltungsgericht im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens gerichtlich überprüfbar sind.[38] Sie bezwecken die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen und effizienten Ablaufs des Verwaltungsverfahrens und knüpfen dabei nicht an einem Schuldvorwurf an, sondern stellen – als Tätigkeitsdelikte in Form abstrakter Gefährdungsdelikte[39] – eine bloße Pflichtenmahnung ohne sittlich-ethische Missbilligung dar.[40] Eindeutig unter diese – nach deutschem Verständnis – typischen Ordnungswidrigkeiten fallen etwa Bußgelder nach Art. 23 Abs. 1 lit. a–e VO 1/2003. Sie sanktionieren Zuwiderhandlungen im Rahmen des Kartellermittlungsverfahrens, etwa das Erteilen unrichtiger, irreführender oder unvollständiger Auskünfte für qualifizierte Auskunftsverlangen nach Art. 18 Abs. 2 VO Nr. 1/2003. Die Sanktionen knüpfen für die Verhängung jedoch nicht an schuldhaftes Verhalten an, sondern dienen allein der Autorität und effektiven Durchsetzung des Verfahrens durch die Kommission.[41]

---

[34] *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 74, m. w. N.; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 66 ff.; *Fromm*, ZIS 2007, S. 279, S. 283.

[35] Vgl. *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 332; *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 108; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 17, m. w. N.; vgl. *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 47; vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 156 f.; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 74; *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 232.

[36] Vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 156, m. w. N.; die französische Sprachfassung der VO 1/2003 überschreibt das Kapitel VI mit „sanctions", wobei aber bereits Art. 23 VO 1/2003 spezifisch von „amendes" spricht. Ob dem Wortlaut daher eine weiterführende Bedeutung zugemessen werden kann, erscheint fraglich, vgl. hierzu aber unten unter 3. Kap. § 4 B. II. 1. u. 2.

[37] Schlussanträge GA Lagrange v. 18.3.1958 – Compagnie des hauts fourneaux de Chasse – Rs. C-15/57, ECLI:EU:C:1958:3, S. 213.

[38] *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 156.

[39] *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 18.

[40] Vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 156, m. w. N.

[41] *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 14, vgl. aber auch Rn. 15; a. A. *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 44, der dennoch die Autorität und Legitimität des Kartellverfahrens als

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Befürworter sehen diese Anforderungen auch für die europäische Kartellbuße gegeben. Dafür spreche der Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003, wonach Kartellbußgeldbeschlüsse gerade „keinen strafrechtlichen Charakter" haben.[42] Die Kartellbuße impliziere zudem keinen sittlich-ethischen Tadel, sondern sei eine „ethisch indifferente Verwaltungsvorschrift",[43] die jedoch neben präventiven auch repressive Sanktionszwecke verfolgen könne.[44] Verwiesen wird auch auf die faktische Ausgestaltung des Kartellermittlungsverfahrens als Verwaltungsverfahren, bei dem die Generaldirektion Wettbewerb als Verwaltungsbehörde durch öffentlich-rechtliche Vorschriften aufgrund der Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften eine materielle Kartell*buße* als Sanktion in Form eines Verwaltungsakts festsetzt, die von den Unionsgerichten in einem Verwaltungsverfahren überprüft wird.[45] Dies entspreche dem nationalen Verfahren bei der Verhängung von *sanctions administrative*.

Das gerichtliche Überprüfungsverfahren richtet sich ebenfalls nicht nach straf-, sondern nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen. Insbesondere verfügen die Unionsgerichte, wie auch die französischen Verwaltungsgerichte, über die charakteristische Befugnis zur unbegrenzten Ermessensnachprüfung der Entscheidungen der Kommission (sog. *pleine jurisdiction*) nach Art. 31 VO 1/2003.[46] Generalanwalt Vesterdorf beschrieb das europäische Kartellverfahren insoweit früh als „Verwaltungsverfahren mit anschließender Rechtmäßigkeitskontrolle."[47] Nicht zuletzt spreche auch die Geltung des Opportunitätsprinzips und der *reformatio in peius* (der Verböserung der sachlichen Entscheidung und der Kartellbuße, die nach Art. 31 VO 1/2003 „erhöht" werden kann) für die verwaltungsrechtliche Rechtsnatur,[48] zumal die strafrechtliche Sanktionierung von Unternehmen vielen Mitgliedstaaten fremd sei.[49] Bei der Einlegung eines nationalen Rechtsbehelfs gegen eine kriminalstrafrechtliche Sanktion gelte im Recht der Mitgliedstaaten hingegen das Verbot der *reformatio in peius*.[50]

Schutzzweck akzeptiert; *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 23, aber eben auch Rn. 37: „Die Festsetzung eines Bußgeldes […] setzt Verschulden, d. h. Vorsatz und Fahrlässigkeit voraus."

42 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 74.

43 *Krajewski*, Geldbußen, S. 63, 66.

44 Vgl. *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 75.

45 Vgl. *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 46 f.; *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 156 ff., m. w. N.

46 *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 146.

47 Schlussanträge GA Vesterdorf v. 10.7.1991 – Rhône-Poulenc – Rs. T-1/89, ECLI:EU:T:1991:38, Slg. 1991, II-867 (884 f.).

48 Vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 156, m. w. N.

49 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 59.

50 Vgl. schon *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 58.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Lässt man den Rückschluss von der Sanktion auf das Verfahren zu, hat die verwaltungsrechtliche Rechtsnaturzuweisung zur Rechtsfolge, dass die Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte und -garantien nach Art. 48 GRCh und Art. 6 EMRK (voll-)umfänglich verhindert wird,[51] was teilweise das primäre Ziel der verwaltungsrechtlichen Rechtsnatureinordnung zu sein scheint.[52]

C. Kritik an der verwaltungsrechtlichen Rechtsnatur

Gegen die rein verwaltungsrechtliche Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße als *sanction administrative* werden primär wesensmäßige Unterschiede vorgebracht. Die Kartellbuße sei eine punitive „strafrechtliche" Sanktion.[53] Hierunter fallen hoheitliche Reaktionen auf unionsrechtswidriges Verhalten, die durch ihre repressive Wirkung über den Zustand ex-ante durch Schadenskompensation hinausgehen und mit ihrer Ahndungsfunktion an der Schuld anknüpfen.[54] Die Kartellbuße erfülle diese Voraussetzung. Sie habe sowohl präventive und repressive Sanktionswirkung, sei verschuldensabhängig, knüpfe also an vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten an, und werde ausschließlich gegen Unternehmen verhängt.[55] Dies treffe auf die rein präventive Sanktionszwecken folgenden Verwaltungssanktionen wie dem Zwangsgeld gem. Art. 24 VO 1/2003 nicht zu,[56] die unterschiedlichste Sanktionsformen annehmen könnten und daher nicht zu einer hinreichend bestimmten

---

51 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 332, m. w. N.; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 73 mit weiteren Nachweisen zu dieser Konsequenz; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 67; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 47.

52 *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 156.

53 Vgl. zum Begriff: *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 63, m. w. N.

54 *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 16; vgl. *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 336, m. w. N.; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 4, der von der Sanktion spricht, damit aber die repressiv-punitive Sanktion meint.

55 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 335 f., S. 1415; *Yomere*, S. 50 f.; *Tsolka*, Der Allgemeine Teil, S. 48 ff.

Der EuGH spricht früh von einem doppelten Sanktionszweck, der sowohl unerlaubte Handlungen „ahnden" als auch Wiederholungen „vorbeugen" will, vgl. EuGH, U. v. 15.7.1970 – Chemiefarma – Rs. C-41/69, ECLI:EU:C:1970:71, Rn. 172; EuGH, U. v. 15.7.1970 – Buchler – Rs. C-44/69, ECLI:EU:C:1970:72, Rn. 49; zur Anknüpfung an vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten vgl. schon EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique Diffusion française – Rs. C-100/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 105.

56 *Dannecker/Schröder*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 8, Rn. 284, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Qualifizierung der Kartellbuße taugten.[57] Die mannigfaltigen und materiell divergierenden Sanktionsformen, die in den nationalen Rechtsordnungen unter dem Begriff der *sanctions administrative* zusammengefasst würden, determinierten den Wesensgehalt der Geldbuße nicht hinreichend.[58]

Zudem sei die europäische Kartellbuße sittlich-ethisch nicht gänzlich indifferent,[59] deren Schwere zudem für eine punitive Sanktionswirkung spreche.[60] Eine erheblich in Unternehmensrechte eingreifende Sanktion i. H. v. bis zu 10 % des Gesamtumsatzes für horizontale *hard-core*-Kartellverstöße sei nur euphemistisch mit einer rein auf die Pflichtenmahnung gerichteten „Verwaltungsstrafe" gleichsetzbar.[61] Die im Einzelfall angedrohte Geldbuße impliziere daher nach überwiegender Ansicht den „strafrechtlichen Charakter" der Kartellsanktion und führe zur Folge der Anwendbarkeit strafrechtlicher Garantien.[62]

Auch ein Rückgriff auf das nationalrechtliche Verständnis zur Determinierung unionsrechtlicher Begrifflichkeiten verbiete sich, zumal gerade der Vergleich mit den „Geldbußen" nach deutschem Recht fehlgehe, weil die „typischen Ordnungswidrigkeiten" dem Strafrecht im weiteren Sinne und nicht dem reinen Verwaltungsrecht zugeordnet werden.[63] Der Wortlaut „Geldbuße" sei letztlich terminologisch und materiellrechtlich zu uneindeutig, zumal auch im französischen Recht immer mehr „kriminalstrafrechtliche Grundsätze" bei einer „sanction" angewendet würden und die Ansicht der *sanction administrative* daher als überholt betrachtet werden könne.[64] Es handle sich um ein aus der Nachkriegszeit stammendes und mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung unvereinbares Relikt der Zwangswirtschaft, das heute nicht mehr haltbar sei.[65]

Gegen diese Auffassung lässt sich rechtspraktisch anführen, dass, wie bereits dargestellt wurde, strafrechtliche Verfahrensrechte nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte und des EGMR auch im Kartellverfahren gegen

---

57 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 332; *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 157, m. w. N.

58 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 75.

59 Vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 157, m. w. N.

60 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 335; vgl. hierzu auch *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

61 Vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 157.

62 Vgl. *Bürger*, Der Anspruch auf, S. 247, m. w. N., der diesen Rückschluss sodann jedoch kritisch in Zweifel zieht.

63 Vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 157.

64 *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 48, m. w. N.

65 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 76; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 76 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Unternehmen dem Grunde nach Anwendung finden.[66] Daraus folgt zwar nicht, dass die Rechtsprechung die Rechtsnatur der Kartellsanktion dogmatisch korrekt beurteilt. Zu verlangen wäre dann aber eine Begründung, weshalb die Gerichte sich irren. Andernfalls ist die vollständige Vorenthaltung strafrechtlicher Verfahrensrechte heute – wie auch noch zu beweisen sein wird – rechtspraktisch nicht mehr haltbar.

D. Zwischenergebnis

Die Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellverfahren ist umstritten. Sie hängt davon ab, ob die Kartellbuße eine im weiteren Sinne strafrechtliche oder rein verwaltungsrechtliche Rechtsnatur hat. Die Rechtsprechung und überwiegende Literatur geht von Ersterem aus und leitet hiervon ab, dass strafrechtliche Verfahrensgarantien und -rechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren Anwendung finden. Dieses Ergebnis lässt sich rechtswissenschaftlich objektiv indes nicht ohne Weiteres anhand der veranschaulichten Argumente, sondern lediglich anhand dogmatischer Kriterien bestätigen oder falsifizieren. Die hierzu vom EuGH genannten sog. Engel-Kriterien – *die innerstaatliche Einordnung der Zuwiderhandlung, die Art der Zuwiderhandlung und der Schweregrad der Sanktion* – entstammen keiner genuinen unionsrechtlichen, sondern der konventionsrechtlichen Sanktionsdogmatik des EGMR zu Art. 6 EMRK. Auch die Untersuchung muss daher zur Bestimmung der Rechtsnatur der Kartellbuße auf diese Kriterien zurückgreifen. Der Nachweis der Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte des Art. 6 Abs. 1 EMRK und der Art. 47 – 48 GRCh im Kartellermittlungsverfahren stünde dann einer rein verwaltungsrechtlichen Rechtsnatur und der Einordnung als *sanction administrative* objektiv entgegen.

§ 2 Dogmatische Legitimationskontrolle der verwaltungsrechtlichen oder strafrechtlichen Rechtsnatur des europäischen Kartellermittlungsverfahrens

Nachfolgend ist dogmatisch zu überprüfen, ob die Nichtanwendung strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellvorermittlungsverfahren aufgrund der verwaltungsrechtlichen Rechtsnatur der Kartellbuße legitim ist. *Argumentum e contrario* ist dies illegitim, wenn ihr eine strafrechtliche Rechtsnatur zukommt. Dies ist der Fall, wenn in Art. 6 EMRK und Art. 47

[66] Vgl. hierzu ausführlich bereits oben unter 1. Teil 2. Kap. § 2 B.; vgl. an dieser Stelle nur EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 44; Schlussanträge GA Pitruzzella v. 3.9.2020 – Whiteland Import Export – Rs. C-308/19, ECLI:EU:C:2020:639, Rn. 89 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und 48 GRCH enthaltene Strafrechtsgarantien sowie -rechte Anwendung finden. Die These, es handle sich bei den europäischen Kartellbußen um rein verwaltungsrechtliche Sanktionen, wäre dann widerlegt.

A. Die persönlichen, sachlichen und zeitlichen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 6 EMRK

Zur Anwendbarkeit der strafrechtlichen Verfahrensrechte des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 EMRK in verwaltungsrechtlichen Sanktionsverfahren müssen die persönlichen, sachlichen und zeitlichen Schutzbereiche eröffnet sein.

I. Die persönlichen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 6 EMRK – „Jedermann"

Die persönliche Anwendbarkeit und Grundrechtsberechtigung des Art. 6 EMRK ist – bezogen auf eine strafrechtliche Anklage – nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 Abs. 3 EMRK für „jede bzw. jede angeklagte Person" gegeben.[67] Die Schutzbereiche der EMRK sowie auch der GRCh sind jedoch primär auf Individualpersonen ausgelegt. Die Anwendbarkeit auf Unternehmen ist nicht in gleicher Weise evident. Adressaten und Haftungssubjekte des europäischen Kartellverfahrens sind nach Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 „Unternehmen" und „Unternehmensvereinigungen". Es besteht jedoch weitgehende Einigkeit dahin gehend, dass der persönliche Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK, jedenfalls dem Grunde nach, auch für Unternehmen bzw. juristische Personen eröffnet ist.[68] Hierfür spricht zunächst die in Art. 34 S. 1 EMRK postulierte Partei- und Beschwerdefähigkeit „nichtstaatlicher Organisationen" im Rahmen einer Individualbeschwerde, solange diese in eigenen Rechten verletzt sind.[69] Zudem wendet der EGMR Art. 6 EMRK in seiner Rechtsprechungspraxis selbstverständlich und begründungslos auch dem Grunde nach auf Unternehmen an.[70] Eine teleologische Reduktion des persönlichen Anwendungsbereichs auf natürliche Personen ist damit nicht indiziert, zumal auch Unternehmen und juristische Personen faktisch in ihren Freiheitsrechten beeinträchtigt werden können. Umstritten, jedoch erst

---

67 *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 14 f.

68 *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 15; *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 6; *Gaede*, in: Christoph Knauer MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 39; für die Anwendbarkeit bei juristischen Personen: EGMR U. v. 24.9.1997 – Garyfallou Aebe/Griechenland – Nr. 18996/91, Rn. 28 ff.

69 *Meyer-Ladewig/Kulick*, in: Meyer-Ladewig, u. a., Art. 34 EMRK, Rn. 13.

70 Vgl. EGMR U. v. 24.9.1997 – Garyfallou Aebe/Griechenland – Nr. 18996/91, Rn. 7, 28 ff., in Bezug auf eine griechische Gesellschaft, EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 5, 57, in Bezug auf eine italienische Gesellschaft.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

an anderer Stelle relevant ist die konkrete persönliche Anwendbarkeit der konkret ausgestalteten Einzelverfahrensgarantien und -rechte des Art. 6 EMRK. Die persönlichen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 6 EMRK liegen daher auch für juristische Personen und „Unternehmen" im unionsrechtlichen Sinne vor.

II. Die sachlichen und zeitlichen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 6 EMRK

Die sachliche Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1-3 EMRK setzt nach dem für alle Absätze geltenden Wortlaut[71] das Vorliegen einer „strafrechtliche Anklage"[72] voraus.[73] Der Begriff ist autonom konventionsrechtlich, mithin unabhängig vom nationalen Verständnis auszulegen.[74] Dabei ist zwischen dem *sachlichen* und *zeitlichen* Anwendungsbereich zu unterscheiden.[75] In sachlicher Hinsicht bestimmten die Engel-Kriterien die Strafrechtlichkeit der Sanktion und damit die anwendbaren Verfahrensrechte. In zeitlicher Hinsicht entscheidet das Vorliegen einer Anklage über die Eröffnung des Schutzbereichs. Es ist folglich zunächst zu prüfen, ob die Kartellsanktion „strafrechtlich" i. S. d. Art. 6 EMRK ist und strafrechtliche Verfahrensrechte damit im Kartellverfahren dem Grunde nach Anwendung finden (1.). Bejahendenfalls ist in zeitlicher Hinsicht zu prüfen, ob die einzelnen Ermittlungsmaßnahmen der Kommission eine „Anklage" i. S. d. Art. 6 EMRK sind (2.). Hiervon hängt im zweigeteilten Kartellermittlungsverfahren ab, ob betroffene Unternehmen

---

[71] Trotz der Wortlautunterschiede in den Absätzen 1 – 3 des Art. 6 EMRK, der von „strafrechtliche Anklage" (Abs. 1); „einer Straftat angeklagt" (Abs. 2); „angeklagte Person" (Abs. 3) spricht, begründet die strafrechtliche Anklage die Anwendbarkeit sämtlicher Absätze, vgl. *Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 24; *ders.*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 30.

[72] Beziehungsweise: „determination of a criminal charge" bzw. „bien-fondé de toute accusation en matière pénale"; die divergierenden Sprachfassungen völkerrechtlicher Verträge, die – wie die EMRK – in mehreren Sprachen gleichermaßen verbindlich sind, werden nach Art. 33 Abs. 1 i. V. m. Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge zunächst anhand des gewöhnlichen Wortlauts ausgelegt. Die deutsche Übersetzung ist insoweit bestenfalls irreführend, weil gerade keine formelle Anklage für die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK erforderlich ist, vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 18.

[73] *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 30.

[74] *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 30, m. w. N.; *Gaede*, in: Christoph Knauer MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 40; EGMR U. v. 23.11. 2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43; grundlegend: EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel/Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 81 ff.

[75] *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 32; *Gaede*, in: Christoph Knauer MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 54.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sich bereits im investigativen Vorermittlungsverfahren auf strafrechtliche Verfahrensrechte berufen können.

1. Das Merkmal „strafrechtlich“

Der EGMR zieht zur notwendigen autonomen konventionsrechtlichen Auslegung des Merkmals „strafrechtlich“ seit 1976 in ständiger Rechtsprechung die sog. „Engel-Kriterien“ heran und betrachtet:

> „the provision(s) defining the offence charged […] according to the legal system of the respondent State“, „the nature of the offence“ and „the degree of severity of the penalty“.[76]

Nach diesen drei Kriterien liegt eine strafrechtliche Anklage i. S. d. Art. 6 EMRK vor, wenn *erstens* die Bestimmung(en), die das angeklagte Vergehen determinieren, nach dem Rechtssystem der Vertragspartei formell dem Straf- oder Disziplinarrecht oder beidem zuzuordnen sind, oder *zweitens* die Natur des Vergehens oder *drittens* die Art und Schwere der potenziellen Sanktion materiell strafrechtlich sind.[77] Während die formelle Selbsteinordnung zum Strafrecht durch den Normgeber hinreichend ist, müssen die Kriterien insgesamt nicht kumulativ vorliegen.[78] Fehlt eine formelle Zuordnung zum Strafrecht, können die Kriterien zwei und drei alternativ[79] oder kumulativ[80] die Strafrechtlichkeit der Anklage begründen, wenn ein Kriterium allein nicht hin-

---

[76] EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel u. a./Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 82; EGMR U. v. 24.9.1997 – Garyfallou Aebe/Griechenland – Nr. 18996/91, Rn. 28 ff. (32); EGMR, U. v. 9.10.2002 – Ezeh und Connors/Vereinigtes Königreich – Nr. 39665/98 und 40086/98, Rn. 82; EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 30; EGMR, U. v. 6.11.2018 – Ramos Nunes de Carvalho u. a./Portugal – Nr. 55391/13 u. a., Rn. 122; EGMR, U. v. 22.12.2020 – Jónsson und Halldór Hall/Island – Nr. 68273/14 u. 68271/14, Rn. 75.

[77] EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel u. a./Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 82: „the provision(s) defining the offence charged“; „the nature of the offence“; „the degree of severity of the penalty“; EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 50. *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 33.

[78] *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 24 f.

[79] EGMR, U. v. 1.2.2005 – Ziliberberg/Moldawien – Nr. 61821/00, Rn. 31 ff.; teilweise ist ein Kriterium unergiebig und wird offen gelassen, vgl. EGMR, GK, U. v. 22.12.2020 – Jónsson u. Halldór Hall/Island – Nr. 68273/14 u. 68271/14, Rn. 91; EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 54; EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 31.

[80] *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 19; eine kumulative Gesamtabwägung: EGMR, U. v. 24.2.1994 – Bendenoun/Frankreich – Nr. 12547/86, Rn. 44 ff., (47); EGMR, U. v. 2.9.1998 – Lauko/Slowakei – Nr. 26138/95, Rn. 57; vgl. aber auch zum Verhältnis EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 31.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

reicht.[81] Der EGMR legt die Kriterien damit weit aus, um den Schutzbereich der Konvention zu erhalten. Dies beugt Umgehungsversuchen der Vertragsparteien durch Selbstkategorisierungen der relevanten Normen vor, die das konventionsrechtliche Schutzniveau des Art. 6 EMRK zu unterlaufen drohen. Maßgeblicher Bezugspunkt der Auslegung ist dabei nicht mehr die Ermittlungsmaßnahme, sondern das Vergehen, die Sanktion und deren Rechtsfolge.

In Ermangelung einer genuin konventionsrechtlichen Definition der materiellen Kriminalstrafe wird die kasuistische Rechtsprechung des EGMR teilweise als ein für rechtliche Präzisierungsversuche dogmatisch wenig tragfähiges Fundament kritisiert.[82] Eine diesbezügliche kritische Beleuchtung würde den Rahmen dieser Untersuchung überschreiten, weshalb die Engel-Kriterien hier lediglich angewendet werden sollen. Deren Fruchtbarmachung für die Untersuchung erfordert indes eine doppelt funktionale Übertragung auf das europäische Kartellermittlungsverfahren: zum einen auf Unternehmen, da sich die Rechtsprechung des EGMR i. d. R. auf Individualpersonen bezieht, und zum anderen auf die EU als Substrat einer nationalstaatlichen Vertragspartei. Unter diesem Vorbehalt müssen die Engel-Kriterien nachfolgend auf das Kartellverfahren übertragen werden.

a) Formelle Determinierung der Rechtsnatur einer Norm

Mit dem ersten Engel-Kriterium betrachtet der EGMR die „rechtliche Einordnung im innerstaatlichen Recht“. Gemeint ist die formelle Selbstdeterminierung der Rechtsnatur einer Sanktionsnorm durch eine hohe Vertragspartei. Dies dient dem souveränen Selbstbestimmungsrecht der Vertragsparteien im Strafrecht.[83] Die formelle Einordnung einer Maßnahme oder Sanktion im nationalen Recht zum „Kriminalstrafrecht“ führt *ipso facto* – also unmittelbar und unumstößlich – zur strikten und vollumfänglichen[84] Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK.[85] Überträgt man das erste Engel-Kriterium auf die unionsrechtlichen Kartellvorschriften, sind diese zunächst nicht das nationale Recht einer Vertragspartei. Sieht man darüber hinweg und überträgt das Kriterium auf das

[81] EGMR, U. v. 6.10.2020 – Scurtu/Rumänien – Nr. 7418/14, Rn. 30, „Für die Anwendbarkeit des Art. 6 reicht es aus, dass das betreffende Vergehen strafrechtlicher Natur ist, oder die betroffene Person einer Sanktion ausgesetzt ist, die nach ihrer Art und Schwere allgemein dem Strafrecht zuzuordnen ist. Dies schließt die Anwendung eines kumulativen Ansatzes nicht aus, wenn eine getrennte Betrachtung der einzelnen Kriterien keine eindeutige Schlussfolgerung hinsichtlich des Vorliegens einer strafrechtlichen Anklage zulässt.“

[82] *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 27.

[83] *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 27.

[84] *Gaede*, in: MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 46.

[85] *Grabenwarter/Pabel*, in: EMRK/GG, Kap. 14, Rn. 22; *Villiger*, EMRK, Rn. 395.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

europäische Kartellverfahrensrecht, ist zu prüfen, ob die das angeklagte Vergehen determinierenden Bestimmungen nach dem primären und sekundären Unionsrecht formell als strafrechtlich eingeordnet werden, wodurch das Merkmal der Strafrechtlichkeit hinreichend nachgewiesen und Art. 6 EMRK anwendbar wäre.[86] Maßgebliche Bestimmungen sind damit die in Art. 101 und 102 AEUV niedergelegten kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen. Diesbezügliche sanktionierende Bußgeld*beschlüsse* nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 haben – als Sanktionsfolge der Ermittlungsmaßnahmen – nach der sekundärrechtlichen Selbsteinordnung des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 „keinen strafrechtlichen Charakter". Nach der „innerstaatlichen" unionsrechtlichen Selbsteinordnung der Kartellsanktionsbeschlüsse und der Ermittlungsmaßnahmen handelt es sich also nicht um Kriminalstrafrecht. Zwar bestehen generell erhebliche konventionsrechtliche Bedenken gegen die unbesehene Übernahme einer rechtlichen Selbstdeterminierung, die es dem Vertragsstaat ermöglicht, indirekt über die Anwendbarkeit der Konventionsrechte zu entscheiden.[87] Auch im konkreten Anwendungsfall des Kartellermittlungsverfahrens ist es für Teile des Schrifttums ein „Mysterium", was der Verordnungsgeber tatsächlich beim Erlass des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 implizierte, insbesondere im Verhältnis zu Art. 6 EMRK.[88]

Stellt man diese Bedenken zunächst zurück und lässt den Rückschluss von der Sanktion auf das Vergehen und die Übertragung auf das europäische Kartellrecht zu, ist das erste Engel-Kriterium nicht erfüllt. Diesem Ergebnis kommt in Hinblick auf die Rechtsprechungsintention des EGMR, die Unterminierung der Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK durch die Selbstdeterminierung der Vertragsstaaten zu verhindern,[89] sowie bezüglich der autonomen Auslegung der EMRK als Ausgangspunkt[90] der Bestimmung der Strafrechtlichkeit einer Norm jedoch nur untergeordnete Bedeutung mit geringem praktischen Wert zu.[91]

---

86 *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 24.

87 Vgl. zuletzt EGMR, U. v. 22.12.2020 – Jónsson und Halldór Hall/Island – Nr. 68273/14 u. 68271/14, Rn. 76; vgl. auch EGMR, U. v. 21.2.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 49; *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 103 ff.

88 *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 104.

89 *Gaede*, in: MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 42; *Villiger*, EMRK, Rn. 395; *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 103.

90 EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel u. a./Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 82: „no more as a starting point […] only a formal and relative value"; EGMR, GK, U. v. 10.6.1996 – Benham/Vereinigtes Königreich – Nr. 19380/92, Rn. 56; EGMR, GK, U. v. 9.10.2003 – Ezeh u. Connors/Vereinigtes Königreich – Nr. 39665/98 u. 40086/98, Rn. 82.

91 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 52; *Schabas*, ECHR, S. 277; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 20.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Die Natur des Vergehens

Mit der „Art der Zuwiderhandlung" oder dem zweiten Engel-Kriterium ist daher die Natur des Vergehens[92] näher zu betrachten. Diese sei jedenfalls dann materiell-strafrechtlich, wenn dessen korrespondierende Sanktion und angedrohte Rechtsfolge *generalpräventiven* („deterrent") und *repressiven* („punitive") Charakter haben.[93]

> „Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature."[94]

Der EGMR hat die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK für nationale Kartellverfahren indirekt bestätigt.[95] Er stellt dies jedoch fest, ohne die diesbezüglichen Kriterien darzulegen, was die dogmatische Nachprüfbarkeit erschwert. In der Praxis nimmt der EGMR anhand einer Vielzahl weiterer variierender Indizien eine normative *ex-post*-Gesamtbetrachtung der Einzelumstände des Falls vor.[96] Ausgangsindiz ist die *Intention* der nationalen Rechtsordnung:

---

92 „nature of the offence"; „nature de l'infraction."

93 *Villiger*, EMRK, Rn. 396; Ausgangspunkt ist damit auch hier die Sanktionsvorschrift, nicht die Handlung, vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 21; EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 52 ff.; EGMR, U. v. 24.2. 1994 – Bendenoun/Frankreich – Nr. 12547/86, Rn. 47: „tax surcharges are intended not as pecuniary compensation for damage but essentially as a punishment to deter reoffending."; *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 25; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 21.

94 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 53, = „Vor allem der allgemeine Charakter der Vorschrift und der Sanktionszweck, der sowohl abschreckend als auch sanktionierend ist, genügen für den Nachweis, dass das fragliche Vergehen eine strafrechtliche Natur im Sinne des Artikel 6 EMRK zukommt."; der EGMR beschreibt die Kriterien als das *übliche Unterscheidungsmerkmal* einer strafrechtlichen Sanktion, vgl. EGMR, U. v. 23.7.2002 – Janosevic/Schweden – Nr. 34619/97, Rn. 68.

95 EGMR, U. v. 11.06.2009 – Dubus/Frankreich – Nr. 5242/04, Rn. 35, unter Verweis auf EGMR, U. v. 14.10.2003 – Lilly/Frankreich – Nr. 53892/00 allgemein, insbesondere wohl auf Rn. 22 ff., bei denen der EGMR einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK feststellt, weil eine Kartellsache vom Berichterstatter nicht an die Handelskammer des strafrechtlichen Kassationsgerichts verwiesen wurde; EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10 u. a., Rn. 96, in Bezug auf die italienische Wettbewerbsbehörde Consob in einem Verfahren gegen Marktmanipulation.

96 Vgl. beispielhaft: EGMR, GK, U. v. 22.12.2020 – Jónsson u. Halldór Hall/Island – Nr. 68273/14 u. 68271/14, Rn. 86 ff.; EGMR, B. v. 8.10.2020 – Inzhenering/Bulgarien – Nr. 66319/11, Rn. 44 „taking all the above aspects into consideration" = „alle obigen Umstände in Betracht ziehend".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…], la Cour n'aperçoit aucune raison qui permettrait d'aboutir à une conclusion différente de celle des juridictions internes."[97]

Die Rechtsprechung des EGMR zu den generalpräventiven, repressiven und weiteren Indizien ist daher nachfolgend darzustellen und auf die Kartellsanktion zu übertragen.

aa) Der generalpräventive Charakter der Kartellsanktion

Der EGMR spricht nationalen Kartellrechtssanktionen generalpräventive Wirkung gegenüber Unternehmen zu, wenn die verhängte Geldbuße wesentlich als Strafe intendiert war, um eine Wiederholung der wettbewerbsrechtlichen Zuwiderhandlung zu verhindern.[98] Teilweise genügt die von der Vertragspartei im Verfahren unwidersprochen gebliebene Behauptung einer zumindest auch auf Abschreckung gerichteten Sanktionsintention.[99] Aufgrund der fehlenden Mindestsanktionsschwere fallen auch vergleichsweise geringe Vergehen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK.[100]

Übertragen auf das europäische Kartellrecht, wurde bereits festgestellt, dass der Kartellbuße unionsrechtlich mehrheitlich eine generalpräventive Sanktionsintention zugesprochen wird.[101] Die Europäische Kommission betont die

---

[97] EGMR, U. v. 6.10.2020 – Scurtu/Rumänien – Nr. 7418/14, Rn. 34; = [deutsch:] „Der Gerichtshof erkennt keinen Grund, der es erlauben würde, zu einer von den nationalen Gerichten abweichenden Schlussfolgerung zu gelangen."; EGMR, U. v. 23.7.2002 – Janosevic/Schweden – Nr. 34619/97, Rn. 68: „[…] tax surcharges are not *intended* as pecuniary compensation […] the main *purpose* of the relevant provisions on surcharges is to exert pressure on taxpayers to comply with their legal obligations and to punish breaches of those obligations. The penalties are *thus* both deterrent and punitive" [Unterstreichungen durch den Verf.].

[98] In Bezug auf die konkrete italienische Kartellsanktion i. H. v. 10 %, vgl. Rn. 12: EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 40: „En outre, il convient de noter que l'amende infligée visait pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés" = [deutsch:] Darüber hinaus ist zu beachten, dass die verhängte Geldbuße im Wesentlichen als Strafe gedacht war, um die Wiederholung der beanstandeten Zuwiderhandlungen zu verhindern; Sondervotum v. Richter Pinto de Albuquerque in: EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 2, „However it was also preventive, as the aim pursued was to deter the legal entity concerned from committing similar breaches in the future" = [deutsch:] Sie [die Buße, Anm. d. Verf.] ist jedoch auch präventiv, da es ihr Ziel ist, die betroffene juristische Person von der Begehung vergleichbarer Verstöße in der Zukunft abzuschrecken.

[99] EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 53: „Indeed, the sanction – and this the Government did not contest – seeks to punish as well as to deter." = [deutsch:] In der Tat dient die Sanktion – was die Bundesregierung nicht bestritten hat – sowohl der Bestrafung als auch der Abschreckung.

[100] EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 53.

[101] S. o.; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Notwendigkeit einer ausreichend abschreckenden Wirkung der Geldbuße öffentlich[102] und kann diese bei Unternehmen mit hohem Gesamtumsatz auch über den Grundbetrag hinaus anheben, um einen ausreichenden Abschreckungseffekt zu erzielen.[103] In der Literatur wird der generalpräventive Charakter teilweise bereits aufgrund der „verheerenden bilanziellen Auswirkungen von Kartellbußen für Unternehmen" bejaht.[104] Gründe von dieser Wertung abzuweichen, sind nicht ersichtlich. Europäische Kartellgeldbußen haben damit generalpräventiven Charakter.

bb) Der repressiv punitive Charakter der Kartellsanktion

Auch die autonom auszulegenden Anforderungen an den repressiven Charakter einer Sanktion gegenüber Unternehmen definiert der EGMR nicht, sondern stellt diesen oft lediglich fest:

> „Whilst the latter penalty appears less burdensome in some respects than Geldstrafen, it has nonetheless retained a punitive character, which is the customary distinguishing feature of criminal penalties."[105]

Wieder stellt der EGMR gesamtbetrachtend[106] auf den intendierten Sanktionszweck ab, der eine strafende Intention in Abgrenzung zu einer monetären Schadenskompensation verfolgen muss.[107] Auch die Literatur hat bislang keine Definition hervorgebracht, vertritt jedoch teilweise, dass ein repressiv-

---

102 Komm. Geldbußen bei Verstoß gegen EU-Wettbewerbsrecht, S. 1, https://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_de.pdf (zuletzt besucht am: 12.03.2021).

103 Komm. E. v. 16.5.2019 – Forex – Nr. 2020/C-226/5, Rn. 23: = „In order to ensure that fines have a sufficiently deterrent effect, the Commission may increase fines to be imposed on undertakings which have a particular large turnover beyond the sales of goods or services to which the infringement relates" = [deutsch:] „Die Kommission kann, um sicherzustellen, dass die Geldbußen einen ausreichend abschreckende Wirkung haben, Geldbußen für Unternehmen erhöhen, die einen besonders hohen Umsatz erzielen, der über den Verkauf der Waren oder Dienstleistungen, auf die sich die Zuwiderhandlung bezieht, hinausgeht", vgl. auch Leitlinien für das Verfahren, Rn. 30.

104 *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 46 f.

105 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 53.

106 Vgl. EGMR, GK, U. v. 22.12.2020 – Jónsson u. Halldór Hall/Island – Nr. 68273/14 u. 68271/14, Rn. 86 ff.; EGMR, U. v. 1.2.2005 – Ziliberberg/Moldawien – Nr. 61821/00, Rn. 31 ff.; EGMR, U. v. 23.7.2002 – Janosevic/Schweden – Nr. 34619/97, Rn. 67.

107 EGMR, U. v. 24.2.1994 – Bendenoun/Frankreich – Nr. 12547/86, Rn. 47; Sondervotum v. Richter Pinto de Albuquerque in: EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 2: „The sanction was punitive in nature since its aim was to penalise unlawful conduct" = Die Sanktion war repressiver Natur, da ihr Ziel die Bestrafung unrechtmäßigen Verhaltens war.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ahndender Charakter[108] vorliege, wenn die drohende Sanktion allein einen Bezug zu in der Vergangenheit liegendem Fehlverhalten habe, im Unterschied zu präventiv in die Zukunft gerichteten Beugemitteln.[109] Es reicht jedenfalls nicht aus, wenn der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts auf einzelne (Rohstoff-)Märkte beschränkt ist, die Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden auf die rein präventive Verhinderung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen abzielen und der Hauptzweck der administrativen Kartellsanktion nicht in der repressiven Ahndung erheblicher Wettbewerbsverstöße, sondern potenzieller Ermittlungsbehinderungen liegt.[110] Konsequenterweise besteht nach der Rechtsprechung des EGMR ein repressiver Charakter, wenn nationale Sanktionen der Wahrung des freien Wettbewerbs am Markt dienen, mithin einem grundsätzlich vom Strafrecht geschützten Allgemeininteresse, und eine unabhängige Verwaltungsbehörde die Aufgabe hat, den Wettbewerb beeinträchtigende Zuwiderhandlungen zu überwachen.[111]

Die dogmatisch wenig fundierten Kriterien gesamtbetrachtend auf die europäische Kartellbuße für materielle Wettbewerbsverstöße nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 anwendend, wird man deren repressiven Charakter bejahen können.[112] Der über die reine Schadenskompensation hinausgehende ahndende Sanktionszweck, der jedenfalls nach ganz überwiegender unionsrechtlicher Auffassung besteht, wurde bereits dargestellt.[113] Der Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts ist zudem nicht hinsichtlich eines Marktbereichs beschränkt. Im systematischen Unterschied zu den Kartellsanktionen des Art. 23 Abs. 1 lit. a – e VO 1/2003 für Behinderungen der Ermittlungen ahnden die Sanktionen des Art. 23 Abs. 2 lit. a VO spezifisch in der Vergangenheit[114] liegende materielle Wettbewerbsverstöße. Sie sind damit nicht auf die Erzwingung eines rechtlich gebotenen Verhaltens gerichtet.[115] Die europäische Kartellbuße hat damit autonom konventionsrechtlich einen abstrakt-repressiven Charakter.

---

108 *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 25.

109 EuGH, U. v. 15.06.1970 – ACF Chemiefarma – Rs. 41/69, ECLI:EU:C:1970:71, Rn. 170 ff.; *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 44 f.; *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 114, m. w. N.

110 EGMR, B. v. 03.6.2004 – OOO Neste St. Petersburg [u. a.,]/Russland – Nr. 69042/01 [u. a.,], S. 10.

111 EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 40.

112 So auch *Dannecker*, NZWiSt 2022, S. 85, S. 86.

113 Vgl. oben unter 1. Teil 1. Kap. § 2 A. II.

114 Die Vergangenheitsbezogenheit dürfte das schwächste der angegebenen Argumente sein. Auch die Sanktionen der Art. 23 Abs. 1 lit. a – e VO ahnden vergangenes Fehlverhalten, wären aber, ob ihres Hauptzwecks nicht *repressiv* i. S. d. Art. 6 EMRK. Umso nachvollziehbarer wird jedoch die Notwendigkeit einer gesamtbetrachtenden Einzelfallanalyse.

115 Diese Kriterien heranziehen: *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 21.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cc) Weitere indizielle Kriterien

Neben diesen Hauptkriterien zieht der EGMR zur Bestimmung der Natur des Vergehens kasuistisch weitere indizielle Kriterien heran. Der strafrechtliche Charakter der Natur des Vergehens ist beispielsweise indiziert, wenn die Herausgabe von Informationen bußgeldbewehrt ist,[116] sich die Sanktion dem Wortlaut nach in persönlicher Hinsicht generell-abstrakt an die Allgemeinheit und nicht an einen besonderen Personenkreis richtet,[117] die Ermittlung und Anklage durch eine öffentliche Behörde mit Eingriffsbefugnissen durchgeführt wird,[118] die Sanktion an einem Schuldvorwurf anknüpft[119] sowie die rechtsvergleichende Einordnung der Natur des Vergehens in anderen Staaten des Europarats dies indiziert.[120] Berücksichtigt wird auch, ob die Sanktion besonders wichtige Gemeinschaftsinteressen schützt, die i. d. R. mit strafrechtlichen Mitteln geschützt werden.[121]

Übertragen auf die europäische Kartellbuße, sind die Kriterien weitestgehend erfüllt.[122] Die Nichtherausgabe von Informationen, auf deren Grundlage eine Kartellsanktion verhängt wird, ist nach Art. 24 Abs. 1 lit. d und e VO 1/2003 bußgeldbewehrt. Artikel 101 und 102 AEUV und die korrespondierende Kartellbuße richten sich generell abstrakt an die Allgemeinheit. Ermittlungen und offizielle Mitteilungen über die Beschwerde werden durch die Generaldirektion Wettbewerb als öffentliche Behörde mit Eingriffsbefugnissen vorgenommen, die an einem Schuldvorwurf anknüpfen. Auch mit der europäischen Kartellbuße vergleichbare nationale Kartellsanktionen der Vertragsparteien haben eine teilweise repressive und präventive Funktion.[123] In

---

116 EGMR, U. v. 23.7.2002 – Janosevic/Schweden – Nr. 34619/97, Rn. 68.

117 EGMR, U. v. 24.2.1994 – Bendenoun/Frankreich – Nr. 12547/86, Rn. 47; EGMR, GK, U. v. 22.12.2020 – Jónsson u. Halldór Hall/Island – Nr. 68273/14 u. 68271/14, Rn. 86; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 21.

118 EGMR, U. v. 10.6.1996 – Benham/Vereinigtes Königreich – Nr. 19380/92, Rn. 56.

119 EGMR, U. v. 10.6.1996 – Benham/Vereinigtes Königreich – Nr. 19380/92, Rn. 56.

120 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 53; *Villiger*, EMRK, Rn. 396 der darauf hinweist, dass dieses Vorgehen ob der autonomen Auslegungsbedürftigkeit geboten ist, um nicht wieder allein auf die nationalstaatliche Einordnung angewiesen zu sein.

121 EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 40.

122 Vgl. auch *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 107.

123 Für die *Schweiz*, die eine Kartellsanktionshöhe von 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes vorsieht: BGer, U. v. 29.6.2012 – 2C_484/2010, Publigroupe/WEKO, Rn. 2.2.2; für die deutsche Kartellbuße nach § 30 OwiG; vgl. *Mitsch*, in: ders. KK, § 17 OWiG, Rn. 8 f.; eine weiterführende rechtsvergleichende Darstellung kann an dieser Stelle unterbleiben, weil in Anbetracht der bereits erfüllten Indizien die Auswir-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Entscheidung *Menarini* stellt der EGMR zudem fest, dass die italienische Kartellsanktion dem Schutz allgemeiner Interessen dient, die grundsätzlich durch das Strafrecht geschützt werden.[124]

Nicht erfüllt sind die Kriterien der Eintragung in ein Strafregister[125] oder die Umwandlungsfähigkeit einer Geldsanktion in eine Freiheitssanktion.[126] Auf dieser Grundlage kann aber argumentativ kaum die nichtstrafrechtliche Natur der Kartellsanktion behauptet werden. Zum einen wurden die Kriterien in den dargestellten Entscheidungen nicht unmittelbar für das zweite Engel-Kriterium herangezogen. Zum anderen hat das nationale Strafverfahren natürliche Personen, das europäische Kartellrecht Unternehmen zum Sanktionsadressaten, gegen die eine Freiheitsstrafe bereits dem Wesen nach nicht verhängt werden kann. Die Bedeutung der beiden Kriterien im Kartellverfahren ist damit unklar. Unklar ist auch, welche Bedeutung der EGMR den Kriterien im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Kriterien zumessen würde. Der EGMR präzisiert die Gewichtung der Kriterien untereinander oder im Verhältnis zur festgestellten präventiv-repressiven Sanktionswirkung nicht.[127] Im Rahmen eines nationalen Verfahrens der italienischen Wettbewerbsbehörde wegen Marktmanipulation hat er die strafrechtliche Natur der Sanktion aber bestätigt, obschon die Geldbuße im Falle der Nichtbeitreibung nicht in eine freiheitsentziehende Sanktion abänderbar war.[128] Letztlich lässt der EGMR die hier nachgewiesene generalpräventive und repressive Wirkung der Sanktion zur Bejahung der strafrechtlichen Natur des Vergehens ausreichen.[129]

dd) Zwischenergebnis

Das zweite Engel-Kriterium – die Natur des Vergehens – ist aufgrund des generalpräventiven und repressiven Sanktionszwecks der Kartellbuße für das

---

kungen einer gegenteiligen Feststellung unklar, wohl aber kaum relevant für das Gesamtergebnis wäre.

124 EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 40.

125 EGMR, U. v. 22.12.2020 – Jónsson und Halldór Hall/Island – Nr. 68273/14 u. 68271/14, Rn. 80; EGMR U. v. 23.3.1994 – Ravnsborg/Schweden – Nr. 14220/88, Rn. 33, wobei das Kriterium hier zur Klärung des ersten Engel-Kriteriums herangezogen wird.

126 EGMR U. v. 23.3.1994 – Ravnsborg/Schweden – Nr. 14220/88, Rn. 32 und 35, hier als Kriterium des ersten und dritten Engel-Kriteriums.

127 Vgl. hierzu etwa: EGMR, U. v. 23.7.2002 – Janosevic/Schweden – Nr. 34619/97, Rn. 68.

128 EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10 u. a., Rn. 97 und 101.

129 Vgl. schon oben: EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 53.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

europäische Kartellverfahren erfüllt. Die Kartellbuße dient nicht lediglich der Abmahnung bagatellartiger Pflichtverletzungen, sondern gerade auch der Ahndung von Kernbeschränkungen des Wettbewerbs.[130] Zu diesem Ergebnis kommt auch die Europäische Kommission, die nach ihrer Selbsteinschätzung ein doppeltes Sanktionsdogma verfolgt, das sowohl präventive Abschreckungs- als auch Vergeltungselemente enthält.[131] Die Kartellbuße soll danach:

> „[…] so hoch festgesetzt werden, dass nicht nur die an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen sanktioniert werden (Spezialprävention), sondern auch andere Unternehmen von der Aufnahme oder Fortsetzung einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel 81 oder 82 abgehalten werden (Generalprävention).“[132]

Auch die weiteren vom EGMR herangezogenen Kriterien sprechen mehrheitlich für dieses Ergebnis, auch wenn unklar bleibt, welches Gewicht den Kriterien im Rahmen einer normativen Gesamtbetrachtung zukommt. Mit der Bejahung des zweiten Engel-Kriteriums steht die strafrechtliche Natur der europäischen Kartellsanktion i. S. d. Art. 6 EMRK bereits jetzt fest.[133]

c) Art und Schwere der Sanktion

Zuletzt untersucht der EGMR mit dem dritten Engel-Kriterium die *Art* und *Schwere* der gesetzlich abstrakt angedrohten Sanktion bzw. den *Schweregrad der dem Betroffenen drohenden Sanktion*.[134] Entscheidend sind die potenzielle Auswirkung und das Gewicht aller dem Beschuldigten gesamthaft drohenden negativen Rechtsfolgen.[135] Kamen die vorherigen Kriterien bereits zu einem eindeutigen Ergebnis, lässt er das Kriterium als redundant offen. Andernfalls kann trotz des punitiven Sanktionseffekts die Strafrechtlichkeit ausgeschlossen sein.[136] Der EGMR verflechtet das zweite und dritte Engel-Kriterium dann zu einer Gesamtbetrachtung.[137] Der Vollständigkeit halber soll daher auch das dritte Kriterium betrachtet werden.

---

130 *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267.

131 *Huizing*, World Competition 43, Heft 1, (2020), S. 61, S. 69 f.

132 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C- 210/2 v. 1.9.2003, Rn. 4.

133 So auch *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 276; *Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 42 f.

134 EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel u. a./Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 82.

135 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 22, m. w. N.

136 EGMR, GK, U. v. 22.12.2020 – Jónsson u. Halldór Hall/Island – Nr. 68273/14 u. 68271/14, Rn. 95 ff.

137 Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 22 f., u. 25, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aa) Keine Ableitung allein aus der Art der Sanktion

Der EGMR attestiert schwersten Sanktionsarten eine widerlegbare Vermutung einer Strafrechtlichkeit *eo ipso*.[138] Dabei gilt es, die Art der Sanktion zu unterscheiden. Insbesondere die Freiheitsstrafe gegenüber natürlichen Personen als schwerster vorstellbarer Eingriff in die Persönlichkeits- und körperliche Fortbewegungsfreiheit machen auch nach der gemeinsamen Rechtstradition der Vertragsparteien die Anwendung strafprozessualer Garantien des Art. 6 EMRK erforderlich.[139] Dies gilt, soweit die Sanktion ob der Art, Dauer oder Vollzugsform der Freiheitsstrafe „nicht hinreichend irrelevant und folgenlos" bleibt.[140] Eine zweitätiger „strikter Arrest" fällt daher nicht unter den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK, eine drei- bis viermonatige Versetzung in eine Disziplinareinheit hingegen schon.[141] Geldbußen sind als Sanktionsart phänomenologisch hingegen wertneutral und begründen daher ihrer Art nach keine Vermutung für oder gegen die Strafrechtlichkeit. Eine widerlegbare Vermutung greift daher im europäischen Sanktionsrecht, das gegenüber Unternehmen als Sanktionsadressaten jedoch denklogisch „nur" eine „Geldzahlung" und keine Freiheitsstrafe als Sanktions*art* vorsehen kann, nicht ein.

---

[138] EGMR, U. v. 9.10.2003 – Ezeh u. Connors/Vereinigtes Königreich – Nr. 39665/98 u. 40086/98, Rn. 126; eine fünftätige Freiheitsentziehung wegen Ungebühr führt bereits zur vollständigen Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK, EGMR, U. v. 15.12.2005 – Kyprianou/Zypern – Nr. 73797/01, Rn. 18 u. 61 ff.; Freiheitsstrafen fallen jedoch grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK, vgl.: EGMR, U. v. 28.6.1984 – Campbell u. Fell/Vereinigtes Königreich – Nr. 7819/77 u. 7878/77, Rn. 72, der eine abstrakte Betrachtung der Höchststrafe vornimmt und selbst eine spätere Haftreduktion nicht berücksichtigt; selbst eine nur als Höchststrafe mögliche, aber nicht verhängte Haftstrafe kann bei der Verhängung einer Geldbuße den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK eröffnen, vgl.: EGMR, U. v. 27.8.1991 – Demicoli/Malta – Nr. 13057/87, Rn. 34 f.; dies gilt insbesondere, wenn die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK nicht bestritten wird, vgl.: EGMR, U. v. 26.2.2002 – Morris/Vereinigtes Königreich – Nr. 38784/97, Rn. 38.

[139] EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel u. a./Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 82.

[140] EGMR, U. v. 9.10.2003 – Ezeh u. Connors/Vereinigtes Königreich – Nr. 39665/98 u. 40086/98, Rn. 129: „the deprivations of liberty […] cannot be regarded as sufficiently unimportant or inconsequential as to displace the presumed criminal nature of the charges against them."

Vgl. Auch EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel u. a./Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 82: „In a society subscribing to the rule of law, there belong to the ‚criminal' sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental" = [deutsch:] „In einer rechtsstaatlichen Gesellschaft gehören Freiheitsentziehungen, die als Strafe verhängt werden, zur „Strafrechtssphäre", mit Ausnahme derjenigen, die nach ihrer Art, Dauer oder Vollzugsform nicht nennenswert nachteilig sein können."; sog. „appreciably detrimental test".

[141] EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel u. a./Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 85.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auch Ersatzfreiheitsstrafen oder Strafregistereintragungen sind nicht vorgesehen.[142] Ob sich das Kriterium daher überhaupt auf die Kartellbuße übertragen lässt oder lediglich die Vermutung nicht greift, kann hier offenbleiben. Auch die Verhängung einer Geldbuße, die bei Nichtzahlung nicht durch eine Freiheitsstrafe ersetzt werden kann, vermag – wenn sie hinreichend schwer ist – strafrechtlichen Charakter begründen.[143] Das Merkmal der Art der Sanktion ist zur Bestimmung der Strafrechtlichkeit der Anklage im europäischen Kartellrecht daher entweder unergiebig oder die Freiheitsstrafe jedenfalls keine notwendige Bedingung eines Strafcharakters. Es kommt daher auf die Schwere der Sanktion an.

bb) Schwere der Kartellsanktion

Zur Determinierung der Sanktions*schwere* zieht der EGMR die *a priori* zum Verfahrensbeginn für das Unternehmen gesetzlich abstrakt höchste Sanktionsdrohung heran.[144] Weder kommt es dabei auf die tatsächlich am Ende des Verfahrens verhängte Sanktion noch auf deren faktische Auswirkung im Einzelfall an.[145]

> „[…] the criminal connotation of proceedings depends on the degree of severity of the penalty to which the person concerned is a priori liable […] and not the severity of the penalty ultimately imposed […].“[146]

Die im europäischen Kartellrecht abstrakt angedrohte Höchstsanktion beträgt dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 nach 10 % des jeweiligen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes der Adressaten. „Anders als in nationalen Kartellverfahren – etwa § 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 u. 2

---

142 Auf die Möglichkeit einer Ersatzfreiheitsstrafe für die Geldbuße abstellend: EGMR, U. v. 23.3.1994 – Ravnsborg/Schweden – Nr. 14220/88, Rn. 35 und EGMR, U. v. 1.2.2005 – Ziliberberg/Moldawien – Nr. 61821/00, Rn. 34; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 23, m. w. N.

143 EGMR U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 41 f.

144 EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel u. a./Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 85; EGMR, U. v. 28.6.1984 – Campbell u. Fell/Vereinigtes Königreich – Nr. 7819/77 u. 7878/77, Rn. 72; EGMR, U. v. 27.8.1991 – Demicoli/Malta – Nr. 13057/87, Rn. 34; EGMR, U. v. 9.10.2003 – Ezeh u. Connors/Vereinigtes Königreich – Nr. 39665/98 u. 40086/98, Rn. 120; EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10 u. a., Rn. 98; *Karpenstein/*Franz C. Mayer, EMRK, Rn. 27, m. w. N.

145 EGMR, U. v. 27.8.1991 – Demicoli/Malta – Nr. 13057/87, Rn. 34: Die faktische Verurteilung zu einer Zahlung von 250 Maltesischer Lira ist – vor dem Hintergrund einer potenziellen Maximalstrafe von 60 Tagen Gefängnis – daher unbeachtlich; EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10 u. a., Rn. 98; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 22.

146 EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10 u. a., Rn. 98, sowie die dort angegebene Rechtsprechung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

OWiG – ist damit gesetzlich keine nominale Höchstgrenze angegeben, sodass fraglich erscheint, wie die Schwere einer abstrakten Höchstsanktion gemessen werden kann. Der EGMR kennt jedoch – wie die nationale oder europäische Rechtsprechung – keine autonome relative oder absolute Obergrenze für natürliche oder juristische Personen, ab der eine Geldbuße generell eine Strafrechtlichkeit begründete.[147] Geringfügige pekuniäre Sanktionen – beispielsweise i. H. v. ca. 100 Euro[148] – fallen daher nicht *per se* aus dem strafrechtlichen Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK.[149] Insbesondere kann die Sanktionsschwere nicht aufgrund der Einordnung als „Geldbuße" im Unterschied zur „Geldstrafe" verneint werden, wobei der EGMR teilweise ganz auf die Sanktionsschwere zu verzichten scheint.[150] Dem EGMR genügt viel eher eine auf die Verhängung einer schwerwiegenden Rechtsfolge gerichtete Sanktions*intention*.[151] Diese kaum konkreten Anforderungen auf die Kartellgeldbuße übertragend, muss die Schwere der Sanktion daher abstrakt eine *nennenswert nachteilige* Rechtsfolge für Unternehmen bewirken oder intendieren.[152] Nationalen Kartellsanktionen i. H. v. 6 Mio. Euro attestiert der EGMR jedenfalls aufgrund ihrer Höhe eine hinreichende Schwere, die den strafrechtlichen Charakter begründe.[153]

Übertragen auf das Unionsrecht, erkennt der Europäische Gerichthof etwa die Geltung der Unschuldsvermutung aufgrund der Art und Schwere der Kartellsanktionen an.[154] Das EuG konstatiert – wenn auch ohne Begründung –, dass ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und die entsprechende Geldbuße i. H. v. 10 % des Jahresumsatzes:

„[…] zu zweifellos schweren Sanktionen führen kann […]."[155]

---

147 Vgl. *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 26.

148 EGMR, U. v. 21.2.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 14 u. 53.

149 EGMR, U. v. 4.3.2008 – Hüseyin Turan/Türkei – Nr. 11529/02, Rn. 20.

150 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 53: „Nichts spricht dafür, dass die strafbare Handlung i. S. d. Konvention notwendigerweise von bestimmter Schwere sein müsse. Insoweit unterscheiden zahlreiche Vertragsstaaten noch heute – wie die Bundesrepublik Deutschland dies zur Zeit des Auflegens der Konvention zur Zeichnung durch die Regierungen ebenfalls getan hat – zwischen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen, wobei sie diese durchweg als Straftaten qualifizieren."

151 Dies gilt jedenfalls, soweit dies eine Freiheitsentziehung beinhaltet: EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel u. a./Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 85.

152 Von „schwerwiegenden Konsequenzen für den Beschuldigten" spricht: *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 24.

153 EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 42.

154 EuGH, U. v. 8.7.1999 – Hüls – Rs. C-199/92, ECLI:EU:C:1999:358, Rn. 150.

155 EuG, U. v. 16.12.2015 – Marinair Holland – Rs. T-67/11, ECLI:EU:T:215:984, Rn. 29; EuG, U. v. 16.12.2015 – Koninklijke Luchtvaart Maatschappij – Rs. T-28/11, ECLI:EU:T:2015:995, Rn. 38; der EuGH verweist auch insoweit ausdrücklich auf

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Er schließt sich damit GAin Sharpston an, die ergänzend die Einstellung der geschäftlichen Tätigkeit als potenzielle Rechtsfolge und die ausdrückliche Ahndungsfunktion der Kartellbuße anführt.[156] Schwarze unterstellt europäischen Kartellbußen in der Größenordnung von 50 Mio. Euro einen die ursprüngliche Bußgeldpraxis nicht nur graduell, sondern um einen Quantensprung übersteigenden punitiven Charakter, der weitreichende bis existenzgefährdende Auswirkungen für Unternehmen haben könne.[157] Eine solche nominale Obergrenze dürfte aber, ob der divergierenden wirtschaftlichen Gesamtsituation der Adressaten, hinsichtlich ihrer Umsatz- und Gewinnzahlen, dem Insolvenzrisiko oder der Rücklagenbildung so unterschiedlich sein, dass sich hieraus wohl kein einheitliches Bild ergäbe. Zwar kann es für die nennenswert nachteilige Rechtsfolge nicht auf die konkrete Beschaffenheit eines Unternehmens ankommen. Es erscheint aber sinnvoll, sich die potenzielle Auswirkung der Kartellhöchstbuße beispielhaft anhand eines Unternehmens zu verdeutlichen.[158]

Nominal betrug die im Jahr 2019 von der Europäischen Kommission verhängte Geldbuße pro Unternehmen oder Unternehmensvereinigung im Bereich Kartelle durchschnittlich rund 300 Mio. Euro.[159] Von der Gesamtgeldbuße i. H. v. ca. 1 Mrd. Euro in der *Fontex*-Entscheidung aus dem Jahr 2019, entfiel die höchste Geldbuße auf die „Citigroup"[160] mit 311 Mio. Euro.[161] Deren Gesamtnettoumsatz betrug im Jahr 2018 umgerechnet 61,8 Mrd. Euro.[162] Die Geldbuße entspricht damit 0,5 % des Gesamtumsatzes oder 1,96 %

---

diese Rechtsprechung, vgl. EuGH, U. v. 18.7.2013 – Schindler – Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, Rn. 33.

156 Schlussanträge, GAin Sharpston v. 10.2.2011 – KME Germany – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 64.

157 *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267 f.; *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

158 *Fink*, Wirksamer Schutz, S. 42, kommt bei Berechnungen der 300 umsatzstärksten Unternehmen Europas zum gleichen Ergebnis.

159 Laut der internen Statistik der Europäischen Kommission wurden im Jahr 2019 Bußgelder für die Kartellbildung i. H. v. insg. 1,48 Mrd. Euro verhängt. Dies betraf – unter Ausschluss der Strafbefreiungen und Settlement Agreements – fünf Unternehmen, die ggf. aber mehr als eine Zuwiderhandlung beinhalten. Hieraus ergibt sich ein Durchschnitt i. H. v. 297 Mio. Euro.

160 Die Citigroup Inc. ist ein US-amerikanischer Finanzdienstleister mit Sitz in New York.

161 Komm. E. Zusammenfassung v. 16.5.2019 – Forex – Abl. C-226/05: abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2020.226.01.0005.01.ENG&toc=OJ:C:2020:226:TOC#ntr6-C_2020226EN.01000501-E0006, (zuletzt besucht am 8.10.2023).

162 Total Net Revenues = 72,9 Mrd. USD, Anual Report Citigroup, 2018, S. 1 (abrufbar unter: https://www.citigroup.com/citi/investor/quarterly/2019/annual-report/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Nettogewinns[163], i. H. v. umgerechnet 15,3 Mrd. Euro. Eine zehnprozentige Geldbuße hätte jedoch – ausgehend vom Umsatz – 6,2 Mrd. Euro entsprochen, mithin 40,4 % des Nettogewinns. Dass eine solche Bußgeldandrohung generell-abstrakt eine nennenswert nachteilige Rechtsfolge darstellte, dürfte kaum von der Hand zu weisen sein. Kaum ein Unternehmen wird liquide Geldmittel in dieser Größenordnung in ihrer Wirtschaftstätigkeit einplanen und permanent zur freien Verfügung haben. Die Geldbuße macht dann regelmäßig Umstrukturierungen, eine Änderung des Geschäfts- und Investitionsplans, mithin erheblichen unternehmerischen Aufwand erforderlich und kann die Chancen am Produkt- und Kapitalmarkt nachhaltig negativ beeinflussen.[164] Der potenzielle Verlust von 40 % des Nettogewinns stellt, unabhängig von der wirtschaftlichen Konstitution, gebildeter Rücklagen, dem Insolvenzrisiko, dem Geschäftsplan zur Refinanzierung oder Strukturierung des Unternehmens eine nennenswert nachteilige Rechtsfolge für Unternehmen dar,[165] die die grundsätzliche Anwendbarkeit der Garantien des Art. 6 EMRK rechtfertigt. Darauf, dass die Höchstgeldbuße abschlagslos mit rund 7 % der Fälle nur sehr selten verhängt wird, kommt es nach der notwendig abstrakten Betrachtung der Sanktionsandrohung nicht an.[166] Gleiches gilt für die in der Praxis bestehende Einrede der „inability-to-pay", in deren Rahmen die Kommission nach Nr. 35 der Bußgeldleitline die Zahlungs(un)fähigkeit des Unternehmens berücksichtigen und existenzgefährdende Sanktionen abmildern kann.[167] Die Schwere der abstrakt angedrohten Kartellbuße spricht daher für eine Strafrechtlichkeit.

(zuletzt besucht am: 11.3.2021), bei einem Jahreswechselkurs 2018 von 0,8474 (Dollar zu Euro).

[163] Net Income = 18,0 Mrd. USD, Anual Report Citigroup, 2018, S. 1: https://www.citigroup.com/citi/investor/quarterly/2019/annual-report/ (zuletzt besucht am: 11.3.2021), bei einem Jahreswechselkurs 2018 von 0,8474 (Dollar zu Euro).

[164] So auch *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 54.

[165] A. A. *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 24, der die Geldbuße als „finanzielle Delle" versteht.

[166] Interne Statistik der Europäischen Kommission, S. 10. Insgesamt wurde eine Geldbuße i. H. v. 9 – 10 % seit 2006 nur 25-mal verhängt, was – ohne Immunitätsanträge – 6,53 % der Fälle entspricht, vgl. Kartellstatistik, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf (zuletzt besucht am 8.10.2023); vgl. auch *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 35; nur ausnahmsweise muss die Geldbuße von der Kommission auf die Kappungsgrenze reduziert werden, vgl. in Kommission v. 5.12.2001 – Zitronensäure – COMP/E-1/36.604, Abl. 2002 L 239/18, Rn. 293.

[167] *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 13, m. w. N.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 234 f.; *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 108, gehen dennoch davon aus, dass die Bußen bereits zur Liquidation von Unternehmen geführt haben.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Europäische Kartellsanktionen sind daher, jedenfalls nach einer Gesamtbetrachtung der Art und Schwere ihrer Rechtsfolge, strafrechtlich im Sinne des Art. 6 EMRK.[168]

d) Zwischenergebnis

Das zweite und das dritte Engel-Kriterium liegen vor. Europäische Kartellsanktionen sind der Natur des Vergehens sowie der Art und Schwere der Sanktion nach strafrechtlich i. S. d. Art. 6 EMRK. Dessen strafrechtliche Verfahrensrechte sind daher dem Grunde nach auch im europäischen Kartellermittlungsverfahren anwendbar. Die Abwendbarkeit auch im Vorermittlungsverfahren hängt aber davon ab, ob bereits dort eine Anklage i. S. d. Art. 6 EMRK vorliegt.

2. Das Merkmal der „Anklage"

Die sachliche Anwendbarkeit der strafrechtlichen Verfahrensrechte hängt in zeitlicher Hinsicht davon ab, dass eine „Anklage" („charge", „accusation pénale") vorliegt.[169] Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn staatliche Strafverfolgungsorgane eine verdächtige Person beschuldigen.[170] Das Merkmal bedarf zu seiner Präzisierung – wie jeder konventionsrechtliche Begriff – jedoch einer autonomen Auslegung, losgelöst vom nationalen Verständnis der Vertragsparteien.[171] Der EGMR unterscheidet dabei zwischen *formellen* und *materiellen* Anklagen.

a) Vorgaben des EGMR an eine formelle Anklage

Der EGMR definiert die Anklage gegenüber natürlichen Personen formell in ständiger Rechtsprechung als:

---

168 *Gaede*, in: Christoph Knauer MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 47.

169 *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 30, 32.

170 *Gaede*, in: Christoph Knauer MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 56.

171 EGMR, U. v. 27.05.1968 – Neumeister/Österreich – Nr. 1936/63, Rn. 18; EGMR, U. v. 8.6.1976 – Engel/Niederlande – Nr. 5100/71 u. a., Rn. 81; EGMR, U. v. 26.3.1982 – Adolf/Österreich – Nr. 8269/78, Rn. 30; spezifisch zu Unternehmen: EKMR, E. v. 11.06.1989 – S.A. Sténuit/Frankreich – Nr. 11598/85, S. 136; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig u. a., Art. 6 EMRK, Rn. 23; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 26; *Gaede*, in: Christoph Knauer MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 55.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„offizielle Benachrichtigung einer Person durch die zuständige Behörde über eine Behauptung, dass sie eine Straftat begangen hat."[172]

Die in Rede stehende Maßnahme muss den Verdächtigen wesentlich betreffen und seine Rechtsposition nachhaltig beeinträchtigen.[173] Dies entspricht im europäischen Kartellermittlungsverfahren der Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte (*statement of objections*) nach Art. 2 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1 DVO Nr. 773/2004. Sie ist die offizielle Benachrichtigung eines Unternehmens durch die Kommission als zuständige Behörde über den Beschluss zur Einleitung eines Verfahrens zum Erlass einer Entscheidung gemäß Kapitel III. der VO 1/2003,[174] mithin über die Behauptung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 und 102 AEUV. Ab diesem Zeitpunkt, der zugleich den Übergang des Vorermittlungsverfahrens zum kontradiktorischen Ermittlungsverfahren markiert,[175] liegt *spätestens* eine für die Anwendung des Art. 6 EMRK hinreichende[176] formelle Anklage vor. Über deren Vorliegen bereits im zeitlich früheren Vorermittlungsverfahrens, mithin bei der Durchführung der Ermittlungsmaßnahmen, um die es im Rahmen der Untersuchung spezifisch geht, sagt dies jedoch nichts aus. Der auf die Aufklärung gerichtete Zweck der Ermittlungsbefugnisse sowie der Opportunitätsgrundsatz sprechen dafür, dass diesen jedenfalls noch keine *offizielle* Behauptung einer Zuwiderhandlung immanent ist.

Neben der formellen Anklage genügt nach der Rechtsprechung des EGMR allerdings auch eine *materielle* Anklage den Anforderungen des Art. 6 EMRK.

---

172 EGMR, U. v. 15.7.1982 – Eckle/Deutschland – Nr. 8130/78, Rn. 73; EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 55; EGMR, U. v. 27.02.1980 – Deweer/Belgien – Nr. 6903/75, Rn. 46: „official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence."; EGMR, U. v. 10.9.2010 – McFarlane/Irland – Nr. 31333/06, Rn. 143: „L' ‚accusation', aux fins de l'article 6 § 1, peut se définir comme, la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale."; EGMR, U. v. 13.9.2016 – Ibrahim u. a. – Nr. 50541/08 u. a., Rn. 249.

173 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 26, m. w. N.

174 Vgl. Art. 2 Abs. 1 DVO Nr. 773/2004.

175 Vgl. zur Struktur des Kartellermittlungsverfahrens schon oben unter 1. Teil. 1. Kap. § 2 B. I.

176 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 27.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Vorgaben des EGMR an eine materielle Anklage

Eine *materielle* Anklage im autonom konventionsrechtlichen Sinne kann bereits vor der offiziellen Mitteilung über die Beschwerdepunkte aufgrund objektiver Umstände vorliegen.[177] Danach kann eine Anklage:

> „[I]n some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect."[178]

Eine ausreichende *materielle* Anklage liegt bereits zu Beginn des kartellrechtlichen Vorermittlungsverfahrens vor, wenn die Ermittlungsmaßnahmen zu einer hinreichenden, der formellen Anklage vergleichbaren wesentlichen individuellen Betroffenheit des Beschuldigten führen.[179] Dies entspricht dem Telos des Art. 6 EMRK, eine zu lange Anklagezeit für den Beschuldigten zu verhindern.[180] Der EGMR überprüft diese individuelle Betroffenheit nicht anhand des äußeren formellen Anscheins der „Anklage", etwa deren Bezeichnung, sondern nimmt eine substanzielle auswirkungsbezogene Betrachtung vor, die den Telos des Art. 6 EMRK – den Schutz der Verteidigungsrechte – besonders berücksichtigt.[181] Teilweise wird jedoch einschränkend eine offizielle amtliche Ermittlungsmaßnahmen verlangt, was rein behördeninterne Verfahren ausschließt.[182]

Diese Vorgaben zugrunde gelegt, hat der EGMR den Beginn einer materiellen Anklage auf den Zeitpunkt gelegt, ab dem der Beschuldigte Kenntnis über

---

[177] *Villiger*, EMRK, Rn. 393; vgl. zur Notwendigkeit einer autonomen Interpretation der Anklage bereits: EGMR, U. v. 26.3.1982 – Adolf/Österreich – Nr. 8269/78, Rn. 30.

[178] EGMR, U. v. 10.12.1982 – Foti u. a./Italien – Nr. 7604/76 u. a., Rn. 52; EGMR, U. v. 10.12.1982 – Corigliano/Italien – Nr. 8304/78, Rn. 34; EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 55: „In manchen Fällen kann sie [– die Anklage –] die Form anderer Maßnahmen annehmen, welche die Implikation einer solchen [– offiziell formellen –] Behauptung enthalten und die Situation des Beschuldigten ebenso erheblich beeinträchtigen."

[179] *Karpenstein/Franz C. Mayer*, EMRK, Rn. 45; EGMR, U. v. 27.2.1980 – Deweer/Belgien – Nr. 6903/75, Rn. 46, darauf abstellend, ob der Beschuldigte substanziell durch die Anklage beeinträchtigt wurde; später dann EGMR, U. v. 10.12.1982 – Foti u. a./Italien – Nr. 7604/76 u. a., Rn. 52; EGMR, U. v. 10.12.1982 – Corigliano/Italien – Nr. 8304/78, Rn. 34; EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 55.

[180] EGMR, U. v. 27.06.1968 – *Wemhoff/Deutschland* – Nr. 2122/64, Rn. 18 f.

[181] EGMR, U. v. 26.3.1982 – Adolf/Österreich – Nr. 8269/78, Rn. 30; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 26 f.

[182] *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 27.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Ermittlungen gegen ihn erlangt oder davon betroffen wird.[183] Dies ist jedenfalls der Fall, wenn der Beschuldigte verhaftet, offiziell über die Strafverfolgung informiert oder eine Vorermittlungsmaßnahme, etwa die Durchsuchung oder die Vernehmungen, eingeleitet wird, was auch die Zeugenbefragung Dritter einschließt.[184] Notwendiger Verfahrensgegenstand muss dabei zudem die Entscheidung über die (Un-)Schuld des Betroffenen sein, was verfahrensleitende Beschlüsse ausschließt, mit denen die Maßnahmen innerhalb des Verfahrens überprüft werden.[185] Werden die Ermittlungsmaßnahmen diesen – implizit auch auf Unternehmen übertragenen[186] – Vorgaben gerecht, lässt sogar die spätere Verfahrenseinstellung oder das Absehen von einer formellen Anklage das Vorliegen einer materiellen Anklage unberührt.[187]

Übertragen auf das Kartellvorermittlungsverfahren, erfährt das beschuldigte Unternehmen von der Einleitung einer Vorermittlungsmaßnahme erstmalig im Rahmen der Ermittlungsbefugnisse der Generaldirektion Wettbewerb – in der Regel bei formellen Nachprüfungen (als sog. *dawn raid*) oder formellen Auskunftsverlangen. Das EuG geht davon aus, dass die Ermittlungsmaßnahmen mit dem Vorwurf verbunden sind, eine Zuwiderhandlung begangen zu haben, und erhebliche Auswirkungen auf die Situation der unter Verdacht stehenden Unternehmen haben.[188] Die Untersuchung muss daher feststellen, ob es sich im Rahmen der bereits oben dargestellten Ermittlungsmaßnahmen im investigativen Voruntersuchungsverfahren um eine formelle, jedenfalls aber materielle Anklage im autonom konventionsrechtlichen Sinne handelt. Letzteres ist lediglich dann der Fall, wenn die Ermittlungsmaßnahmen das Unternehmen ebenso wie die Mitteilung der Beschwerdepunkte beschuldigen. Dies gilt es nachfolgend in Hinblick auf die einzelnen Ermittlungsmaßnahmen zu überprüfen.

---

183 Vgl. EGMR, U. v. 15.7.1982 – Eckerle/Deutschland – Nr. 8130/78, Rn. 73 ff., in Bezug auf die Ausstellung eines Haftbefehls zur Bestimmung der Verfahrensdauer.

184 Vgl. EGMR, U. v. 15.7.1982 – Eckerle/Deutschland – Nr. 8130/78, Rn. 73 ff.; *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 169, m. w. N.

185 *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 53; vgl. auch Rn. 43, 49, 50 ff.; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 27, hierrunter fällt etwa die Haftprüfung.

186 Der EGMR hat dies noch nicht ausdrücklich für Unternehmen und juristische Personen entschieden. Es wurde jedoch bereits darauf hingewiesen, dass der EGMR die Vorgaben zur Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK begründungslos auch auf diese anwendet, vgl. nur EGMR U. v. 24.9.1997 – Garyfallou Aebe/Griechenland – Nr. 18996/91, Rn. 7, 28 ff., in Bezug auf eine griechische Gesellschaft, EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 5, 57, in Bezug auf eine italienische Gesellschaft.

187 *Frowein/Peukert*, Art. 6 EMRK, Rn. 42.

188 EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 46.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Kartellrechtliche Ermittlungsbefugnisse im Voruntersuchungsverfahren als formelle oder materielle Anklage i. S. d. Art. 6 EMRK

Die Überprüfung der Anwendung der Ermittlungsbefugnisse im Vorermittlungsverfahren erfordert es, sich den bereits oben dargestellten zweistufigen Aufbau des Kartellermittlungsverfahrens – in ein Voruntersuchungs- und ein kontradiktorisches Ermittlungsverfahren – in Erinnerung zu rufen.[189] Das Voruntersuchungsverfahren beginnt förmlich, wenn die Kommission im Rahmen ihrer Zuständigkeit:

> „in Ausübung der ihr durch die Art. 18 und 20 der Verordnung Nr. 1/2003 verliehenen Befugnisse Maßnahmen trifft, die mit dem Vorwurf verbunden sind, eine Zuwiderhandlung begangen zu haben, und die erhebliche Auswirkungen auf die Situation der unter Verdacht stehenden Unternehmen haben."[190]

Zu prüfen ist daher, ob diese kartellrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen eine formelle oder materielle *Anklage* i. S. d. Art. 6 EMRK darstellen. Das ist der Fall, wenn den Ermittlungsbefugnissen explizit oder implizit eine hoheitliche Beschuldigung immanent ist.

aa) Das Auskunftsverlangen nach Art. 18 VO 1/2003

Im Rahmen eines Auskunftsverlangens teilt die Kommission den Adressaten mit, dass „sie einer vorläufigen Untersuchung unterzogen werden", und – sollten sich die Vorwürfe in tatsächlicher Hinsicht bestätigen – eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung i. S. d. Art. 101 bzw. 102 AEUV vorliegt.[191]

Den Anforderungen einer offiziellen Benachrichtigung der Kommission mit der Behauptung einer Zuwiderhandlung im Sinne einer *formellen* Anklage genügt dies in zweierlei Hinsicht nicht. Zum einen richten sich Auskunftsverlangen nicht zwangsläufig an verdächtige Unternehmen, sondern können und werden von allen Unternehmen „die über sachdienliche Informationen für den betreffenden Fall verfügen eingeholt".[192] Zum anderen dient das Auskunftsverlangen, selbst wenn dessen Adressat das verdächtige Unternehmen ist, le-

---

189 Vgl. oben unter: 1. Teil 1. Kap. § 2 B. I.

190 EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 46; EuG, U. v. 14.03.2014 – Schwenk Zement – Rs. T-306/11, Rn. 27; EuG, U. v. 08.07.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 48; dazu, dass dies generell im Voruntersuchungsverfahren möglich ist: EuGH, U. v. 29.09.2011 – *Elf Aquitaine* – Rs. C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620, Rn. 116; vgl. Bekanntmachung „best-practice", Rn. 15.

191 Bekanntmachung „best-practice", Rn. 15.

192 Bekanntmachung „best-practice", Rn. 32; zu den einzelnen möglichen Adressaten vgl. *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 14.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

diglich der *vorläufigen* Prüfung der Sach- und Rechtslage.[193] Dem Auskunftsverlangen ist damit weder zwangsläufig die Beschuldigtenstellung des Unternehmens immanent, noch enthält eine vorläufige Prüfung die ausdrücklich anklagende Behauptung, dass das Unternehmen eine „Straftat" im Sinne einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 und 102 AEUV begangen hat, über die nun offiziell benachrichtigt wird.[194]

Das Auskunftsverlangen im Rahmen der Erstermittlung genügt damit nicht den Anforderungen an eine *formelle* Anklage. Entscheidend kommt es daher darauf an, ob das Auskunftsverlangen an das verdächtige Unternehmen eine *andere Maßnahme* im Sinne einer *materiellen* Anklage ist, die einen solchen Vorwurf impliziert und die Situation der Unternehmen ebenso erheblich beeinträchtigt. Aufgrund ihrer divergierenden Eingriffsintensität muss zwischen einfachen Auskunftsverlangen nach Art. 18 Abs. 1 VO und förmlichen Auskunftsbeschlüssen der Kommission nach Art. 18 Abs. 3 S. 1 VO differenziert werden.[195]

Einfache Auskunftsverlangen begründen keine sanktionsbewehrte Aussagepflicht. Unternehmen steht es mithin frei, Auskünfte zu erteilen oder nicht. Zwar zieht die Nichtbeantwortung regelmäßig einen förmlichen Auskunftsbeschluss nach sich;[196] im allein relevanten Anordnungszeitpunkt liegt jedoch keine *den Beschuldigten ebenso wie eine Anklage beeinträchtigende Situation* vor. Im Gegenteil führt das Verlangen in Ermangelung eines hoheitlichen Eingriffs oder einer Handlungspflicht zu keiner Veränderung oder gar Schlechterstellung der rechtlichen Situation des Unternehmens, die eine ausgleichende Schutzbedürftigkeit erzeugte, welche die legitimierende Anwendung von Verfahrensrechten erforderlich machte.[197]

---

193 Erwägungsgrund Nr. 23 VO 1/2003; EuGH, U. v. 10.03.2016 – Schwenk Zement – Rs. C-248/14 P, ECLI:EU:C:2016:150, Rn. 41; unter Verweis auf EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87 – ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 21, der wiederum auf EuGH v. 26.06.1980 – National Panasonic Ltd. – Rs. 136/79 – ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 10 verweist, insoweit jedoch spezifisch nur zur Nachprüfung.

194 Vgl. oben zur Definition der *formellen* Anklage Ziff. 1. a.; Bekanntmachung „best-practice", Rn. 32.

195 Vgl. hierzu ausführlich schon oben unter 1. Teil 1. Kap. § 2 B. II.

196 Die Ansichten, wonach der förmlichen Auskunftsentscheidung ein einfaches Auskunftsverlangen vorangegangen oder mit einer Auskunftsverweigerung zu rechnen sein müsse, vgl. *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 3, m. w. N., dürften sich – jedenfalls indirekt – auf die rechtshistorische Vorgängerversion des Art. 11 Abs. 5 VO 17/62 beziehen, verkennen jedoch, dass Art. 18 VO 1/2003 gerade kein Stufenverhältnis mehr vorsieht und die Entscheidung über die Art des Auskunftsverlangens in das pflichtgemäße Ermessen der Kommission legt.

197 Vgl. EuGH, U. v. 25.1.2007 – Dalmine – Rs. C-407/04 P, ECLI:EU:C:2007:53, Rn. 34 f.: Die Tatsache, dass das die Frage nicht verpflichtend zu beantworten war, schließt das Recht aus, die Beteilidung an einer Zuwiderhandlung nicht zugeben zu

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Den Unternehmen ist es zumutbar, den förmlichen Auskunftsbeschluss abzuwarten, dessen Einleitung keinesfalls zwingend ist, sondern im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission liegt.[198]

Antwortet das Unternehmen hingegen auf das Verlangen, können freiwillig gemachte Angaben im Rahmen eines förmlichen Ermittlungsverfahrens verwertet und unrichtige oder irreführende Angaben nach Art. 23 Abs. 1 lit. a VO 1/2003 sanktioniert werden, was einer ebenso beeinträchtigten Anklage entsprechen könnte. Dagegen ist einzuwenden, dass die Sanktion der Funktionsfähigkeit des Verfahrens dient und keinen materiellen Vorwurf einer Kartellzuwiderhandlung enthält. Das Unternehmen verzichtet durch die freiwilligen Angaben zudem bewusst und eigenverantwortlich auf eigene Rechtspositionen und ist durch die Wahlfreiheit nicht ebenso einer beeinträchtigenden Situation ausgesetzt wie ein angeklagter Beschuldigter, der sich dem Verfahren nicht entziehen kann. Der Freiwilligkeitscharakter macht das einfache Auskunftsverlangen daher nicht zu einer Zwangsmaßnahme und stellt aus diesem Grund keine materielle Anklage i. S. d. Art. 6 EMRK dar, die den Vorwurf eines Wettbewerbsverstoßes impliziert oder den Adressaten belangvoll betrifft.

Förmliche Auskunftsbeschlüsse statuieren hingegen bereits nach dem Wortlaut des Art. 18 Abs. 3 S. 1 VO 1/2003 i. V. m. Art. 288 Abs. 4 AEUV eine buß- und zwangsgeldbewehrte Aussage*pflicht*.[199] Zuwiderhandlungen durch fehlende, inhaltlich unzureichende oder nicht fristgerechte Angaben sind nach Art. 23 Abs. 1 lit. b VO 1/2003 buß- sowie nach Art. 24 Abs. 1 lit. d VO 1/2003 zwangsgeldbewehrt. Fraglich ist, ob die Aussagepflicht zu einer Einordnung als andere Maßnahme führt, die die Implikation einer Zuwiderhandlung enthält und die Situation des Adressaten ebenso erheblich beeinträchtigt. Die Unionsgerichte bejahen dies in ständiger Rechtsprechung und tragen dabei dem bipolaren Aufbau des Kartellermittlungsverfahrens besondere Rechnung:

> „Die von der Kommission im Abschnitt der Voruntersuchung ergriffenen Ermittlungsmaßnahmen, insbesondere die Nachprüfungsmaßnahmen und die Auskunftsverlangen, implizieren jedoch naturgemäß den Vorwurf einer Zuwiderhandlung und können erhebliche Auswirkungen auf die Situation der unter Verdacht stehenden Unternehmen haben. Folglich muss verhindert werden, dass die Verteidigungsrechte in diesem Abschnitt des Verwaltungsverfahrens in nicht wiedergutzumachender Weise beeinträchtigt werden könnten, da die getroffenen Ermittlungsmaßnahmen zur Erbringung von Beweisen für rechtswidrige Verhaltensweisen von Unterneh-

müssen; EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P u. a., ECLI:EU:C:2002:582, Rn. 282 ff., in Bezug auf das Schweigen von Unternehmen auf Auskunftsverlangen oder die Leugnung des Sachverhalts.

[198] In der Praxis dürfte die Anordnung eines zweiten förmlichen Auskunftsverlangens dagegen reine Formsache sein, sodass es sich um ein sehr formales Argument handelt.

[199] *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 4, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

men, die geeignet sind, deren Haftung auszulösen, von entscheidender Bedeutung sein können."[200]

Dafür, dass diese „erheblichen Auswirkungen" die Adressaten ebenso erheblich beeinträchtigen, wie eine förmliche Anklage, spricht, dass förmliche Auskünfte eher der Verifizierung der mutmaßlichen Zuwiderhandlung dienen.[201] Diese Schwerpunktverschiebung der Maßnahme von der Beweisgewinnung hin zum Nachweis der Schuld impliziert damit stärker als das einfache Auskunftsverlangen den Vorwurf einer mutmaßlichen Zuwiderhandlung.[202] An der sich hieraus ergebenden Schutzbedürftigkeit der Unternehmen vermag auch die marginale Einschränkung der Aussagepflicht dergestalt, dass Auskünften, die einem direkten Eingeständnis der Schuld gleichstehen, verweigert werden können,[203] nichts zu ändern. Auch verbleibende Restzweifel an einer schuldhaften Zuwiderhandlung schließen die materielle Anklage nicht aus, sondern sind dem Ermittlungsverfahren wie auch der formellen Anklage immanent. Dass sich der Verdacht später ggf. nicht erhärtet, kann daher keine Rolle spielen.

Richtet die Kommission ein förmliches Auskunftsverlangen gegen ein verdächtiges Unternehmen, liegt eine individuelle, der Mitteilung der Beschwerdepunkte vergleichbare erhebliche Betroffenheit im Sinne einer. Beschuldigung eines Unternehmens vor. Ab dem Zeitpunkt der Zustellung des förmlichen Auskunftsbeschlusses liegt damit eine materielle Anklage i. S. d. Art. 6 EMRK vor.

bb) Die Befragung nach Art. 19 VO 1/2003

Nach Art. 19 Abs. 1 VO 1/2003 kann die Kommission alle Personen befragen, die „eventuell über sachdienliche Informationen verfügen".[204] Umfasst sind auch nichtbeschuldigte Dritte. Der freiwillige, auf Informationsgewinnung gerichtete Charakter, der nicht einmal unrichtige und irreführende Angaben sanktioniert, ist – der Intention nach – mit dem einfachen Auskunftsverlangen vergleichbar. Der freiwillige Charakter begründet keine Aussage-

---

[200] EuGH, U. v. 29.9.2011 – Elf Aquitaine – Rs. C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620, Rn. 116 f.; EuG, U. v. 5.10.2020 – Casino, Guichard-Perrachon und AMC – Rs. R-249/17, ECLI:EU:T:2020:458, Rn. 89; EuG, U. v. 20.6.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T2018:368, Rn. 181; EuG, U. v. 25.11.2014 – Orange – Rs. T-402/13, ECLI:EU:T:2014:991, Rn. 79; EuG, U. v. 14.3.2014 – Schwenk Zement – Rs. T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 28.

[201] Bekanntmachung „best-practice", Rn. 33.

[202] EuG, U. v. 20.6.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 181.

[203] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 28.

[204] Vgl. Erwägungsgrund 25 der VO 1/2003, Abl. L 1/5.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

pflicht und ist dementsprechend von vornherein untauglich, strafrechtliche Verfahrensrechte zu beeinträchtigen.[205] Die Befragung stellt damit keine, die Situation des Adressaten erheblich – einer Anklage vergleichbar – beeinträchtigende Maßnahme dar, die eine kartellrechtliche Zuwiderhandlung implizierte. Die Befragung ist damit weder eine formelle noch materielle Anklage i. S. d. Art. 6 EMRK.

cc) Die Nachprüfung nach Art. 20 VO 1/2003

Die in Art. 20 Abs. 2 lit. a bis e VO 1/2003 aufgezählten Nachprüfungsbefugnisse[206] wären eine formelle Anklage, wenn deren Durchführung, als offizielle Mitteilung die Behauptung einer Kartellzuwiderhandlung immanent wäre. Hierfür ließe sich anführen, dass die Generaldirektion Wettbewerb den *Gegenstand* – die konkreten Umstände des Verdachts eines Kartellrechtsverstoßes – und den hiervon nicht immer trennscharf abgrenzbaren[207] *Zweck* der Nachprüfung anzugeben hat.[208] Da sich Nachprüfungen nicht ausschließlich gegen beschuldigte Unternehmen[209] richten, muss sie zudem die Verwicklung des Unternehmens in die Zuwiderhandlung sowie die durch die Nachprüfung zu erhärtenden Verdachtsmomente darlegen.[210] Dies könnte der Behauptung einer Zuwiderhandlung entsprechen.

Dagegen ist einzuwenden, dass die Unionsgerichte die unspezifische Angabe genügen lassen, dass Umstände nachgeprüft werden sollen, aus denen sich eine *vermutete* Zuwiderhandlung ergeben *könnte*.[211] Eine weitergehende Begründungspflicht widerspräche dem Vorabcharakter, dessen Sinn darin bestünde, in einem späteren Stadium festzustellen, ob die Adressaten der Nach-

---

205 *Henning*, in Immenga/Mestmäcker, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 39.

206 Danach sind die Inspektoren berechtigt: Räumlichkeiten zu betreten (lit. a), Bücher und Geschäftsunterlagen zu prüfen (lit. b), Kopien oder Auszüge anzufertigen (lit. c), Räumlichkeiten oder Beweismittel zu versiegeln (lit. d) sowie mündliche Erläuterungen zu Tatsachen und Unterlagen von Belegschaftsmitgliedern zu verlangen und zu protokollieren (lit. e).

207 Vgl. EuG, U. v. 26.10.2010 – CNOP/CCG – Rs. T-23/09, ECLI:EU:T:2010:452, Rn. 34; *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 25.

208 Art. 20 Abs. 3, Abs. 4 VO 1/2003; *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 25.

209 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 15.

210 EuG, U. v. 8.3.2007 – *France Télécom* – Rs. T-339/04, ECLI:EU:T:2007:80, Rn. 58 f.; EuG, U. v. 14.11.2012 – Nexans France – Rs. T-135/09, ECLI:EU:T:2012:596, Rn. 42 ff.

211 In Bezug auf Art. 14 Abs. 3 VO 17/62: EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 10; unter Verweis auf EuGH, U. v. 26.06.1980 – National Panasonic – Rs. 136/79; EuGH, U. v. 21.09.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. Rs. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 41 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

prüfung tatsächlich gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft verstoßen haben.[212] Der auch auf die Sachverhaltsaufklärung gerichteten Maßnahme ist damit nicht zwangsläufig eine von der Kommission behauptete Zuwiderhandlung gegen Art. 101 und 102 AEUV immanent, weshalb – parallel zum Auskunftsverlangen – keine *formelle* Anklage i. S. d. Art. 6 EMRK vorliegt.

Zur Prüfung der *materiellen* Anklagevoraussetzungen müssen auch Nachprüfungsanordnungen aufgrund ihrer divergierender Eingriffsintensität in einfache Nachprüfungsaufträge nach Art. 20 Abs. 3 VO 1/2003 und förmliche Nachprüfungsbeschlüsse nach Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 unterschieden werden.

Einfache schriftliche Nachprüfungsaufträge begründen keine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht.[213] Zwar sind freiwillige, aber nicht vollständige[214] Vorlagen gemäß Art. 23 Abs. 1 lit. c VO 1/2003 sowie unrichtige oder irreführende Vorlagen gemäß Art. 23 Abs. 1 lit. d VO 1/2003 bußgeldbewehrt; aufgrund des freiwilligen Charakters der Maßnahme ist jedoch eine sanktionslose vollständige Verweigerung erlaubt. Dass diese keinen nennenswerten Verteidigungsvorteil bringen dürfte,[215] da die Kommission sogleich die Anordnung eines förmlichen Nachprüfungsbeschlusses prüfen und in der Praxis wohl auch anordnen dürfte,[216] ist belanglos. Entscheidend ist, dass die Durchführung der Maßnahme von der Zustimmung und freiwilligen Kooperation des Unternehmens abhängt, worauf das Unternehmen sogar hingewiesen wird.[217] In der Praxis kündigt die Kommission dem Unternehmen vorab ihr einfache Nachprüfungsvorhaben an, um so eine drucklose Entschlussfassung über die Duldung zu ermöglichen.[218] Eine einfache Nachprüfung stellt damit keine materielle Anklage i. S. d. Art. 6 EMRK dar.

---

212 EuG, U. v. 26.10.2010 – CNOP/CCG – Rs. T-23/09, ECLI:EU:T:2010:452, Rn. 41; EuG, U. v. 14.11.2012 – Nexans – Rs. T-135/09, ECLI:EU:T:2012:596, Rn. 34 ff.

213 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 41.

214 Zum Streit über die einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „unvollständigen Vorlage“ vgl. *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 41; *de Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 54; *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 27.

215 *Kerse/Khan*, EU antitrust procedure, Kap. 3, Rn. 077, weisen darauf hin, dass Duldungs- und Mitwirkungsverweigerungen bei einfachen Nachprüfungsverlangen aufgrund der raschen Reaktion der Kommission keinen für die Verteidigung bedeutsamen Zeitgewinn bewirken.

216 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 17.

217 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 22.

218 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 24; vgl. auch EuG, B. v. 9.6.1997 – Elf Atochem – Rs. T-9/97, ECLI:EU:T:1997:83, Rn. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Förmliche Nachprüfungsbeschlüsse statuieren dagegen bereits dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 nach eine passive Duldungs-[219] sowie eine aktive und nach Art. 23 Abs. 1 lit. c VO 1/2003 bußgeldbewehrte Mitwirkungspflicht.[220] Unternehmen müssen zudem ihre digitale Organisation erläutern, Arbeitsaufträge ausführen und Zugriffsrechte auf selbst zu benennende relevante Daten gewähren.[221] In der Praxis ordnet die Generaldirektion Wettbewerb die förmliche Nachprüfung daher zuerst an, wobei eine vorherige Ankündigung unterbleibt, um den im Überraschungsmoment liegenden Untersuchungszweck nicht zu gefährden.[222] Beides spricht dafür, dass förmliche Nachprüfungen als materielle Anklage eine Zuwiderhandlung implizieren und deren Adressaten erheblich beeinträchtigen. Die Unionsgerichte bejahen dies ausdrücklich auch für die Nachprüfung.[223] Nach dem EGMR kommt zudem die Ausstellung eines Durchsuchungsbefehls einer materiellen Anklage gleich.[224] Zwar unterscheidet sich die Nachprüfung von einer Durchsuchung – etwa nach § 102 der deutschen StPO – dadurch, dass sie weder dem Unternehmen die rein passive Duldung oder den unspezifischen Zugang zu Akten noch der Kommission die zwangsweise Durchsetzung der Nachprüfung erlaubt.[225] Für eine Vergleichbarkeit spricht allerdings die grundsätzlich weite konventionsrechtliche Auslegung der Anwendungsvoraussetzungen des Art. 6 EMRK sowie dass eine Zwangsdurchsetzung ob der Mitwirkungspflicht obsolet ist.[226] Die Mitwirkungspflichten begründen für das Unternehmen daher

---

219 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 39.

220 EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. C-46/87 und C-227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 31; vgl. Ziff. 11. Erläuterungen zu Nachprüfungen der Kommission gemäß Artikel 20 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, online abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/antitrust/explanatory_note/de.pdf (zuletzt besucht am: 19.2.2021).

221 Vgl. Ziff. 11. Erläuterungen zu Nachprüfungen der Kommission gemäß Artikel 20 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, online abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/antitrust/explanatory_note/de.pdf (zuletzt besucht am: 19.2.2021).

222 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 32.

223 Vgl. schon oben im Rahmen des Auskunftsverlangens: EuGH, U. v. 29.9.2011 – Elf Aquitaine – Rs. C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620, Rn. 116 f.; EuG, U. v. 5.10.2020 – Casino, Guichard-Perrachon und AMC – Rs. R-249/17, ECLI:EU:T:2020:458, Rn. 89; EuG, U. v. 25.11.2014 – Orange – Rs. T-402/13, ECLI:EU:T:2014:991, Rn. 79; EuG, U. v. 14.3.2014 – Schwenk Zement – Rs. T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 28.

224 EGMR, U. v. 15.07.1982 – Eckle/Deutschland – Nr. 8130/78, Rn. 73 ff.

225 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 6; EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. C-46/87 und C-227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 31.

226 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 6, m. w. N.; Zwang kann zudem nach Art. 20 Abs. 6 und 7 VO 1/2003 von dem Mitglied-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eine der formellen Anklage vergleichbare Situation und enthalten den Vorwurf einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung. Ab dem Beginn der Nachprüfung mit der Bekanntgabe[227] – der Zustellung durch die Übergabe einer beglaubigten Abschrift der förmlichen Nachprüfungsentscheidung an den Adressaten – liegt damit eine materielle Anklage i. S. d. Art. 6 EMRK vor.

d) Zwischenergebnis

Die Ermittlungsbefugnisse der Generaldirektion Wettbewerb im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren sind keine formellen Anklagen i. S. d. Art. 6 EMRK. Förmliche Auskunfts- und Nachprüfungsbeschlüsse nach Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003 und Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 erfüllen hingegen die Anforderungen an eine materielle Anklage.[228] Sie beschuldigen das Unternehmen konkludent. Die strafrechtlichen Verfahrensrechte des Art. 6 EMRK sind damit in zeitlicher Hinsicht bereits im Rahmen förmlicher Auskunfts- und Nachprüfungsbeschlüsse im Voruntersuchungsverfahren anwendbar.

3. Zwischenergebnis und Stellungnahme

Die persönlichen, sachlichen und zeitlichen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 6 EMRK liegen vor. Förmliche Auskunftsverlangen nach Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003 sowie förmliche Nachprüfungsbeschlüsse nach Art. 20 Abs. 2, Abs. 4, VO 1/2003 sind materielle strafrechtliche Anklagen i. S. d. Art. 6 Abs. 1 EMRK. Sie begründen eine hoheitliche Auskunfts- und Beibringungspflicht und sind daher potenziell geeignet, strafverfahrensrechtliche Abwehrrechte belangvoll zu tangieren.[229] Aufgrund der Natur und Schwere der abstrakt drohenden Kartellhöchstbuße beeinträchtigen bereits die Ermittlungsbefugnisse der Kommission die Rechtsposition von Unternehmen in einer der formellen Anklage vergleichbaren Weise. Damit ist nachgewiesen, dass die strafrechtlichen Fundamentalgarantien und -rechte des Art. 6 Abs. 1

---

staat gewährt werden, in dessen Hoheitsgebiet die Nachprüfung stattfindet, ggf. auch unter Einsatz von Polizeikräften und anderen Vollzugsbehörden.

227 EuG, U. v. 6.9.2013 – Deutsche Bahn – Rs. T-289/11 u. a., ECLI:EU:T:2013:404, Rn. 89, das aber davon auszugehen scheint, dass das Betreten des Unternehmens durch Bedienstete der Kommission zum Zwecke der Bekanntgabe keinen Grundrechtsverstoß darstellt; vgl. Ziff. 3. Erläuterungen zu Nachprüfungen der Kommission gemäß Artikel 20 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, online abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/antitrust/explanatory_note/de.pdf, (zuletzt besucht am: 19.2.2021); *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 20 VO 1/2003, Rn. 30.

228 Zu diesem Ergebnis gelangt – ohne Begründung – auch *Fink*, Wirksamer Schutz, S. 43.

229 *Henning*, in Immenga/Mestmäcker, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 38 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

EMRK dem Grunde nach auch im europäischen Kartellvoruntersuchungsverfahren Anwendung finden.

Zu diesem Ergebnis käme wohl auch der EGMR, der das Vorliegen einer „strafrechtlichen Anklage“ und damit die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK im Fall einer nationalen Kartellbuße i. H. v. 6 Millionen Euro der italienischen Kartellbehörde bejaht.[230] Auch wenn im Ergebnis überwältigende Einigkeit über dieses Ergebnis auch für das europäische Kartellrecht besteht, ist unter rechtsstaatlichen Legitimationsaspekten kritisch zu konstatieren, dass der bedenklichen kasuistischen Rechtsprechungspraxis des EGMR zur Auslegung der Voraussetzungen einer „strafrechtlichen Anklage“ eine dogmatisch-theoretische Plausibilisierungsgrundlage fehlt. Weshalb es überhaupt auf die dargestellten Kriterien ankommt und wie diese im Einzelfall miteinander verwoben sind, lässt sich objektiv kaum nachvollziehen.[231] Eine tragfähige Aussage über die Anwendbarkeit strafprozessualer Verfahrensgarantien im europäischen Kartellverfahren lässt sich vor diesem Hintergrund nur sehr eingeschränkt treffen.

Vor diesem Hintergrund verdient es wenig Beifall, wenn die Unionsgerichte dieses wacklige Legitimationsfundament in Ermangelung einer genuin unionsrechtlichen Sanktionsdogmatik begründungs- und anpassungslos auch zur Grundlage des europäischen Kartellrechts zu machen versuchen, anstatt selbstständig eine eigene Dogmatik zu entwickeln. Zwingend geboten wäre dies eigentlich vor den bereits dargestellten Integrations- und Entwicklungsfunktionen des europäischen Kartell(sanktions)rechts, das als Blaupause zukünftiger Sanktionsregime auf weitere Bereiche des Unionsrechts übertragen werden soll.[232] Die Gefahr, dabei legitimatorische Defizite in andere Bereiche des Unionsrechts zu exportieren, ist groß.[233]

III. Fazit

Für die Untersuchung und Legitimationskontrolle ergibt sich daraus, dass mit der Anwendbarkeit der strafrechtlichen Verfahrensrechte in Art. 6 EMRK feststeht, dass die Kartellbuße und das Kartellverfahren dem Grunde nach eine strafrechtliche Rechtsnatur haben. Die These einer rein verwaltungsrechtlichen Rechtsnatur mit rein verwaltungsrechtlichen Sanktionen ist mit der Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte unvereinbar und damit bereits zu diesem Zeitpunkt widerlegt. Der Vollständigkeit halber sollen je-

---

230 EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 37, 44.

231 *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 48.

232 Vgl. schon oben unter Einleitung, B. III. sowie 1. Teil. 1. Kap. § 1 A. II. 2. c).

233 Vgl. zu dieser Gefahr bereits oben unter: Einleitung, B. III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

doch auch die Anwendungsvoraussetzungen der aus der Grundrechtecharta relevanten Vorschriften beleuchtet werden.

B. Die persönlichen und sachlichen Anwendungsvoraussetzungen der Europäischen Grundrechtecharta

Die Grundrechtecharta verbrieft strafrechtliche Verfahrensgarantien im Titel VI – Justizielle Rechte –, mithin in den Art. 47 bis 50 sowie in Art. 41 GRCh. Dabei weisen die bereits vor der Positivierung der Charta als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts geltenden Grundrechte[234] nach Art. 52 Abs. 3 GRCh grundsätzlich ein mit der EMRK kongruentes Schutzniveau auf. Deren Anwendbarkeit im Kartellverfahren ist anerkannt. Anwendbar sind die Chartagrundrechte aufgrund ihrer besonderen Bedeutung und des fundamentalen Charakters für die Wahrung von Verteidigungsrechte zudem:

> „nicht nur im Rahmen von Verfahren, die zu Sanktionen führen können, sondern auch in den Untersuchungsverfahren, […], die die betroffenen Unternehmen trotz ihrer allgemeinen Geltung unmittelbar und individuell berühren und nachteilige Auswirkungen auf diese haben können."[235]

Nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh und dem Wortlaut des Art. 41 Abs. 1 GRCh haben die „Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union", zu denen auch die Europäische Kommission zählt, als Grundrechtsadressaten die Grundrechte zu wahren. Die konkrete Anwendbarkeit dieser Grundrechte auch im Rahmen der Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren ist jedoch dogmatisch kaum begründet und soll daher dargestellt werden.

I. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 41 GRCh im europäischen Kartellermittlungsverfahren

Art. 41 GRCh enthält als allgemeinen Grundsatz eines verwaltungsbezogenen Verfassungsrechts das Grundrecht auf eine gute Verwaltung.[236] Das Pri-

---

[234] EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11-70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 4.; EuGH, U. v. 18.7.2013 – Schindler – Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, Rn. 36.

[235] EuGH, U. v. 27.06.1991 – Al-Jubail – Rs. C-49/88, ECLI:EU:C:1991:276, Rn. 15, m. w. N.

[236] („good governance; bonne administration") Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, Erläuterungen zu Art. 41, Abl. 2007 C- 303/28 unter Verweis auf die dort im Einzelnen aufgeführte Rechtsprechung der Unionsgerichte; statt vieler: EuGH, U. v. 24.11.2020 – R.N.N.S. u. a. – Rs. C-225/19 u. a., ECLI:EU:C:2020:951 Rn. 34.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

märrecht konkretisiert nach Art. 298 Abs. 1 AEUV das Recht auf eine offene, effiziente und unabhängige europäische Verwaltung.[237]

1. Persönliche Anwendbarkeit

Dessen Anwendbarkeit für juristische Personen und Unternehmen als Grundrechtsträger wird von den Unionsgerichten allgemein, in Verwaltungsverfahren und speziell in Kartellsachen bestätigt.[238] Für eine persönliche Anwendbarkeit spricht zudem, dass juristische Personen die primären Adressaten verwaltungsbezogener Sanktionen sind.[239]

2. Sachliche Anwendbarkeit

In sachlicher Hinsicht setzt Art. 41 GRCh Verwaltungshandeln voraus, wobei eine genaue Determinierung der unionsrechtlichen Verwaltung in der Judikatur der Unionsgerichte fehlt.[240] Für Jarass ist nicht der formelle Behördenbegriff entscheidend, sondern das verwaltungsrechtliche – in Abgrenzung zu judikativem und legislativem – Handeln zu bestimmen.[241] Diese Wertung auf das europäische Kartellrecht übertragend, nimmt die Generaldirektion Wettbewerb als Teil der Kommission und diese als Organ der Union im Rahmen von Kartellermittlungen *verwaltungsrechtliche* Aufgaben wahr. Die Ausübung von Ermittlungsbefugnissen – etwa förmliche Auskunfts- und Nachprüfungsbeschlüsse – durch die Kommission unterfällt damit dem sachlichen Anwendungsbereich des Art. 41 GRCh. Als Einzelausprägungen enthält der Schutzbereich das Recht, dass Angelegenheiten natürlicher und juristischer Personen von den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union[242] unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden.[243] Als subjektive Dimension des Verwaltungsverfassungsrechts birgt das Grund-

---

237 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, Erläuterungen zu Art. 41, Abl. 2007 C-303/28.

238 EuGH, U. v. 18.3.2021 – Pometon – Rs. C-440/19 P, ECLI:EU:C:2021:214, Rn. 57 ff.; EuGH, U. v. 11.7.2013 – Ziegler – Rs. C-439/11 P, ECLI:EU:C:2013:513, Rn. 154, und die dort angegebene Rechtsprechung; EuG, U. v. 10.11.2017 – Icap – Rs. T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, Rn. 271.

239 *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 41 GRCh, Rn. 6.

240 So auch *Terhechte*, in: FK, Band 1, GRCh, Art. 41 GRCh, Rn. 3; *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 41 GRCh, Rn. 1.

241 *Jarass*, GRCh, Art. 41 GRCh, Rn. 8, m. w. N.

242 EuGH, U. v. 26.3.2020 – Hungeod u. a. – Rs. C-496/18 u. a., ECLI:EU:C:2020:240, Rn. 63, m. w. N.

243 *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 41 GRCh, Rn. 10 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

recht konsequenterweise einklagbare Einzelrechte, wie u. a. das Anhörungsrecht, das Recht auf Vertraulichkeit oder die Begründungspflicht.[244]

Art. 41 GRCh ist daher dem Grunde nach auch im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren anwendbar.

II. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 47 GRCh im europäischen Kartellermittlungsverfahren

Nach Art. 47 Abs. 1 GRCh hat jede Person das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht. Nach Art. 47 Abs. 2 GRCh muss über diesen Rechtsbehelf vor einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt werden. Art. 47 Abs. 1 GRCh ist nach dem EuGH ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts.[245] Er beruht nach den Erläuterungen der Grundrechtecharta auf Art. 13 EMRK, geht aber darüber hinaus, soweit ein Rechtsbehelf bei einem Gericht und nicht bloß eine Beschwerde bei einer Instanz garantiert wird.[246] Art. 47 Abs. 2 GRCh beruht auf Art. 6 Abs. 1 EMRK, verzichtet aber auf das Erfordernis einer strafrechtlichen Anklage. Überwiegend geht die Literatur von einem einheitlichen Grundrecht in Art. 47 Abs. 1 und 2 GRCh aus,[247] der durch Absatz 3 – die Prozesskostenhilfe – ergänzt wird, auf die es nachfolgend aber nicht ankommt.

1. Persönliche Anwendbarkeit

In persönlicher Hinsicht spricht sowohl der Wortlaut des Art. 47 GRCh mit „jede Person“ als auch die Rechtsprechung des EuGH dafür, dass natürliche und juristische Personen grundrechtsberechtigt sind, soweit ihnen das behauptete Recht zustehen kann.[248]

---

244 *Terhechte*, in: FK, Band 1, GRCh, Art. 41 GRCh, Rn. 1 f.; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 41 GRCh, Art. 41 GRCh, Rn. 1 ff., u. 13 ff.

245 EuGH, U. v. 27.2.2018 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses – Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 35.

246 Vgl. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, Erläuterungen zu Art. 47, Abl. 2007 C-303/29, unter Verweis auf die dort im Einzelnen aufgeführte Rechtsprechung der Unionsgerichte; EuGH, U. v. 8.12.2011 – Chalkor – Rs. C-386/10 P, ECLI:EU:C:2011:815, Rn. 52; *Alber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 8, m. w. N.; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 47 GRCh, Rn. 1.

247 Vgl. statt vieler: *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 2, m. w. N.

248 *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 47 GRCh, Rn. 1, m. w. N.; *Nehl*, in: FK, Band 1, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 15; *Alber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 19; EuGH, U. v. 22.12.2010 – DEB – Rs. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, Rn. 59; EuGH, U. v. 6.11.2012 – Otis – Rs. C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, Rn. 46 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Sachliche Anwendbarkeit

In sachlicher Hinsicht erfordert die Rechtsschutzgewährleistung die „Verletzung von Rechten".[249] Umfasst sind sämtliche, durch das Unionsrecht garantierte *subjektive* Rechte des Primär- und Sekundärrechts,[250] soweit sie durch die öffentliche Gewalt in Form der Stellen und Organe der Union i. S. d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh verletzt werden.[251] Der sachliche Schutzbereiches beschränkt sich jedoch grundsätzlich auf das gerichtliche Verfahren und schließt das vorgeschaltete (Kartell-)Verwaltungsverfahren aus.[252] Hierfür gelten die Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2 GRCh. Artikel 47 GRCh bleibt aber auch im vorherigen Verwaltungsverfahren anwendbar, wenn der umfassende und effektive Rechtsschutz andernfalls unzulässig verkürzt würde, die Modalitäten des vorgelagerten Verwaltungsverfahrens den Rechtsschutz im nachgelagerten Gerichtsverfahren also „praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren" würden.[253] Präklusion-, Beweislast-, Anhörungs- oder Begründungsregeln dürfen die wirksame Durchsetzung subjektiver Rechtspositionen damit nicht vereiteln. Da Art. 41 Abs. 1 und 2 GRCh dies bereits weitestgehend garantiert, kommt Art. 47 GRCh lediglich subsidiäre Auffangwirkung zu, soweit Rechtsschutzlücken verbleiben.[254] Insgesamt ist Art. 47 GRCh damit sachlich im verwaltungsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren anwendbar, wenn dieses subjektive Rechtspositionen für Unternehmen gewährleistet (dazu unter a.) und eine praktische Verunmöglichung oder Erschwerung des nachgelagerten Rechtsschutzes durch das Unternehmen behauptet und zumindest möglich erscheint (dazu unter b.).

a) Subjektive Rechtspositionen im Kartellvorermittlungsverfahren

Unternehmen und Unternehmensvereinigungen müsste im Kartellvorermittlungsverfahren ein „subjektives Recht" i. S. d. Art. 47 GRCh zustehen. In

---

249 Vgl. schon den Wortlaut des Art. 47; *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 7; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 47 GRCh, Rn. 7.

250 *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 47 GRCh, Rn. 3; *Alber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 22; *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 7 f., der allerdings auf die Erläuterungen der Charta zu anderen Vorschriften verweist.

251 *Alber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 21, 29.

252 *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 6.

253 Vgl. beide jedoch in Bezug auf die nationalstaatliche Verfahrensausgestaltung: EuGH, U. v. 9.2.1999 – Dilexport – Rs. C-343/96, ECLI:EU:C:1999:59, Rn. 25; EuGH, U. v. 15.9.1998 – Ansaldo u. a. – Rs. C-279/96 u. a., ECLI:EU:C:1998:403, Rn. 27; *Nehl*, in: FK, Band 1, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 18.

254 EuGH, U. v. 11.07.2013 – Ziegler – Rs. C-439/11 P, ECLI:EU:C:2013:513, Rn. 154; *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 60; vgl. in diesem Sinne EuGH, U. v. 25.10.2011 – Solvay – Rs. C-109/10 P, ECLI:EU:C:2011:686, Rn. 53.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Literatur wird darunter eine Vorschrift verstanden, die direkt oder indirekt eine Rechtsmacht zur Verfolgung von eigenen und nicht ausschließlich öffentlichen Interessen dient.[255] Ob die VO Nr. 1/2003 Unternehmen bereits im Voruntersuchungsverfahren subjektive Rechte verleiht, ist jedoch schwer zu bestimmen, wenn dies wie hier nicht explizit angeordnet ist.[256] Art. 27 VO 1/2003, der einige Verteidigungsrechte der Parteien enthält, enthält diesbezüglich keine Aussage. Ein Indiz kann aber der Verweis auf Art. 47 GRCh in den Erwägungsgründen sein.[257] Ein ausdrücklicher Verweis findet sich dort jedoch nicht. Betont werden aber die Bedeutung der Verteidigungsrechte (Nr. 1, 16, 32) und der Überwachungsfunktion des Gerichtshofs (Nr. 33). Nach Erwägungsgrund Nr. 37 wahrt die Verordnung Nr. 1/2003 zudem die Grundrechte der Charta und wendet sie – und damit auch die in Art. 27 Abs. 2 VO 1/2003 vorgesehenen Verteidigungsrechte – in Übereinstimmung mit diesen Rechten an. Nach Erwägungsgrund Nr. 10 der Durchführungsverordnung Nr. 773/2004 gewährt die Kommission zur Wahrung der Verteidigungsrechte auch rechtliches Gehör vor belastenden Entscheidungen. Der EuGH stellt insoweit klar, dass auch die in der Verordnung vorgesehenen Zwangsmaßnahmen einer unbeschränkten gerichtlichen Nachprüfung i. S. d. Art. 47 GRCh unterliegen.[258] In Hinblick auf das Vorermittlungsverfahren gilt es, sich in Erinnerung zu rufen, dass bereits Kartellermittlungsmaßnahmen einen individuellen Eingriffscharakter haben.[259] Zwar sind Ermittlungsbefugnisse keine Sanktion – der Duldungszwang und deren faktische Auswirkung haben jedoch vergleichbaren Charakter.[260] So werden Unternehmen im Rahmen förmlicher Auskunftsverlangen unmittelbar zur Preisgabe von Geschäftsunterlagen und Informationen – ggf. gegen ihren Willen – gezwungen, die grundsätzlich durch die unternehmerische Betätigungsfreiheit des Art. 16 GRCh geschützt sind.[261] Förmliche Nachprüfungsbeschlüsse stellen einen hoheitlichen Eingriff in das

---

255 *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 47 GRCh, Rn. 7; *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 8 f.; vgl. auf das „Interesse an der Anwendung des Unionsrechts" abstellend: EuGH, U. v. 23.4.2017 – Farkas – Rs. C-564/15, ECLI:EU:C:2017:302, Rn. 32, EuGH, U. v. 17.12.2009 – Martín – Rs. C-227/08, ECLI:EU:C:2009:792, Rn. 19.

256 *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 9.

257 Vgl. EuGH, U. v. 25.11.2017 – Majid Shiri – Rs. C-201/16, ECLI:EU:C:2017:805, Rn. 44; *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 9.

258 EuGH, U. v. 8.12.2011 – Chalkor – Rs. C-386/10 P, ECLI:EU:C:2011:815, Rn. 53.

259 Vgl. hierzu schon oben unter 1. Teil 1. Kap. § 2 B. II.

260 In Bezug auf Eigentums- und Berufsausübungsfreiheiten: EuGH, U. v. 30.7.1996 – Bosphorus – Rs. C-84/95, ECLI:EU:C:1996:312, Rn. 22, sowie Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs, v. 13.11.2000 – Invest – Rs. C-317/00 P(R), ECLI:EU:C:2000:621, Rn. 59.

261 *Jarass*, GRCh, Art. 16 GRCh, Rn. 10.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Grundrecht auf die Achtung des geschäftlichen Privatbereichs juristischer Personen nach Art. 7 GRCh dar, der in jeder Belastung der geschützten Tätigkeit liegt.[262] Gegen förmliche Auskunfts- und Nachprüfungsbeschlüsse steht damit nach Art. 263 Abs. 4 AEUV der Rechtsweg offen, worüber die Kommission die Unternehmen zu belehren hat.[263] Dies spricht gesamtbetrachtend dafür, dass die Verteidigungsrechte von Unternehmen bereits im Vorverfahren eine „begünstigende Wirkung und Rechtsmacht zu deren Durchsetzung" – ein subjektives Recht i. S. d. Art. 47 GRCh – vermitteln, was auch nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte zur Anwendbarkeit des Art. 47 GRCh führt.[264]

b) Behauptung subjektiver Rechtsverletzung durch Kartellermittlungen

Die Anwendbarkeit des Art. 47 GRCh erfordert zudem, dass die geltend gemachten subjektiven Recht verletzt sind. Dies ist der Fall, wenn der Grundrechtsträger in seiner Rechtsdurchsetzung nachteilig betroffen ist.[265] Als Grundrecht auf Zugang zu einem Gericht, der die Verletzung indes erst überprüfen und feststellen muss, genügt es, wenn diese in vertretbarer Weise *behauptet*, mithin nicht offensichtlich unbegründet ist.[266] Die schlüssige Behauptung einer Rechtsverletzung dürfte der „arguable claim"-Behauptung des Art. 13 EMRK nahekommen.[267] Erforderlich ist damit die Behauptung, dass

---

262 *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 13, 17, 27; einfache Auskunfts- und Nachprüfungsbeschlüsse dürften dagegen bereits deswegen aus dem Anwendungsbereich des Art. 47 GRCh herausfallen, weil ein Eingriff ausscheidet, wenn der Grundrechtsinhaber in den Eingriff einwilligt, a. a. O., Rn. 27. Hierfür spricht auch die geringere „Eingriffsintensität". Mit dem Verweis auf die Nähe zu Art. 13 EMRK, der teleologisch einen umfassenden Rechtsschutz zu gewähren sucht, lässt sich jedoch auch die gegenteilige Auffassung vertreten, auf die es hier jedoch im Einzelnen nicht ankommen soll, vgl. daher hierzu: *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 47 GRCh, Rn. 3; *Seitz*, EuZW 2014, S. 774, S. 774 ff.

263 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 79; *Barthelmeß/Rudolf*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Rn. 16.

264 Vgl. EuGH, U. v. 10.03.2016 – HeidelbergCement – Rs. C-247/14 P, ECLI:EU:C:2016:149, Rn. 10 ff.; EuG, U. v. 14.03.2014 – Schwenk Zement – Rs. T-306/11, ECLI:EU:T:2014:123, Rn. 18 ff., das sich inhaltlich mit dem Auskunftsbeschluss nach Art. 18 Abs. 3 VO auseinandersetzt; vgl. auch EuGH, U. v. 8.12.2011 – Chalkor – Rs. C-386/10 P, ECLI:EU:C:2011:815, Rn. 53.

265 *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 47 GRCh, Rn. 7.

266 *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 47 GRCh, Rn. 3; *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 13; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 47 GRCh, Rn. 7; Schlussanträge GAin Trstenjak v. 22.9.2011 – N.S. – Rs. C-411/10, ECLI:EU:C:2011:611, Rn. 159.

267 Vgl. schon der Bezug auf Art. 13 EMRK in den Erläuterungen zu Artikel 47 Grundrechtecharta, Abl. C-303/29; *Frowein*, in Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 2; *Alber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 33; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 48 GRCh, Rn. 7.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

durch eine Maßnahme im Vorermittlungsverfahren der gerichtliche Rechtsschutz verunmöglicht oder wesentlich erschwert ist. Unter diesen Voraussetzungen ist der Anwendungsbereich des Art. 47 GRCh im Kartellvorermittlungsverfahren eröffnet.

c) Anwendungsvoraussetzungen der Abs. 2 und 3

Ob die Art. 47 Abs. 1 und Abs. 2 GRCh mit ihren verschiedenen Ausgestaltungen ein einheitliches Grundrecht bilden,[268] ist umstritten, vermag hier jedoch dahinzustehen. Beide Absätze beziehen sich aufeinander und enthalten keine über das Erfordernis der „Behauptung einer Verletzung eines subjektiven Rechts" hinausgehende Anwendungsvoraussetzung.[269] Auch hier ist das Verwaltungsverfahren nur insoweit betroffen, als das spätere gerichtliche Verfahren dadurch unzulässig beeinträchtigt wird. Belastende Entscheidungen, wie förmliche Auskunftsverlangen oder Nachprüfungen, müssen daher ausreichend begründet werden. Artikel 47 Abs. 2 entspricht dabei inhaltlich dem Art. 6 Abs. 1 EMRK[270], geht jedoch noch über dessen Anwendungsbereich hinaus, da er für alle gerichtlichen Verfahren im Zusammenhang mit der Verletzung von Rechten aus dem Unionsrecht gilt.[271] Der EuGH stellt teilweise ausschließlich auf Art. 47 Abs. 2 GRCh ab,[272] da die EMRK:

> „solange die Union ihr nicht beigetreten ist, kein Rechtsinstrument dar [stellt], das formell in die Unionsrechtsordnung übernommen worden ist."[273]

Artikel 47 Abs. 3 GRCh basiert auf der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK[274] und statuiert ein Recht auf Prozesskostenhilfe in einem gerichtlichen Verfahren i. S. d. Art. 47 Abs. 1 GRCh. Soweit die Kosten

---

268 So *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 2; kritisch: *Eser/Kubiciel*, in: Charta der Grundrechte, Art. 47 GRCh, Rn. 1.

269 *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 6 u. 60 f.

270 EuGH, U. v. 22.12.2010 – DEB – Rs. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, Rn. 32; EuGH, U. v. 28.02.2013 – Arango Jaramillo u. a., – Rs. C-334/12 RX-II, ECLI:EU:C:2013:134, Rn. 42; EuGH, U. v. 11.07.2013 – Ziegler – Rs. C-439/11 P, ECLI:EU:C:2013:513, Rn. 126.

271 *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 47 GRCh, Rn. 9; *Nehl*, in: FK, Band 1, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 11, 60.

272 EuGH, U. v. 8.12.2011 – Chalkor – Rs. C-386/10 P, ECLI:EU:C:2011:815, Rn. 51; EuGH, U. v. 11.07.2013 – Ziegler – Rs. C-439/11 P, ECLI:EU:C:2013:513, Rn. 154.

273 EuGH, U. v. 18.7.2013 – Schindler – Rs. C- 501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, Rn. 32, m. w. N.

274 Erläuterungen zu Art. 47 Abs. 3 Grundrechtecharta, Abl. C-303/30; der Wortlaut der EMRK sieht formal keine PKH vor. Inhaltlich ergeben sich jedoch keine Unterschiede, vgl. *Alber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

für eine sachgemäße Rechtsverfolgung hiernach notwendig sind, ist auch Absatz 3 im Vorverfahren anwendbar.[275]

d) Fazit

Artikel 47 GRCh ist mit seinen Absätzen bereits im kartellrechtlichen Vorermittlungsverfahren anwendbar, soweit Unternehmen schlüssig behaupten, dass durch die Rechtsverletzung im Verwaltungsverfahren die Geltendmachung der subjektiven Rechte im gerichtlichen Verfahren praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert würde. Die Feststellung eines ungerechtfertigten Eingriffes im Einzelfall ist hingegen Sache des erkennenden Gerichts.

III. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 48 GRCh im europäischen Kartellermittlungsverfahren

Art. 48 GRCh enthält die Unschuldsvermutung (Abs. 1) sowie die Achtungspflicht der Verteidigungsrechte (Abs. 2). In persönlicher Hinsicht sind juristische Personen Grundrechtsträger des Art. 48 GRCh, wenn gegen sie ein strafrechts- oder strafrechtsähnliches Verfahren[276], etwa ein Bußgeldverfahren nach der VO 1/2003, angestrengt wird.[277] Sachlich setzen beide Absätze dem Wortlaut nach deren Stellung eines *Angeklagten* voraus, mithin ein Verfahren, das auf eine Strafe als repressive Sanktion abzielt.[278] Obschon das Unionsrecht keinen eigenständigen Strafrechts- oder Anklagebegriff kennt, erkennt der EuGH die grundsätzliche Anwendbarkeit der Unschuldsvermutung im Kartellverfahren – wieder ohne Begründung – an.[279] Nach den Erläuterungen der Charta entspricht Art. 48 GRCh jedoch Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 EMRK.[280] Auch in Hinblick auf Art. 52 Abs. 3 GRCh kommt Art. 48 GRCh – wenn auch ohne ausdrücklichen Verweis auf die Engel-Kriterien – in allen strafrechtlichen Verfahren i. S. d. Art. 6 EMRK zur Anwendung.[281] Parallel zu Art. 6 (Abs. 2) EMRK ist der Schutzbereich nicht erst ab der formellen Anklage,

---

275 Vgl. *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 62.

276 EuG, U. v. 10.11.2017 – Icap – Rs. T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, Rn. 116.

277 *Jarass*, GRCh, Art. 48 GRCh, Rn. 12, m. w. N.

278 *Jarass*, GRCh, Art. 48 GRCh, Rn. 8.

279 EuG, U. v. 10.11.2017 – Icap – Rs. T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, Rn. 116 f., unter Verweis auf EuGH, U. v. 22.11.2012 – E.ON – Rs. C-89/11, ECLI:EU:C:2012:738, Rn. 73, sowie der dort aufgeführten Rechtsprechung; EuGH, U. v. 8.7.1999 – Montecatini – Rs. C-235/92 P, ECLI:EU:C:1999:362, Rn. 176.

280 Erläuterungen zu Artikel 48 Grundrechtecharta, Abl. C-303/30.

281 So auch *Alber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 48 GRCh, Rn. 7; *Frowein/Peukert*, Art. 6 EMRK, Rn. 263.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sondern bereits dann eröffnet, wenn entsprechende offizielle Ermittlungen eingeleitet werden und damit eine materielle Beschuldigung vorliegt. Die Voraussetzungen der *strafrechtlichen Anklage* des Art. 6 EMRK wurden für das europäische Kartellermittlungsverfahren bereits nachgewiesen.[282]

Art. 48 Abs. 1 und Abs. 2 GRCh sind im europäischen Kartellermittlungsverfahren anwendbar, sobald die Europäische Kommission einen förmlichen Auskunfts- oder Nachprüfungsbeschluss erlässt.

IV. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 49 GRCh im europäischen Kartellermittlungsverfahren

Art. 49 GRCh enthält – in Anlehnung an Art. 7 EMRK[283] – mit dem Gesetzlichkeits-, Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgebot sowie dem Rückwirkungs- und Analogieverbot wichtige rechtsstaatliche Strafrechtsgrundsätze. Nach dem „nullum crimen, nulla poena sine lege"-Grundsatz muss eine strafbare Handlung gesetzlich klar und bestimmt normiert sein, bevor eine Verurteilung für diese Handlung erfolgen kann. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz müssen Strafdrohung und Strafmaß dem verfolgten Strafzweck entsprechen und dürfen nicht unangemessen im Verhältnis zur Schwere des Verstoßes sein.[284] Grundrechtsträger können auch juristische Personen sein, soweit gegen sie ein „strafrechtliches Verfahren" geführt wird.[285] Bezugspunkt des Art. 49 GRCh ist allerdings nicht das Verfahren, sondern die materielle Sanktionsnorm, die gesetzmäßig, verhältnismäßig und bestimmt sein muss und nicht mehrfach verhängt werden darf. Die Sanktionsnormen im europäischen Kartellrecht sind Art. 101 und Art. 102 AEUV sowie Art. 23 VO 1/2003. Für das Kartell(vor)ermittlungsverfahren hat Art. 49 GRCh damit keine Relevanz und bleibt daher außer Betracht.

V. Zwischenergebnis

Art. 41, 47 und 48 GRCh sind im Rahmen förmlicher Auskunfts- und Nachprüfungsbeschlüsse im europäischen Kartellvorermittlungsverfahren dem Grunde nach anwendbar. Der ursprüngliche Versuch des Gerichtshofs, bestimmte Rechte der Verteidigung – etwa das Recht auf die Hinzuziehung eines juristischen Beistands – erst im streitigen Verfahren zu gewährleisten,

---

282 Vgl. den vorherigen Abschnitt unter A.

283 *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 49 GRCh, Rn. 2.

284 *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 49 GRCh, Rn. 7; *Eser/Kubiciel*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 49 GRCh, Rn. 5.

285 *Jarass*, GRCh, Art. 49 GRCh, Rn. 9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ist damit hinfällig.[286] Bereits im Kartellermittlungsverfahren müssen strafrechtliche Verfahrensrechte und -grundsätze, wie *nullum crimen sine lege* und *nulla poena sine lege*, das Bestimmtheits- und Schuldgebot sowie weitere Verteidigungsrechte legitimatorisch Anwendung finden.[287]

C. Ergebnis

Die dogmatische Überprüfung der persönlichen und sachlichen Anwendungsvoraussetzungen strafrechtlicher Verfahrensgrundsätze und -rechte der EMRK und der Grundrechtecharta hat deren Anwendbarkeit dem Grunde nach auch im verwaltungskartellrechtlichen Vorermittlungsverfahren nachgewiesen. Die Kriterien, die nach der Rechtsprechung und im Schrifttum zu diesem Ergebnis führen, sind jedoch wenig konkret. Insofern hat die Untersuchung die ohne dogmatische Begründung behauptete „strafrechtliche" Rechtsnatur aber jedenfalls auf ein dogmatisch tragfähigeres Fundament gestellt. Ausgeschlossen ist damit die eine „rein verwaltungsrechtliche" Rechtsnatur des Kartellermittlungsverfahrens. Die *vollständige* Vorenthaltung strafrechtlicher Grundsätze – wie bei den *sanctions administratives* vorgesehen – ist im Kartellermittlungsverfahren daher erwiesen unzulässig.

§ 3 Gesamtergebnis

Das zweite Kapitel dieses Teils hat die *Anwendbarkeit* strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren und damit die strafrechtliche Rechtsnatur der Kartellbuße dogmatisch nachgewiesen.

Die „strafrechtliche" Rechtsnatur trägt jedoch kaum zur Präzisierung des noch unklaren *Anwendungsumfangs* strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren bei. Schließlich werden europäische Strafsanktionen in Anlehnung an das *Jussila*-Urteil des EGMR graduell anhand ihrer Rechtsnatur in das Strafrecht im *engeren* Sinne (Kernkriminalstrafrecht) und im *weiteren* Sinne (Verwaltungssanktionsrecht) unterteilt. Akzessorisch zur Einordnung der Rechtsnatur finden strafrechtliche Verfahrensgarantien und -rechte des Art. 6 EMRK und der Grundrechtecharta im Rahmen des weiten Bereichs – im Unterschied zum engeren Bereich – nicht notwendigerweise in voller Strenge Anwendung.[288] Im dritten Kapitel muss sich die Untersuchung

---

286 Vgl. so noch EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 16.

287 Vgl. zu einer Übersicht: *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Bacher/Hempel/Wagner-von Papp BeckOK Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 12.

288 EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43; Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.02.2011, Rs. C-272/09 P – KME – ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 67.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

damit der Kontrolle der legitimationsbedürftigen Reduktion des *Anwendungsumfangs* strafrechtlicher Verfahrensrechte annehmen.

3. Kapitel

Der reduzierte Anwendungs*umfang* strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren – aufgrund der Rechtsnatur

Der Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren ist umstritten. Er hängt von der umstrittenen Frage ab, ob die Rechtsnatur der Kartellbuße zum Strafrecht im *weiten* oder *engen* Sinne zählt oder ihr eine Rechtsnatur *sui generis* zukommt. Eine autonom unionsrechtliche Untersuchung der Rechtsnatur gerät jedoch gleich zu Beginn ins Stocken. Das Unionsrecht kennt keine Legaldefinition des „Strafrechts".[289] Der EuGH hat den Begriff bislang nicht definiert.[290] Dies überrascht, da das europäische Strafrecht – trotz dahin gehender Tendenzen[291] – keine dem nationalen Strafrecht vergleichbare abgeschlossene Rechtsordnung ist.[292] Es wird begrifflich überwiegend als Konglomerat für das Strafrecht der Europäischen Union, dem regionalen Völkerrecht des Europarats und das durch diese Vorgaben beeinflusste europäisierte nationale Strafrecht gebraucht (sog. *Europäisches Strafrecht i. w. S.*).[293] Das engere Begriffsverständnis bezieht sich auf das genuine Recht der EU und dessen Umsetzung in den Mitgliedstaaten (sog. *Europäisches Strafrecht i. e. S.* oder *Unionsstrafrecht*).[294] Auch das Unionsstrafrecht ist jedoch als Rechtsmaterie im Mehrebenensystem wechselseitigen nationalen und völkerrechtlichen Einflüssen ausgesetzt. Dies macht ein *erweitertes* Verständnis des Unionsstrafrechts erforderlich,[295] wonach die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR, soweit sie das Unionsrecht beeinflussen, zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 52 Abs. 3 und 4 GRCh). Für die Untersuchung kommt es auf die grundrechtli-

---

289 *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 1.

290 In der Entscheidung EuGH, U. v. 27.10.1992 – Deutschland/Kommission – Rs. C-240/90, ECLI:EU:C:1992:408, Rn. 25, konstatiert der Gerichtshof, ein „Leistungsausschluss stellt […] keine Strafsanktion dar", ohne hierfür eine Definition anzubieten.

291 *Hecker*, JA 2007, S. 561, S. 561, m. w. N.

292 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 58.

293 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 1, Rn. 12; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, S. 5, Rn. 5.

294 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 1, Rn. 12.

295 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 1, Rn. 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

chen Strafverfahrensgewährleistungen an und damit auf das Europäische Strafrecht i. w. S.

Kaum überraschend, entstammt die Aufspaltung der Strafrechtsnatur in einen weiten und engen Bereich nicht dem Unionsrecht. Die Differenzierung wurde vom EGMR in der *Jussila*-Entscheidung für das Konventionsrecht etabliert und vom EuGH für das europäische (Kartell-)Sanktionsrecht übernommen. Zum besseren Verständnis der Fragmentierung des Strafrechts muss die Rechtsprechung des EGMR zunächst dargestellt werden (§ 1). Sodann sollen die Ansichten zur Rechtsnatur unter Berücksichtigung der divergierenden Rechtsfolgen aufgezeigt (§ 2) und deren Legitimation anhand objektiver Kriterien dogmatisch überprüft werden (§ 3).

§ 1 Die Fragmentierung der strafrechtlichen Rechtsnatur durch die Jussila-Entscheidung des EGMR

Die ursprünglich binäre Sanktionsdogmatik des Unionsrechts, die Verwaltungs- und Strafsanktionen der Rechtsnatur nach unterschied, wurde unter Bezugnahme auf *Jussila* durch eine Dreiteilung ersetzt. Das „Strafrecht" wurde in einen engen und einen weiten Teil fragmentiert.

A. Die Jussila-Entscheidung des EGMR

Mit der *Jussila v. Finland*-Entscheidung[296] legte der EGMR den Grundstein zur Fragmentierung „strafrechtlicher" Sanktionen unterschiedlichen Gewichts.

> „Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly „criminal charges" of differing weight."[297]

Im Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK unterscheidet der EGMR zwischen dem „harten Kern des Kriminalstrafrechts" (hard core of criminal law, oder Strafrecht *im engeren Sinne*) und den Bereichen, „die nicht streng zu den traditionellen Kategorien des Strafrechts" gehören (Strafrecht *im weiteren*

[296] EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43.

[297] EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43, [deutsch]: *Ungeachtet der Tatsache, dass Strafverfahren, die die strafrechtliche Schuldzuweisung und die Auferlegung einer punitiven und abschreckenden Sanktion betreffen, eine gewisse Erheblichkeit anhängen, ist selbstverständlich, dass es Strafrechtsfälle gibt, die keinen nennenswerten Grad an Stigmatisierung ausweisen. Es gibt offenkundig „strafrechtliche Anklagen" von unterschiedlichem Gewicht.*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sinne).[298] Die Differenzierung hegt den mit der Engel-Rechtsprechung etablierten weiten strafrechtlichen Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK korrigierend ein. Dadurch erlangten viele Verfahren, die früher dem Verwaltungsrecht zugeordnet wurden, eine strafrechtliche Rechtsnatur.[299] Die Fragmentierung führt dazu, dass Zoll-, Steuer- oder nationale Wettbewerbssanktionen nach dem EGMR nicht unter den „hard core of criminal law"-Bereich fallen.[300] Die Zuordnung einer Sanktion zu diesem weiten „soft core criminal law"-Bereich hat für den EGMR unmittelbare Auswirkungen auf das anzuwendende Verfahrensrecht. Strafrechtlichen Fundamentalgarantien des Art. 6 EMRK gelten dort „nicht notwendigerweise in vollem Umfang":

> „[…] consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency."[301]

Verfahren, die zu Sanktionen für Wettbewerbsverstöße führen, sind daher nicht zwangsläufig nach dem klassischen Modell eines Kriminalstrafverfahrens durchzuführen.[302] Daher sei es etwa mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, wenn eine Verwaltungsbehörde – und kein Gericht – erstinstanzlich eine im weiteren Sinne strafrechtliche Sanktion verhängt, solange diese anschließend nur gerichtlich überprüft wird.[303]

Die Unionsgerichte haben die Rechtsprechung, Fragmentierung und die Rechtsfolgen für das Verfahren – zunächst stillschweigend, später ausdrücklich – aufgegriffen und auf das Unionsrecht übertragen.[304] Auch das heute

---

298 EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43; vgl. auch EGMR, U. v. 4.5.2017 – Ltd./Armenien – Nr. 15485/09, Rn. 41; EGMR, U. v. 28.11.2017 – Özmurat İnşaat Elektrik Nakliyat Temizlik/Türkei – Nr. 48657/06, Rn. 28.

299 Schlussanträge GA Bobek v. 2.9.2021 – bpost – Rs. C-117/20, ECLI:EU:C:2021:680, Rn. 2.

300 EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43: „the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a ‚criminal charge' by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law"; EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Rs. 43509/08, Rn. 43; EGMR, U. v. 14.2.2019 – SA-Capital/Finland – Nr. 5556/10, Rn. 68; *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 3; *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 20.

301 EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43; EGMR, U. v. 28.11.2017 – Özmurat İnşaat Elektrik Nakliyat Temizlik/Türkei – Nr. 48657/06, Rn. 28; EGMR, U. v. 15.11.2016 – A u. B/Finland – Nr. 24130/11 u. 29758/11, Rn. 28.

302 EGMR, U. v. 14.2.2019 – SA-Capital/Finland – Nr. 5556/10, Rn. 72.

303 EGMR, U. v. 14.2.2019 – SA-Capital/Finland – Nr. 5556/10, Rn. 72.

304 Vgl. EuG, U. v. 8.7.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 113, das, ohne auf die Engel-Kriterien einzugehen, zu dem Ergebnis kommt, dass Verfahrensrechte „nicht unbedingt dieselbe Tragweite haben müssen wie im […] Strafrecht im strikten Sinne […]"; Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.02.2011 – KME Germany u. a. – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 67, geht zwar auf das Urteil ein, nimmt allerdings keine Einordnung des EU-Kartellrechts vor; *Satzger*, Europäisie-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

weit verstandene Unionsstrafrecht umfasst demnach zum einen das Kriminalstrafrecht (*Strafrecht i. e. S.*). Böse versteht hierunter abstrakt die Normen, die eine Verletzung der grundlegenden Verhaltensnormen der Rechtsgemeinschaft und auf der Rechtsfolgenseite ein besonders empfindliches Übel voraussetzen.[305] Typologisch fallen hierunter *Strafen im engeren Sinne*, mithin Kriminalstrafen wie (Köper-), Freiheits- und Geldstrafen.[306] Zum anderen umfasst das Unionsstrafrecht auch „andere repressive Sanktionen" für Verstöße gegen das Unionsrecht (*Strafrecht i. w. S.*).

B. Legitimatorische Kritik der Fragmentierung

Gegen die Existenz und Legitimität solcher „quasi-strafrechtlichen Sanktionen" und deren graduelle verfahrensrechtliche Abstufung im Vergleich zu echten Kriminalstrafen wird teilweise erhebliche Kritik vorgebracht.[307] Bereits in der *Jussila*-Entscheidung gaben die Richter Loucaides, Zupančič und Spielmann in ihrem Teil-Minderheitenvotum zu bedenken:

> „I find it difficult, in the context of a fair trial, to distinguish, as the majority do in this case, between criminal offences belonging to the ‚hard core of criminal law' and others which fall outside that category. Where does one draw the line?"[308]

Die Existenz einer solchen Fragmentierung anzuerkennen, ebne den Weg für Missbrauch und Willkür. Alle „strafrechtlichen Anklagen" seien zudem für die individuell Betroffenen von Belang, und begründeten daher, unabhängig von ihrer konkreten Rechtsnatur oder ihrem ethischen Unwerturteil, die strikte Anwendbarkeit aller strafrechtlichen Verfahrensrechte des Art. 6 EMRK.[309] Dagegen ließe sich anführen, dass die Komplexität der Unterscheidung des Strafrechts im engeren und weiteren Sinne ein faktisches Problem sein mag,

---

rung des Strafrechts, S. 63, m. w. N.; erst 2012 bezog sich der EuGH erstmals auf die Kriterien: EuGH, U. v. 5.6.2012 – Bonda – Rs. C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319, Rn. 37; später auf Bonda Bezug nehmend: EuGH, U. v. 26.2.2013 – Åkerberg Fransson – Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 35.

305 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 1, Rn. 13; *Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 58 ff.

306 *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 9.

307 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 92. Dies gilt auch für das deutsche Recht bei der Unterscheidung sog. Mischtatbestände im Grenzbereich zwischen Ordnungswidrigkeit und Kriminalstrafe, vgl. schon *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 460.

308 Teil-Minderheitenvotum Richter Loucaides, Zupančič und Spielmann zum Urteil: EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, [deutsch]: *Es fällt mir schwer, im Kontext des fairen Verfahrens, zwischen Straftaten, die zum „harten Kern des Strafrechts" gehören, und anderen, die nicht in diese Kategorie fallen, zu unterscheiden, wie es die Mehrheit im vorliegenden Fall tut. Wo zieht man die Grenze?*.

309 Teil-Minderheitenvotum Richter Loucaides, Zupančič und Spielmann zum Urteil: EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von dem aber nicht zwingend abgeleitet werden kann, dass die Fragmentierung in der EMRK generell unzulässig ist.

Die Zulässigkeit der Fragmentierung des Strafrechts wird aber auch in Hinblick auf das Unionsrecht infrage gestellt, die mit der Übernahme der Jussila-Rechtsprechung auch dort Einzug gehalten hat. Niggli und Riedo vermuten für das Unionsrecht, dass nicht dogmatische Erwägungen, sondern die fehlende unionsrechtliche Strafsetzungskompetenz im Bereich des Kartellrechts sowie der politische Wille, Unternehmen strafrechtliche Abwehrrechte im Wettbewerbsverfahren vorzuenthalten, Grund für die willkürliche Unterscheidung sei.[310] Auch Jescheck mahnt das Willkürverbot an. Für ihn sind:

> „[h]öhere Geldbußen […] ihrer Natur nach in jedem Falle kriminelle Strafe, und es verbietet sich, sie einfach in nicht-kriminelle Sanktionen umzuetikettieren."[311]

Folgte man dieser Ansicht, wäre die Fragmentierung der Rechtsnatur strafrechtlicher Sanktionen grundsätzlich unzulässig. Die Einstufung der Kartellbuße als „Strafsanktion im weiteren Sinne" der überwiegenden Ansicht der Rechtsprechung und Literatur bildete dann bereits im Ausgangspunkt keine taugliche Legitimationsgrundlage, um strafrechtliche Verfahrensrechte aufgrund der Rechtsnatur nicht vollumfänglich zur Anwendung zu bringen. Möglich bliebe lediglich eine Reduktion aufgrund der Unternehmereigenschaft.

C. Stellungnahme

Die mit der *Jussila*-Rechtsprechung vorgenommene Fragmentierung des Strafrechts in einen engeren und weiteren Bereich erscheint in ihrer konkreten Umsetzung bedenklich. Zum einen hat der EGMR – anders als noch im *Engel*-Urteil – keine Vorgaben i. S. v. „Jussila-Kriterien" entwickelt, um die Strafrechtsbereiche voneinander zu unterscheiden. Dadurch wird insgesamt die eigentlich verbindliche „strafrechtliche" Rechtsnatur ihrer Funktion beraubt, von der aus ein Rückschluss auf die Kompetenz des Gesetzgebers oder das anzuwendende Verfahrensrecht nicht mehr ohne Weiteres möglich ist. Mit Schwarze verbliebe dann die Möglichkeit, auf diesen Rückschluss auch für die Geltung strafrechtlicher Fundamentalgarantien zu verzichten.[312] Dies führte freilich zu der Konsequenz, dass sowohl die Kompetenz der EU, die Rechtsnatur der Kartellbuße als auch das deren Verhängung zugrunde liegende Verfahren ergebnisorientiert und willkürlich allein von den politisch opportunen „Folgen dieser Einordnung" abhingen.[313] Die dogmatische Zuord-

---

310 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 92.

311 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 462.

312 *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 263.

313 *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 262.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nung der Rechtsnatur würde dadurch obsolet, was in kompetenzrechtlicher Hinsicht unzulässig, in verfahrensrechtlicher Hinsicht der Grund für die rechtsstaatliche Kritik am Kartellverfahren sein dürfte.

Zum anderen bleibt, selbst wenn man die Rechtsnatur der Kartellbuße als *im weiteren Sinne* strafrechtlich einordnet, unklar, ob und wie strafprozessuale Verfahrensrechte überhaupt „nicht notwendigerweise in voller Strenge" angewendet werden sollen oder können. Es ist nach der Rechtsprechung des EGMR zudem unklar, welche fundamentalen strafrechtlichen Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK von der Reduktion betroffen sind.[314] Zur Klarheit des konkreten Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte trägt dies wenig bei.

Aus diesem Grund erscheint auch die Übernahme dieser Rechtsprechung in das Unionsrecht bedenklich. Indem der EGMR selbst keine Kriterien vorgibt, überlässt er die dogmatische Differenzierung der Strafrechtsbereiche den nationalen Vertragsparteien. Das Unionsrecht kennt dagegen keine solchen Kriterien. Die Unionsgerichte nehmen eine – gar von der Rechtsnatur der Kartellbuße dogmatisch abgeleitete – autonom unionsrechtliche Begründung der Rechtsnatureinordnung selbst dann nicht vor, wenn dies ob der Frage des Umfangs der Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte eigentlich erforderlich wäre.[315] Ohne dogmatischen Unterbau ist das Ergebnis für Unternehmen legitimatorisch nicht überprüfbar und die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 6 EMRK und Art. 47 und 48 GRCh jedenfalls zusätzlich erschwert. Dies trägt wiederum nicht dazu bei, den kritischen Stimmen, die dem europäischen Kartellverfahren ein Legitimationsdefizit vorwerfen, Schweigen zu gebieten.

Auch wenn die Aufspaltung der strafrechtlichen Rechtsnatur in ihrer Umsetzung daher kritikwürdig erscheint, soll deren grundsätzliche Zulässigkeit hier nicht weiter infrage gestellt werden. Dies liegt nicht daran, dass die Differenzierung gängige Praxis des EGMR und EuGHs ist, aus den Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinlänglich bekannt ist und für „nachvollziehbar und unvermeidbar"[316] gehalten wird.[317] Schließlich ist der Rechtszustand *de lege lata* kein dogmatisches Argument für dessen Richtigkeit und soll im Rahmen einer Legitimationskontrolle gerade nicht nur hingenommen werden.

---

314 *Weyembergh/Joncheray*, New Journal of European Criminal Law 7, 2016, S. 190, S. 207.

315 Vgl. statt vieler die Ausführungen von Schlussanträge GA Bot v. 26.10.2010 – ThyssenKrupp – Rs. C-352/09 P, ECLI:EU:C:2010:635, Rn. 49; EuGH, U. v. 29.03. 2011 – ThyssenKrupp – Rs. C-352/09 P, Rn. 80 ff.

316 Sondervotum Richter Koskelo, EGMR, U. v. 14.2.2019 – SA-Capital/Finland – Nr. 5556/10, Rn. 3: „the ensuing need for a differented approach is indeed both inevitable and reasonable".

317 Vgl. bereits *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 7.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der gegenwärtig bestehende Rechtszustand ist aber Gegenstand und inhaltliche Grenze der hier vorzunehmenden Legitimationskontrolle. Sie soll nicht die Zulässigkeit der Differenzierung überprüfen, sondern die Begründung, mit der die Zuordnung zum Strafrecht vorgenommen wird. Auf diese Begründung richtet sich bei genauer Betrachtung auch die oben dargestellte Kritik, die keine Argumente dafür vorbringt, weshalb bereits die Existenz der Unterscheidung unzulässig sein soll. Derartige Kriterien zu entwickeln und anzuwenden, ist daher nicht Gegenstand der Untersuchung.

Zur Legitimitätskontrolle der Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte muss viel eher untersucht werden, in welchen Bereich des Strafrechts die Ansichten die Rechtsnatur der Kartellsanktion und des -verfahrens einordnen und welche Argumente hierfür vorgebracht werden. Die Einordnung der Rechtsnatur der Kartellbuße als Strafsanktion im weiteren Sinne ist hier daher nicht von vornherein ausgeschlossen.

§ 2 Die umstrittene strafrechtliche Rechtsnatur der Kartellbuße und des Kartellverfahrens

Nach ganz überwiegender Ansicht im Schrifttum und der – indirekten[318] – Rechtsprechung der Unionsgerichte hat die Kartellbuße eine im *weiteren* Sinne strafrechtliche Rechtsnatur (A.). Strafrechtliche Verfahrensrechte müssen im Kartellermittlungsverfahren danach nicht vollständig wie in nationalen Kriminalstrafverfahren gewährt werden. Teilweise wird aufgrund der faktischen Pönalisierung der Kartellsanktion auch eine kriminalstrafrechtliche Rechtsnatur im *engeren* Sinne behauptet (B.). Hiervon wird abgeleitet, dass strafrechtliche Verfahrensrechte – *de lege ferenda* – vollständig Anwendung finden müssten. Teilweise wird die Kartellbuße rechtspragmatisch als Strafsanktion *sui generis* verstanden und die präzise dogmatische Bestimmung der Rechtsnatur für obsolet gehalten (C.). Dies macht es erforderlich, sich eingehender mit den verfahrens- und kompetenzrechtlichen Rechtsfolgen der Rechtsnaturzuordnung zu befassen (D.).

[318] Der EuGH hat die Rechtsnatur, wie bereits ausgeführt, bislang nicht positiv bestätigt. Das EuG hat aber den „Strafcharakter" der Geldbuße ausdrücklich abgelehnt, EuG, U. v. 6.10.1994 – Tetra Pak – Rs. T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, Rn. 230 u. 235. Der EuGH geht aber jedenfalls von der nur reduzierten Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte aus.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

A. Die Ansicht der Unionsgerichte und Literatur – die Kartellbuße als Strafrecht im *weiteren* Sinne

Der EuGH hat sich bislang nicht ausdrücklich zur Rechtsnatur von Kartellbußen geäußert.[319] Das EuG konstatierte jedoch bereits 1994:

„[…] daß dem […] Vorbringen der Klägerin, daß die Geldbuße Strafcharakter habe […], nicht gefolgt werden kann."[320]

Die Rechtsprechungspraxis impliziert allerdings, dass Kartellbußen Verwaltungsunrecht ahnden sollen.[321] Auch deshalb ordnet die ganz überwiegende Auffassung des Schrifttums[322] die Rechtsnatur der Kartellbuße dem Strafrecht *im weiteren Sinne* zu. Die Generalanwälte teilen diese Auffassung und sprechen zum Teil von einem „dem Strafrecht verwandten Bereich".[323] GAin Sharpston fügt an, dass die Kartellbuße anhand der Engel-Kriterien zwar ohne Weiteres unter dem Begriff des „Strafrechtlichen" i. S. d. Art. 6 Abs. 1 EMRK fällt, das Wettbewerbsrecht und die Kartellbuße jedoch nicht zu dessen *hard-core*-Kernbereich gehörten.[324] Als andere repressive Sanktion

---

319 Zu diesem Ergebnis kommt auch GA Wathelet Schlussanträge v. 12.4.2018 – Infineon Technologies – Rs. C-99/17 P, ECLI:EU:C:2018:328, Rn. 35.

320 EuG, U. v. 6.10.1994 – Tetra Pak – Rs. T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, Rn. 235.

321 EuGH, U. v. 18.9.2003 – Volkswagen – Rs. C-338/00 P, ECLI:EU:C:2003:473, Rn. 96; EuG, U. v. 15.3.2000 – Cimenteries u. a. – Rs. T-25/95 u. a., ECLI:EU:T:2000:77, Rn. 717 f.; EuG, U. v. 8.7.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 113; EuG, U. v. 3.3.2011 – Areva – Rs. T-117/07 u. a., ECLI:EU:T:2011:69, Rn. 132; vgl. auch Schlussantrag GAin Sharpston v. 10.02.2011 – KME Germany u. a. – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 67; Schlussanträge GAin Kokott v. 3.07.2007 – ETI – Rs. C-280/06, ECLI:EU:C:2007:404, Rn. 71 „dem Strafrecht zumindest verwandten Bereich"; *dieselbe* v. 8.9.2011 – Toshiba – Rs. C-17/10, ECLI:EU:C:2011:552, Rn. 48; *dieselbe* v. 14.4.2011 – Solvay – ECLI:EU:C:2011:257, Rn. 99; *dieselbe* v. 28.2.2013 – Schenker – Rs. C-681/11, ECLI:EU:C:2013:126, Rn. 40.

322 *F. Meyer*, in FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 7.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328; *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 50; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 195; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90; *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 166; *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Allg. Vorb., Rn. 34; *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 6, m. w. N.; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21 ff.; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 72 f.; vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 162; kritisch: *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 79.

323 Schlussanträge GAin Kokott v. 3.7.2007 – ETI – Rs. C-280/06, ECLI:EU:C:2007:404, Rn. 71; eine konsistente Linie haben die Generalanwälte jedoch nicht entwickelt, vgl. weiterführend: *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 330.

324 Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.02.2011 – KME Germany u. a. – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 64 und 67; sowie später Schlussanträge

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„nicht [kriminal-]strafrechtlicher Art“[325] sei die Kartellbuße mit dem deutschen, italienischen oder portugiesischen Ordnungswidrigkeitenrecht vergleichbar.[326] GA Roemer traf bereits im Jahr 1968 eine entsprechende Zuordnung, räumt jedoch ein, dass die nationale Determinierung der Rechtsnatur keine unionale Geltung beanspruchen könne, zumal nicht alle Mitgliedstaaten Sanktionsverfahren unterschiedlicher Schwere differenzieren.[327] Angemahnt wird daher auch die Notwendigkeit einer autonomen, genuin unionsrechtlichen Determinierung der Sanktionsart.[328]

Für eine solche dogmatische Begründung wird angeführt, dass der repressiv-punitive Strafcharakter sowie die Schwere der Kartellbuße eine rein verwaltungsrechtliche Zuordnung der Rechtsnatur nach ausschlössen.[329] Einer kriminalstrafrechtlichen Einordnung nach oben hin stünde entgegen, dass der Kartellgeldbuße kein sozial-ethischer Tadel immanent sei.[330] Gegen eine kriminalstrafrechtliche Rechtsnatur wird, neben dem regulatorischen Gehalt des Kartellrechts,[331] auch eingewandt, dass Bußgeldentscheidungen dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 nach „keinen strafrechtlichen Charakter“ haben.[332] Die Zweckbestimmung, Verwaltungsunrecht zu ahnden, weise auf eine im weiteren Sinne strafrechtliche Rechtsnatur hin.[333] Rechtshistorisch

---

GAin Sharpston v. 18.4.2013 – Schindler – Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:248, Rn. 25; vgl. auch Schlussanträge GA Bot v. 26.10.2010 – ThyssenKrupp – Rs. C-352/09 P, ECLI:EU:C:2010:635, Rn. 49.

325 EuG, U. v. 15.3.2000 – Cimenteries u. a. – Rs. T-25/95 u. a., ECLI:EU:T:2000:77, Rn. 717.

326 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 21; *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 166; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 15; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 334, m. w. N.; Schlussanträge GA Mayras v. 16 u. 17.6.1975 – Suiker unie – verb. Rs. 40 bis 48 u. a., ECLI:EU:C:1975:78, S. 2141.

327 Schlussantrag GA Roemer v. 19.12.1968 – Walt Wilhelm – Slg. 1969, 00001, ECLI:EU:C:1968:55, S. 24 f.; *Dannecker/Schröder*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 8, Rn. 253; vgl. hierzu auch *Scholz/Haus*, EuZW 2002, S. 682, S. 682 f.

328 Vgl. in diesem Sinne *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 90 f.

329 Vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 162; *Tiedemann*, NJW 1993, S. 23, S. 27 f.

330 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 337, m. w. N.; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 88 ff.

331 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Art. 101 AEUV, Rn. 17 f.

332 Vgl. *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21; EuG, v. 12.9.2007 – Prym u. Prym – Rs. T-30/05, ECLI:EU:T:2007:267, Rn. 153; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90; *Feddersen*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 18; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328.

333 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 331, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

habe der Verordnungsgeber mit dem Hinweis die dogmatisch irrtümlich „durchaus mögliche Einordnung als Kriminalstrafe“ ausschließen wollen, weil die strafrechtliche Materie im ausschließlichen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten verbleiben sollte.[334] Die Union verfüge daher kompetenzrechtlich bislang über keine unmittelbare Strafgewalt, da es an einer hierfür erforderlichen unmittelbaren Volkslegitimation und unabhängigen Strafrichtern fehle.[335] Insbesondere fehle der EU die Kompetenz, kriminalstrafrechtliche Sanktionen im Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts zu erlassen,[336] sodass eine diesbezügliche Einordnung zu „nicht vertretbaren“ [sic!] und verheerenden Konsequenzen führe.[337] Die Einordnung als Strafrecht im *weiteren* Sinne wird daher und auch unter Verweis auf die andernfalls nicht vertretbaren gewerbe-, finanzaufsichts- oder gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen in den Mitgliedsaaten teilweise sogar als zwingend erachtet.[338] Welche dies im Einzelfall sein sollen, lassen die Mahnenden indes offen.[339] Wils konstatiert immerhin, dass Kartellbußen jedenfalls nicht die nach nationalem Recht erforderlichen Kriterien einer Kriminalstrafe erfüllten.[340] Letztlich habe der EGMR in *Menarini v. Italien* zudem entschieden, dass es sich bei nationalen Kartellbußen der italienischen Wettbewerbsbehörde um „strafrechtliche Anklagen“ i. S. d. Art. 6 Abs. 1 EMRK handele. Diese Einordnung, die aufgrund der Ähnlichkeiten der Verfahrensstrukturen auch für das europäische Wettbewerbsverfahren gelte, führe zu deren Einordnung als strafrechtliche Sanktion *im weiteren Sinne*.[341] Zwar habe der EGMR eine ausdrückliche Zuordnung zur Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße bislang nicht vorgenommen.[342]

---

334 *Feddersen*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 18; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 22.

335 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21. Man wird „das Verfahren […] schon aufgrund der primärrechtlichen Vorgaben nicht als strafrechtliches Verfahren […] im engeren Sinne bezeichnen *können* […].“

336 *Lorenzmeier*, ZIS 2018, S. 20, S. 21.

337 *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 46; *Dannecker/Schröder*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 8, Rn. 284, m. w. N.; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21 ff.; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 72.

338 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 23.

339 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

340 *Wils*, World Competition 28, S. 117, S. 4 ff., in der SSRN online Version.

341 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328 u. 331; vgl. auch *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 23.

342 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328; eine potenziell mögliche Entscheidung des EGMR über die Ausgestaltung des Unionsrechts wurde durch Beschluss des EGMR als unzulässig zurückgewiesen, EGMR, B. v. 10.3.2004 – Senator Lines/Belgien, Dänemark, Deutschland, Finland, Frankreich,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für das europäische Kartellermittlungs*verfahren* wird diese Einordnung akzessorisch übernommen. Dass es sich um ein Verwaltungsverfahren handelt,[343] das zur Verhängung von Geldbußen mit präventiven und repressiv-punitiven Sanktionszwecken führen kann,[344] führe lediglich zur Qualifizierung als Strafverfahren im weiteren Sinne,[345] lasse die Rechtsnatur aber sonst unberührt.[346] Diese Einordnung diene schließlich nicht der Hervorhebung des Strafcharakters, sondern dazu, eine rein verwaltungsrechtliche Rechtsnatur auszuschließen und damit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Strafrechts sowie den besonderen rechtsstaatlichen Garantien des materiellen Straf- und Strafverfahrensrechts im Kartellverfahren zur Anwendung zu verhelfen.[347] Insoweit betont auch der EuGH die Notwendigkeit, die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts im europäischen Kartellverfahren zu beachten, obschon es formell wie institutionell ein reines administratives Verwaltungs-, kein Gerichtsverfahren sei.[348] In Anlehnung an die *Jussila*-Rechtsprechung des EGMR führe die im weiteren Sinne strafrechtliche Rechtsnatur hingegen dazu, dass strafrechtliche Verfahrensrechte „nicht unbedingt dieselbe Tragweite haben müssen wie im Fall ihrer Anwendung auf eine

---

Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien und das Vereinigte Königreich, Nr. 56672/00.

343 St. Rspr. EuGH, U. v. 13.07.1966 – Grundig/Consten – Rs. C-56/64, Slg. 1966, 321, ECLI:EU:C:1966:41, S. 385 f.; EuG, U. v. 15.03.2000 – Cimenteries CBR – verb. Rs. T25/95 u. a., ECLI:EU:T:2000:77, Rn. 717 f.; EuGH, U. v. 7.1.2004 – Aalborg Portland – verb. Rs. C-204/00 P u. a., ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 200; EuG, U. v. 8.7.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, Slg. 2008, II-1501, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 113; *Dannecker*, ZStW 1999 (111), Heft 1, S. 256, S. 257.

344 Vgl. EuGH, U. v. 15.7.1970 – Boehringer Mannheim – Rs. 45/69, ECLI:EU:C:1970:73, Rn. 23.

345 *Dannecker*, ZStW 1999 (111), Heft 1, S. 256, S. 257; vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 163.

346 EuGH, U. v. 15.07.1970 – Böhringer Mannheim – Rs. 45/69, SlG. 1970, 769, 802, ECLI:EU:C:1970:73, Rn. 23; *Dannecker*, ZStW 1999 (111), Heft 1, S. 256, S. 257.

347 EuGH, U. v. 15.7.1970 – Boehringer Mannheim – Rs. C-45-69, ECLI:EU:C:1970:73, Rn. 23; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 329; *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 162 ff.; *Dannecker*, ZStW 1999 (111), Heft 1, S. 256, S. 257; *Vocke*, Ermittlungsbefugnisse, S. 107.

348 Vgl. schon EuGH, U. v. 15.7.1970 – Böhringer Mannheim – Rs. C-45/69, Slg. 1970, 769, 802, Rn. 23; EuG, U. v. 3.3.2011 – Areva – Rs. T-117/07 u. a., ECLI:EU:T:2011:69, Rn. 132; st. Rspr: EuGH, U. v. 13.07.1966 – Grundig/Consten – Rs. C-56/64, Slg. 1966, 321, ECLI:EU:C:1966:41, S. 385 f.; EuG, U. v. 15.03.2000 – Cimenteries CBR – verb. Rs. T25/95 u. a., ECLI:EU:T:2000:77, Rn. 717 f.; EuGH, U. v. 7.1.2004 – Aalborg Portland – verb. Rs. C-204/00 P u. a., ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 200; EuG, U. v. 8.7.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, Slg. 2008, II-1501, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 113; *Dannecker*, ZStW 1999 (111), Heft 1, S. 256, S. 257; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 195.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Situation, die dem Strafrecht im strikten Sinne unterliegt".[349] Eine Begründung dafür, weshalb die Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte zwingend ist, erfolgt hingegen nicht.

Folgte man dieser Ansicht, wäre die Reduktion des Anwendungsbereichs strafrechtlicher Verfahrensrechte aufgrund der Rechtsnatur legitim. Der Auffassung wird in Teilen des Schrifttums widersprochen.

B. Die Ansicht des älteren Schrifttums und von Unternehmen – die Kartellbuße als Strafrecht im *engeren* Sinne

Nach einer teilweise im älteren Schrifttum vertretenen Ansicht ist die Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße dem (Kriminal-)Strafrecht im *engeren* Sinne zuzuordnen.[350] Die Auffassung stammte überwiegend von Vertretern sog. *offener* Sanktionsrechtsordnungen,[351] die im nationalen Recht nicht zwischen strafrechtlichen Sanktionskategorien im engeren und weiteren Sinne differenzieren.[352] Auch heutzutage plädieren Rechtsmittelführer vor den Unionsgerichten für diese Einordnung. Aufgrund der faktischen Pönalisierung der Kartellsanktionen geschieht dies oftmals in Bezug auf schwerste Kartellsanktionen für *hard-core*-Zuwiderhandlungen nach Art. 23 Abs. 2 lit. a

---

349 EuG, U. v. 8.7.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 113, EuGH, U. v. 7.1.2004 – Aalborg Portland u. a. – Rs. C-204/00 P u. a., ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 200; Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.02.2011 – KME Germany u. a. – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 67; Schlussanträge GAin Sharpston v. 18.4.2013 – Schindler – Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:248, Rn. 26: „nicht notwendigerweise in ihrer vollen Strenge zur Anwendung kommen".

350 *Forrester*, ELR 2011, S. 185, S. 202; vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 17, m. w. N.; vgl. *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 46 f.; vgl. *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 158; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 50 ff.; vgl. *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 332, m. w. N., insbesondere in Bezug auf die national europäische Literatur; *Schroth*, Economic offences, S. 148 ff.; 186 f.; vgl. auch *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 158; wohl *Schwinge*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 117 f.; vgl. schon *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 140, m. w. N.; dagegen *Tiedemann*, in: ZStW 1990 (102, ZStW, 1990 (102), Heft 1, S. 99: „Außenseitermeinung, die im deutschen Schrifttum kaum haltbar erscheint".

351 Unter offenen Sanktionssystemen versteht man diejenigen Rechtsordnungen, die nicht zwischen strafrechtlichen Sanktionen unterscheiden, vgl. *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 46, die auf die italienische und niederländische Literatur verweist.

352 Siehe hierzu Schlussanträge GA Roemer v. 19.12.1968 – Walt Wilhelm – Rs. C-14/68, ECLI:EU:C:1968:55, S. 24; vgl. hierzu *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 332, m. w. N.; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 67; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 50 ff.; vgl. *Fromm*, ZIS 2007, S. 279, S. 283, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

VO 1/2003.[353] Kartellbußen hätten Strafcharakter, weil sich Art. 101 AEUV an jedes Unternehmen, nicht nur an eine bestimmte Kategorie von Unternehmen richte und den Zweck hätten, abzuschrecken und zu bestrafen.[354] Für Böse sprechen die Konzepte des Versuchs der Teilnahme oder der Verjährung für eine kriminalstrafrechtliche Einordnung.[355] Für das Kartellermittlungsverfahren folge hieraus, dass:

> „[…] die in Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK […] sowie die in Art. 47 Abs. 2 und in Art. 48 Abs. 2 der Charta verankerten Verfahrensgarantien und Verteidigungsrechte […] auch in Kartellverfahren berücksichtigt werden müssten, da diese strafrechtlichen Charakter hätten."[356]

Zusätzliche Komplexität erlangt die Diskussion, wenn dogmatisch undifferenziert, von einem „strafrechtlichen" Charakter gesprochen wird, wodurch nur aus dem Kontext ersichtlich wird, ob damit eine engere oder weitere Zuordnung gemeint ist.[357] Dies verkennt, dass der EuGH die generelle Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren – wie die Untersuchung gezeigt hat, auch zu Recht – dem Grunde nach anerkennt.[358] Für deren spezifischen Anwendungs*umfang* ist hingegen wenig gewonnen. Soweit Thomas derartige Ausführungen als Beleg für eine „kriminalstrafrechtliche" Zuordnung versteht, ist ihm daher vorzuwerfen, nicht zwischen den fragmentierten Strafsanktionen im *engeren* und *weiteren* Sinne zu unterscheiden.[359]

---

[353] Zuletzt wurde dies z. B. im Oktober 2020 vorgebracht, vgl. EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastics – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C2020:857, Rn. 19; vgl. auch EuG, U. v. 27.03.2014 – Saint-Gobain u. a. – Rs. T-56/09 u. a., ECLI:EU:T:2014:160, Rn. 59, wo die „uneingeschränkte" Geltung der strafrechtlichen Verfahrensrechte verlangt wird.

[354] EuG, U. v. 27.03.2014 – Saint-Gobain u. a. – Rs. T-56/09 u. a., ECLI:EU:T:2014:160, Rn. 59.

[355] Vgl. *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 141, der aber selbst für eine im weiteren Sinne strafrechtliche Einordnung plädiert.

[356] EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastics – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C2020:857, Rn. 19.

[357] EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastic – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C:2020:857, Rn. 19; damit ist freilich nichts gewonnen, wenn der EuGH die strafrechtliche Rechtsnatur der Kartellsanktion anerkennt und daher eigentlich die kriminalstrafrechtliche Rechtsnatur genannt werden müsste; noch vor der Jussila-Rechtsprechung: Schlussanträge GA Ruiz-Jarabo Colomer v. 11.2.2003 – Rs. C-204/00 P – ECLI:EU:C:2003:85, Rn. 26: „strafrechtlicher Charakter".

[358] EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastics – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C2020:857, Rn. 24 f.

[359] *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 461, der ebenso Schlussanträge GA Bot v. 26.10.2010 – ThyssenKrupp – Rs. C-352/09 P, ECLI:EU:C:2010:635, Rn. 49, zitiert, der ebenfalls allein von einer „strafrechtlichen Anklage" i. S. d. Art. 6 EMRK ausgeht, mithin lediglich von einer Strafrechtlichkeit im weiteren Sinne. Es geht also keines-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die kriminalstrafrechtliche Einordnung beruht auf drei argumentativen Säulen: der Höhe der Kartellbußgelder, deren repressiv-punitivem Sanktionscharakter sowie dem mit deren Verhängung verbundenen Stigma.

Für die kriminalstrafrechtliche Einordnung der Kartellbuße wird zunächst die inzwischen erreichte Kartellbußhöhe vorgebracht, mithin die sog. *faktische Pönalisierung* des Wettbewerbsrechts.[360] Durch ihre inzwischen erreichten Volumina führe die Kartellbuße potenziell zu erheblichen wirtschaftlichen und finanziellen Auswirkungen für Unternehmen, Aktionäre und Arbeitnehmer, die sogar existenzbedrohenden Charakter annehmen könne[361] und zur vermeintlichen Ahndung „bloßen Verwaltungsunrechts" nicht mehr verhältnismäßig sei.[362] Die Kartellbuße sei dementsprechend zwar formell eine Verwaltungssanktion, materiell aber eine Kriminalstrafe. Immerhin betont auch das EuG, dass Geldbußen i. H. v. bis zu 10 % des Jahresumsatzes:

„[…] zu zweifellos schweren Sanktionen führen [können]."[363]

Schwarze, der Kartellbußen für *hard-core*-Zuwiderhandlungen einen „strafrechtlichen" Charakter attestiert, konstatiert, dass Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 seit Jahrzehnten unreformiert geblieben sei und daher als Ermächtigungsgrundlage zum Erlass kontinuierlich eingriffsintensiverer Geldbußen, die nicht nur graduell, sondern nach Art eines Quantensprungs über die ursprüngliche Bußgeldpraxis hinausgewachsen seien, nicht mehr zur rechtsstaatlichen Legitimation derartiger Eingriffe hinreichte.[364] Der Hinweis des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003, dass derartige Sanktionen keinen Strafcharakter hätten, werde mit zunehmender Höhe der Kartellbuße stetig ausgehöhlt[365] und sei auch generell unerheblich.[366] Dem sekundären Gesetzgeber fehle die Definitionsmacht, dem Unternehmen die aus dem mit Verfassungsrang geltenden Rechtsstaatsprinzip fließende Bindung spezifischer Garantien zu entziehen.[367] Vor diesem Hintergrund und ihrem punitiven Sanktionszweck hätten Kartell-

---

wegs darum, den „Strafrechtscharakter" generell zu verneinen, was vor dem Hintergrund der dargestellten Engel-Kriterien in der Tat „wenig überzeugend" wäre.

360 Zum Begriff und zu dieser Auffassung vgl. schon oben unter Einleitung. A. I.; vgl. zudem bereits *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 50.

361 *Forrester*, ELR 2011, S. 185, S. 202; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 268; vgl. Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.2.2011 – KME Germany u. a. – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 46.

362 Vgl. hierzu schon ausführlich oben unter Einleitung. A. I.; vgl. auch *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 70.

363 EuG, U. v. 16.12.2025 – Martinair – Rs. T-67/11, ECLI:EU:T:2015:984, Rn. 29.

364 *Schwarze*, WUW 2009, S. 6, S. 6; *ders.*, EuZW 2003, S. 261, S. 267 f.

365 *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

366 EuG, U. v. 27.03.2014 – Saint-Gobain u. a. – Rs. T-56/09 u. a., ECLI:EU:T:2014:160, Rn. 59.

367 *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 268.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bußen für horizontale *hard-core*-Wettbewerbsverstöße rechtsdogmatisch den verkappten Charakter einer Kriminalstrafe *de lege ferenda* erlangt.[368] Die Einordnung als Strafrecht im weiteren Sinne *de lege lata* entspräche dann einem Etikettenschwindel.

Daneben spreche der bereits oben festgestellte präventive und punitiv-repressive Sanktionscharakter der Kartellbuße für eine kriminalstrafrechtliche Rechtsnatur.[369] Der Verordnungsgeber bezweckt mit der Sanktion eine spürbar missbilligende Reaktion auf rechtswidriges Verhalten, die geahndet und so zukünftig verhindert werden solle.[370] Während rein präventive Zwangsgelder nach Art. 24 VO 1/2003 allein auf die Zukunft gerichtete Sanktionen darstellen, ist bereits nach dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße die *Schwere* und *Dauer* der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen, die als Abwägungskriterien auf vergangenes Verhalten abstellen.[371] Nach dem EuGH besteht der doppel-funktionale Zweck der Kartellbuße damit gleichermaßen darin, unerlaubte Handlungsweisen zu ahnden, wie darin, ihrer Wiederholung vorzubeugen.[372] Dies entspreche einem vom Vergeltungs- und Sühnegedanken getragenen repressiven Sanktionszweck, der für eine Kriminalstrafe sprechen könne.[373] Für Schroth steht damit der Bestrafungszweck der Kartellbuße im Vordergrund, wobei die Verhängung derartiger Sanktionen eine typische Aufgabe der Kriminalstrafjustiz sei.[374]

---

368 *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 461; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 332; *Forrester*, ELR 2011, S. 185, S. 202; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 268, spricht insoweit wieder nur von „strafrechtlichem Charakter"; *Möschel*, WUW 2010, S. 869, S. 869 ff.; vgl. Argumentation der Rechtsmittelführerinnen in EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastics – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C2020:857, Rn. 19; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 268; *Braun/Galle*, CCZ 2013, S. 109, S. 109; *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Rn. 23 f.; vgl. Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.02.2011 – KME Germany u. a. – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 62, jedoch bezogen auf die Strafrechtlichkeit i. S. v. Art. 6 EMRK; vgl. auch *Hassemer/Dallmeyer*, Gesetzliche Orientierung im, S. 31 ff.; *Kizil*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 158 ff.; vgl. *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 67 ff.; a. A. *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 46 f.

369 Vgl. oben unter 1. Teil 1. Kap. § 2 A. II.

370 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 69.

371 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 68; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 26.

372 EuGH, U. v. 15.7.1970 – ACF Chemiefarma – Rs. C-41-69, ECLI:EU:C:1970:71, Rn. 172/176; EuGH, U. v. 15.7.1970 – Buchler – Rs. C-44/69, ECLI:EU:C:1970/72, Rn. 49; EuGH, U. v. 15.7.1970 – Boehringer Mannheim – Rs. C-45/69, ECLI:EU:C:1970:73, Rn. 53; EuG, U. v. 28.2.2002 – Atlantic Container – Rs. T-18/97, ECLI:EU:T:2002:51, Rn. 50.

373 Vgl. *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 69, m. w. N.

374 *Schroth*, Economic offences, S. 167.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Kartellgeldbuße sei bereits aus diesem Grund als Strafe im engeren Sinne einzuordnen.[375]

Zuletzt komme der Kartellbuße auch eine Stigmatisierungswirkung zu, was – insbesondere im deutschen Rechtsraum – als Abgrenzungskriterium enger und weitere Strafsanktionen gilt.[376] Für Schwinge könne und solle die Geldbuße die Funktion eines solchen Tadels übernehmen.[377] Hierfür spreche auch, dass das europäische Kartellermittlungsverfahren erhebliche Übereinstimmungen mit nationalen strafrechtlichen Verfahren habe, in Hinblick auf die Ermittlungen, das ethisch-moralische Stigma und die „öffentliche Schande", drohende Haftstrafen für Individualpersonen, Verteidigungsrechte, wie das Recht zu schweigen oder die Unschuldsvermutung, die „starke Argumente" dafür seien, dass es sich um einen *hard-core*-Strafrechtsverfahrensbereich handele.[378] Forrester kommt daher zu dem Ergebnis:

> „[…] I would disagree with the proposition that European competition cases fall outside the „hard core of criminal law."[379]

Folgte man der Ansicht, dass es sich bei der Kartellbuße um eine Kriminalstrafe handelte, folgte daraus unmittelbar, dass die Reduktion des Anwendungsbereichs strafrechtlicher Verfahrensrechte aufgrund der Rechtsnatur nicht legitim wäre. Deren Verhängung wäre mithin nur im Rahmen eines kriminalstrafrechtlichen Kartellermittlungs*verfahrens* zulässig, indem fundamentale strafprozessuale Verfahrensrechte *vollständig* zur Anwendung kämen.[380] Denn je gravierender die Sanktion sei, desto bedeutender würden die rechtsstaatlichen Garantien, denen gerade im Bereich des eingriffsintensiven Strafrechts höchste Priorität zukommen müsse.[381]

---

375 *Schroth*, Economic offences, S. 187.

376 *Schroth*, Economic offences, S. 188, „The idea of punishment reflects the criminal character of fines and the stigma resulting therefrom."

377 *Schwinge*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 118.

378 *Forrester*, ELR 2011, S. 185, S. 202, mit ausführlichen Nachweisen.

379 *Forrester*, ELR 2011, S. 185, S. 202.

380 *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Rn. 23; vgl. *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 332; *Forrester*, ELR 2011, S. 185, S. 202 f.; vgl. *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 70 f.; *Schroth*, Economic offences, S. 187, der konsequenterweise die Differenzierung und Genese kriminalstrafrechtlicher und regulatorischer Sanktionen auf Unionsebene verlangt.

381 *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Die vermittelnde Ansicht des Schrifttums – die Kartellbuße als Sanktion *sui generis*

I. Rechtspragmatischer Lösungsansatz

Im Schrifttum wird der europäischen Kartellbuße zur Lösung kompetenz- und verfahrensrechtlicher Komplikationen teilweise eine Rechtsnatur *sui generis* zugeschrieben. Kartellbußen seien quasi-kriminelle, strafrechtsähnliche Strafsanktionen oder Quasi-Strafen.[382] Die auf Oehler zurückgehende Kategorisierung will den „strafrechtlichen" Einteilungsstreit obsolet machen und damit befrieden.[383] Zugleich soll aber der „besonderen Stellung der Kartellsanktion", die auch repressiven Sanktionszwecken diene, Rechnung getragen werden[384] Die Ansicht basiert auf der Erkenntnis, dass die Determinierung der Rechtsnatur der Geldbuße mit den bisherigen Instrumenten nicht recht fassbar sei.[385] Die Unionsgerichte und die Kommission verfolgten jedoch einen weniger dogmatischen und mehr pragmatischen Ansatz, wonach die Notwendigkeit einer präzisen dogmatischen Kategorisierung der „strafrechtlichen" Rechtsnatur der Kartellbuße – und mithin des Kartellermittlungsverfahrens – obsolet sei, solange Einigkeit über die Verfahrensregeln bestünde und diese zu den erwünschten Ergebnissen führten.[386] Für Nowak ist die Festlegung auf den strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Charakter des Art. 23 VO 1/2003 daher „heute nicht mehr zwingend erforderlich".[387] Sei die rein verwaltungsrechtliche Rechtsnatur ausgeschlossen und stünden damit die „strafrechtliche" Rechtsnatur und die Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte dem Grunde nach fest, bedürfe es keiner weiteren Unterscheidung.[388] Engelsing und Schneider schlussfolgern hieraus, dass das zur Ver-

---

382 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 24; in diesem Sinne wohl auch: *Sura*, in: Langen/Bunte Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 6, m. w. N., der vom strafrechtsähnlichem Charakter spricht; *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 50, der diese Sanktionen mit Strafsanktionen im weiteren Sinne gleichsetzt; vgl. auch *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 21.

383 *Oehler*, Internationales Strafrecht, S. 564, Rn. 938 f.; vgl. hierzu *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 27; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 333; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 76 ff.; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 48.

384 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 333; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 48.

385 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 24.

386 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 25.

387 *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 51.

388 *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 51.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hängung des kartellrechtlichen „Sanktionsinstruments sui generis“ anzuwendende Verfahren ein spezifisches sei, das durch „eine Mischung verwaltungsverfahrensrechtlicher und strafverfahrensrechtlicher Elemente und Grundsätze geprägt“ sei.[389] Auch GA Bot konstatiert:

> „Dieses Verfahren ist zwar, streng genommen, kein strafrechtliches Verfahren, gleichwohl jedoch quasi strafrechtlicher Natur. Die in Art. 23 der Verordnung Nr. 1/2003 bezeichneten Geldbußen sind ihrem Wesen und ihrer Bedeutung nach einer Strafe gleichzusetzen.“[390]

Obgleich man das Kartellermittlungsverfahren bereits aufgrund der primärrechtlichen Vorgaben nicht als strafrechtliches Verfahren im engeren Sinne bezeichnen könne, müsse es gewissen rechtsstaatlichen Anforderungen genügen, fänden spezifische in den Mitgliedstaaten verankerte strafrechtliche Verfahrensrechte aufgrund der erheblichen Wirkung strafrechtsähnlicher Sanktionen für die Unternehmen Anwendung,[391] soweit sie mit dem Unionsrecht „in seiner ganzen Struktur und Ausrichtung konform sind.“[392]

II. Stellungnahme

Die Auffassung überzeugt nicht. Niggli und Riedo weisen für die parallel im schweizerischen Kartellgesetz geführte Diskussion darauf hin, dass weder klar sei noch geklärt werden könne, was eine *strafähnliche* oder zur *Strafe analoge Sanktion* sein soll.[393] Die neue Sanktionskategorie im Unionsrecht sei der Kompensationsversuch für die fehlende strafrechtliche Sanktionskompetenz der Union, die dazu führe, dass Geldbußen keine Strafen sein *können*.[394] In argumentativer Hinsicht rechtfertigt der Umstand, dass man die Rechtsnatur der Kartellbuße mit herkömmlichen Ansätzen dogmatisch nicht genau fassen kann, für sich allein jedoch den rein ergebnisorientierten Ansatz nicht. Schwerer wiegt, dass die Ansicht zu keinem Erkenntnisgewinn führt. Weder die kompetenz- noch die verfahrensrechtlichen Implikationen sind klar umrissen. Oehler geht etwa davon aus, dass es sich bei der Geldbuße um eine spezifisch gemeinschaftsrechtliche Ausprägung einer bloßen Zwangsmaß-

---

389 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 27.

390 Schlussanträge GA Bot v. 26.10.2010 – ThyssenKrupp – Rs. C-352/09 P, ECLI:EU:C:2010:635, Rn. 49.

391 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 26.

392 *Oehler*, Internationales Strafrecht, S. 564, Rn. 940.

393 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 91.

394 Vgl. zu diesem Schluss *Heine*, der – im rechtsvergleichenden Kontext des schweizerischen Kartellgesetzes – darauf abstellt, dass die fehlende Gesetzgebungskompetenz des Gemeinschaftsrechts zu einer funktionalen Betrachtung „cum grano salis“ erfolgen und zu einer quasi-strafrechtlichen Einordnung führe, *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 113.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nahme handle, die außerhalb des Strafrechts (im engeren und weiteren Sinne) stünde und bei der „generell keinesfalls strafrechtliche Grundsätze" Anwendung fänden.[395] Ob und weshalb die Reduktion des Anwendungsbereichs strafrechtlicher Verfahrensrechte aufgrund der Rechtsnatur dem Grunde nach legitim sein soll, bzw. welche spezifischen Rechtsfolgen sich aus der „sui generis"-Rechtsnatur für den Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte ergeben sollen – auf die es im Rahmen dieser Untersuchung indes gerade ankommt –, bleibt unklar.[396] Biermann gibt jedenfalls zu Recht zu bedenken, dass die geforderte unionale Konformitätsprüfung bereits jetzt für die Übertragung nationaler Rechtsgrundsätze auf das Unionsrecht gilt und den Rechtsanwender mit von dieser Einordnung wenig konkret abzuleitenden Konsequenzen zurücklässt.[397] Nowak, Engelsing und Schneider argumentieren damit nicht bis zum Kernproblem, wenn sie sich – zugunsten eines gewünschten praxis-pragmatischen Ergebnisses – mit der Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte begnügen, und verkennen, dass es deren Anwendungs*umfang* ist, über den gerade keine „Einigkeit" besteht und der, abgesehen davon, ein kompetenzrechtliches Fiasko bewirken könnte.[398] Unabhängig davon, dass die Ansicht auf keiner dogmatischen Grundlage basiert, taugt die Ansicht jedenfalls nicht zur Beantwortung der Forschungsfrage.[399] Die vermittelnde Ansicht einer Rechtsnatur *sui generis* vermag daher nicht zu überzeugen. Sie bleibt daher für deren Fortgang außer Betracht.

Vor diesem Hintergrund ist die Notwendigkeit einer weiter präzisierenden Einordnung der „strafrechtlichen" Rechtsnatur eklatant. Die dargestellten Konsequenzen führen aber vielfach zu einer ergebnisorientierten Argumentation, die der Sache nach nachvollziehbar, inhaltlich aber tautologisch ist.

D. Zwischenergebnis

Die europäische Kartellbuße und das Verfahren zu ihrer Verhängung sind der Rechtsnatur nach „strafrechtlich", wobei umstritten ist, ob in einem *engeren* oder *weiteren* Sinne. Die Einordnung hat divergierende Rechtsfolgen, die allerdings bislang nur behauptet und daher nachfolgend näher zu beleuchten sind. Eine genauere rechtsdogmatische Differenzierung und Zuordnung könnte jedoch dahinstehen, wenn hierfür kein Bedürfnis bestünde. Engelsing

---

395 *Oehler*, Internationales Strafrecht, S. 564, Rn. 940.

396 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 333.

397 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 333; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 48 f.

398 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 25 ff.; *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 51.

399 *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 495.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und Schneider betonen, dass die „strafrechtliche“ Rechtsnatur und mithin die generelle Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte dem Grunde nach in jedem Fall feststehen.[400] Relevanter als die „mehr oder weniger gut vertretbare dogmatische Einordnung der Geldbuße“ sei aber, welche Verfahrensgrundsätze gelten.[401] In Hinblick auf den praxisorientierten Pragmatismus der Union sei ein dogmatischer Ansatz weniger von Bedeutung, als das „[…] ‚richtige‘ oder zumindest erwünschte Ergebnis unter Beachtung der statuierten Verfahrensgarantien“. Ganz ähnlich postuliert Nowak, es sei heute für die Geltung grundlegender straf- und strafverfahrensrechtlicher Garantien unionsverfassungsrechtlicher Art im Kartellermittlungsverfahren nicht mehr erforderlich, den Rechtsnaturcharakter präzise festzulegen, da der EuGH deren Geltung bereits hinreichend verdeutlicht habe.[402] Zunächst gilt es daher, die Notwendigkeit einer präzisen dogmatischen Einordnung der „strafrechtlichen Rechtsnatur“ durch die Betrachtung der Rechtsfolge zu überprüfen.

§ 3 Die Notwendigkeit einer präzisen Einordnung der strafrechtlichen Rechtsnatur

Die Notwendigkeit einer präzisen dogmatischen Einordnung der „strafrechtlichen“ Rechtsnatur der europäischen Kartellsanktion – und mithin des Kartellermittlungsverfahrens – ergibt sich aus den divergierenden Rechtsfolgen. Akzessorisch zu ihrer Funktion hat die Einordnung der Rechtsnatur primär *verfahrensrechtliche* Rechtsfolgen, weil sie den Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte bestimmt (I.). Daneben hat die Einordnung auch *kompetenzrechtliche* Rechtsfolgen (II.). Zwar haben die kompetenzrechtlichen Rechtsfolgen keine unmittelbare Auswirkung auf den Anwendungsumfang der Verfahrensrechte. Sie müssen dennoch untersucht werden, weil sie zum einen die Notwendigkeit einer klaren Rechtsnaturzuordnung unterstreichen. Zum anderen werden die kompetenzrechtlichen Rechtsfolgen immer wieder zur Begründung der Rechtsnatur herangezogen.

---

400 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 26; *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 51.

401 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 27.

402 *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 51; soweit *Nowak* dabei auf die Geltung der EMRK-Grundrechte abstellt, ist dem zum einen entgegenzuhalten, dass die GRCh nach Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh einen weiter gehenden Schutz gewähren kann, der unabgesteckt bleibt. Zum anderen (dazu sogleich) bleibt der Anwendungs*umfang* der Grundrechte unklar.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

A. Verfahrensrechtliche Rechtsfolge

Die dogmatische Einordnung der Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße zum Strafrecht im engeren oder weiteren Sinne ist auch aufgrund divergierender verfahrensrechtlicher Rechtsfolgen erforderlich.[403]

I. Bei einer Einordnung als Strafrecht im weiteren Sinne

Die Einordnung der Kartellbuße und des Verfahrens als Strafrecht im weiteren Sinne hat verfahrensrechtlich zur Folge, dass – ausgehend von der *Jussila*-Rechtsprechung des EGMR – strafrechtliche Fundamentalgarantien des Art. 6 EMRK im Kartellermittlungsverfahren „nicht notwendigerweise in vollem Umfang gelten."[404] Darauf aufbauend ist es mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, ein nationales verwaltungsrechtliches Kartellverfahren als Strafrecht im weiteren Sinne zuzuordnen, wobei die Fundamentalgarantien zu beachten, aber die Art der Anwendung divergieren kann.

> „Par ailleurs, la Cour rappelle que la nature d'une procédure administrative peut différer, sous plusieurs aspects, de la nature d'une procédure pénale au sens strict du terme. Si ces différences ne sauraient exonérer les Etats contractants de leur obligation de respecter toutes les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6, elles peuvent néanmoins influencer les modalités de leur application […]."[405]

Die Unionsgerichte wenden diese Rechtsprechung analog an und konstatieren:

> „[…] dass das Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 vor der Kommission ein reines Verwaltungsverfahren ist […] und […] deshalb die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Grundsatz der Gesetzlichkeit der Straftatbestände und Strafen (nullum crimen, nulla poena sine lege), wie er im Gemeinschaftswettbewerbsrecht Anwendung findet, […] nicht unbedingt dieselbe Tragweite haben müssen wie im Fall ihrer Anwendung auf eine Situation, die dem Strafrecht im strikten Sinne unterliegt."[406]

---

403 *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Rn. 23.

404 Vgl. oben unter § 1. I.; EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila v. Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43.

405 EGMR, U. v. 27.09.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 62, [deutsch]: *Darüber hinaus erinnert der Gerichtshof daran, dass sich die Natur eines Verwaltungsverfahrens in mehreren Aspekten von der Natur eines Strafverfahrens im engeren Sinne unterscheiden kann. Diese Unterschiede können die Vertragsstaaten zwar nicht von ihrer Verpflichtung entbinden, alle Garantien zu beachten, die der strafrechtliche Teil von Art. 6 bietet, sie können jedoch die Art und Weise ihrer Anwendung beeinflussen.*

406 EuG, U. v. 8.7.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, Slg. 2008, II-1501, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 113; vgl. auch Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.02.2011 – KME Germany u. a. – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 67; Schlussanträge

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eine rein auf strafrechtlichen Kategorien aufbauende Argumentation trage der Besonderheit und Eigenständigkeit des wettbewerbsrechtlichen Ahndungssystems im Verhältnis zum allgemeinen Strafrecht systematisch keine Rechnung.[407] Es sei daher zu untersuchen:

> „[…], ob spezifisch strafrechtliche Regeln auf dieses Ahndungssystem besonderer Prägung überhaupt Anwendung finden können und dürfen."[408]

Aus diesem Grund ist es nach ständiger Rechtsprechung des EGMR und der Unionsgerichte zulässig, wenn eine Verwaltungsbehörde erstinstanzlich eine „strafrechtliche" Sanktion erlassen, solange eine vollständige Kontrolle durch ein Gericht nachträglich stattfindet:

> „Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que dans une procédure de nature administrative, une ‚peine' soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction."[409]

Eine im weiteren Sinne strafrechtliche Rechtsnatur verschiebt die Anwendung der strafrechtlichen Fundamentalgarantien des Art. 6 EMRK damit auf das nachgelagerte gerichtliche Kontrollverfahren.[410] Dem Erfordernis einer unbeschränkten und vollumfänglichen Ermessens- und Rechtmäßigkeitskontrolle, die eine rechtliche und tatsächliche Abänderungsbefugnis vorsieht, wird das Rechtsschutzsystem der EU nach dem EuGH[411] sowie dem EGMR ge-

---

GA *Mayras* v. 29.11.1972 – Boehringer II – ECLI:EU:C:1972:107, S.1297 und S. 1303.

407 Schlussanträge GA *Mayras* v. 29.11.1972 – Boehringer II – ECLI:EU:C:1972:107, S. 1303.

408 Schlussanträge GA *Mayras* v. 29.11.1972 – Boehringer II –, ECLI:EU:C:1972:107, S. 1296.

409 EGMR, U. v. 27.09.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 59; [deutsch]: *Der Wahrung des Art. 6 EMRK steht nicht entgegen, dass in einem seiner Natur nach verwaltungsrechtlichen Verfahren eine Strafe zunächst von einer Verwaltungsbehörde verhängt wird. Die Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde, die selbst nicht die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllt, anschließend der vollen Gerichtsbarkeitskontrolle durch ein Organ der Rechtspflege unterliegt*.

410 *Weyembergh/Joncheray*, New Journal of European Criminal Law 7, 2016, S. 190, S. 205.

411 EuGH, U. v. 18.7.2013 – Schindler – Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, Rn. 33–38, die Entscheidung Menarini in Bezug nehmend, vgl. hierzu insbesondere auch Schlussanträge GAin Kokott v. 18.4.2013 – Schindler – Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:248, Rn. 27-30; EuGH, U. v. 6.11.2012 – Otis – Rs. C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, Rn. 63; EuGH, U. v. 8.12.2011 – Chalkor – Rs. C-386/10 P, ECLI:EU:C:2011:851, Rn. 67.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

recht.[412] Übertragen auf das europäische Kartellermittlungsverfahren folgt daraus, dass die Verhängung einer im weiteren Sinne strafrechtlichen Kartellsanktion durch eine Verwaltungsbehörde wie der Generaldirektion Wettbewerb – genauer: dem Kollegium der Kommissare – sowie die Reduktion des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung grundsätzlich legitim ist.[413] Eine Kartellsanktion muss damit nicht zwingend erstinstanzlich von einem unabhängigen Gericht, sondern darf von einer Verwaltungsbehörde verhängt werden. Die Einordnung der Rechtsnatur als Strafrecht im weiteren Sinne hat daher keine verfahrensrechtlich legitimatorischen Rechtsfolgen.

II. Bei einer Einordnung als Strafrecht im engeren Sinne

Ordnete man die Kartellbuße und das Verfahren der Rechtsnatur nach dem Strafrecht im engeren Sinne zu, kommt eine Reduktion der Verfahrensrechte aufgrund der *Jussila*-Rechtsprechung legitimatorisch nicht mehr in Betracht. Die strafrechtlichen Garantien des Art. 6 EMRK, wie das Recht, die Aussage zu verweigern, nicht an der eigenen Überführung mitzuwirken, oder der Bestimmtheitsgrundsatz,[414] müssten dann *in voller Strenge* zur Anwendung kommen.[415] Die Verhängung einer Kriminalstrafe, die den schwerstmöglichen Eingriff in geschützte Rechtspositionen von Unternehmen darstellt, erfordert in rechtsstaatlicher Hinsicht einen legitimierenden Ausgleich, der praktisch durch die Gewährung zusätzlicher und weitergehender rechtsstaatlicher Verfahrensrechte realisiert wird.[416] Echte Kriminalstrafen müssen allein aus demokratischen Anforderungen, aber auch nach Art. 6 Abs. 1 EMRK erstinstanzlich grundsätzlich von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht in einem Kriminalstrafverfahren verhängt werden. Die erstmalige Verhängung in einem Verwaltungsverfahren durch eine Verwaltungsbehörde, die den Anforderungen an ein Gericht nicht genügt – wie der Kommission und deren Kollegium –, wäre trotz nachträglicher richterlicher Überprüfung unzuläs-

---

412 EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 57 ff., in Bezug auf das nationale Kartellverfahren, das dem europäischen stark ähnelt.

413 Vgl. hierzu ausführlich oben unter § 1. B.

414 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 21.

415 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 70 f.; *Schroth*, Economic offences, S. 187.

416 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90; ein solcher Ausgleich ist im Rahmen weniger eingriffsintensiver Sanktionen legitimatorisch nicht ebenso erforderlich, vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 7.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sig.[417] Von diesem Grundsatz gibt es im nationalen Recht Teil-Ausnahmen. Das deutsche Strafbefehlsverfahren erlaubt den Verzicht auf die Durchführung des Strafverfahrens.[418] Zu beachten gilt es aber einerseits, dass auch dort der Richter den Strafbefehl erlässt und auf die Hauptverhandlung nur verzichtet wird, wenn der Angeklagte keinen rechtzeitigen Einspruch einlegt, das Verfahren also nicht einfordert.[419] Beides ist im Sanktionsrecht der Union nicht vorgesehen. Unternehmen können also nicht erzwingen, dass die Sanktion am Ende eines Kriminalstrafverfahrens verhängt wird. Zum anderen beschränkt sich der Strafbefehl auf leichtere Formen der Kriminalität, nämlich auf „Vergehen" im Unterschied zu „Verbrechen".[420] Eine solche Unterscheidung ist im Sanktionsrecht der Union bislang nicht vorgesehen. Dass Kartellsanktionen in Hinblick auf ihre wirtschaftspolitische Bedeutung und die erheblich einschneidenden Kartellbußen unter die leichte (Alltags-)Kriminalität fallen sollen, erscheint aber jedenfalls fraglich und bleibt, weil dies gegenwärtig nicht nachweisbar ist, spekulativ. Vorbehaltlich der zulässigen Verfahrensrechtereduktion aufgrund der Unternehmereigenschaft wäre das europäische Kartellermittlungsverfahren *de lege lata* mit den hohen legitimatorischen Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK zur Verhängung von Strafsanktionen *im engeren Sinne* unvereinbar. Es müsste umfassend geändert werden.

III. Zwischenergebnis

Die dogmatische Einordnung der Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße hat verfahrensrechtlich belangvolle Rechtsfolgen. Das gegenwärtige Kartellermittlungsverfahren wird den Anforderungen an die Verhängung einer Kriminalstrafe nicht gerecht.

---

417 *Forrester*, ELR 2011, S. 185, S. 202 f.; *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 462, zur Diskussion im Rahmen des deutschen Kartellgesetzes.

418 Nach § 407 ff. StPO kann ein Strafbefehl zur Verhängung einer Kriminalstrafe (Geldstrafe, § 407 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StPO; bzw. Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr nach § 407 Abs. 2 S. 2 StPO) auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht verhängt werden.

419 § 410 Abs. 1 S. 1 StPO, wobei der Verzicht des Einspruchs einem rechtskräftigen Urteil gleichsteht, vgl. Abs. 3; bei einem zulässigen und rechtzeitigen Einspruch wird nach § 411 Abs. 1 S. 2 StPO ein Termin zur Hauptverhandlung anberaumt. Darauf, dass die Staatsanwaltschaft den Strafbefehl in der Praxis vorformuliert und i. d. R. der Einzelrichter diesen übernimmt, kommt es bei der formalen Betrachtung nicht an.

420 Vgl. § 407 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 2 StGB: „Vergehen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder die mit Geldstrafe bedroht sind." Insoweit wäre es denkbar, die Kartellsanktion aufzuspalten und den Bereich hinsichtlich der Bußen von z. B. 1 – 7 % – wie bislang durch die Kommission – und in Höhe von 8 – 10 % durch das Gericht zu verhängen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Kompetenzrechtliche Rechtsfolge

Das Unionsrecht ermächtigt die Europäische Kommission in Gestalt der Generaldirektion Wettbewerb nach Art. 103 Abs. 1, Abs. 2 lit. a AEUV i. V. m. Art. 4, Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 ausdrücklich zur Verhängung strafrechtlicher Kartellsanktionen *im weiteren Sinne*.[421] Attestierte man schwersten Kartellbußen für Kernbeschränkungen hingegen eine *kriminal*strafrechtliche Rechtsnatur *im engeren Sinne*, fehlte der EU – im Bereich des Wettbewerbsrechts – eine entsprechende Sanktionskompetenz für höchste Kartellbußen zur Ahnung von *hard-core*-Zuwiderhandlungen.

I. Keine ausdrückliche und umfassende kriminalstrafrechtliche Sanktionskompetenz de lege lata

Die Zuständigkeit der Europäischen Union zum Erlass von Rechtsvorschriften richtet sich nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EUV).

1. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung

Nach der Legaldefinition der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 5 Abs. 2 S. 1 EUV:

> „[…] wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben."

Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (engl.: *principle of conferral*, franz.: *principe d'attribution*) konstituiert damit den Vorbehalt der Verträge dergestalt, dass Unionsorgane und Einrichtungen zum Erlass jedweder unionaler Rechtsakte einer sich unmittelbar aus den Verträgen ergebenden oder darauf zurückzuführenden Ermächtigungsgrundlage im Sinne einer von den Mitgliedstaaten in dem dafür vorgesehenen Verfahren übertragenen Befugniszuweisung bedürfen.[422] Dieser Kompetenzbereich markiert die potenziellen Regelungsgegenstände des Unionsrechts.[423] Eine in den Verträgen

---

421 Vgl. zur Zuständigkeit oben unter A. I.

422 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 13; *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen, „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung"; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 5 EUV, Rn. 7; davon zu unterscheiden ist die Frage über den Fortbestand einer einmal generierten, also übertragenen Kompetenzzuweisung auf die Unionsebene, vgl. *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 14a.

423 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 9a.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht übertragene Zuständigkeit (engl.: *competences*; franz.: *compétences*)[424] verbleibt nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV bei den Mitgliedstaaten, als „Herren der Verträge", sodass die EU für derartige Materien bereits im Zweifelsfall nicht regelungsbefugt ist.[425] Anders formuliert, hat die Union nur dann die Befugnis, kriminalstrafrechtliche Sanktionen neu zu schaffen, wenn ihr eine unionale Handlungs- und Rechtssetzungskompetenz von den Mitgliedstaaten in den Verträgen übertragen wurde (sog. föderale vertikale Kompetenzordnung).[426] In dieser mangelnden Allzuständigkeit sieht Zweigert den wesentlichen Unterschied zwischen der Union und voll ausgebildeten Staaten.[427]

2. Keine umfassende unionsrechtliche kriminalstrafrechtliche Einzelermächtigung

Die Mitgliedstaaten haben die EU nicht umfassend zum Erlass kriminalstrafrechtlicher Sanktionen *im engeren Sinne* ermächtigt.[428] Aus dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung folgt damit, dass die EU grundsätzlich über keine umfassend autonome kriminalstrafrechtliche Rechtssetzungskompetenz zum Schutz supranationaler Unionsrechtsgüter verfügt.[429] Daher fällt für den EuGH:

> „[…] das Strafrecht grundsätzlich ebenso wie das Strafprozessrecht nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft."[430]

Rechtshistorisch war der Unwille der Mitgliedstaaten, sich ihrer Souveränität durch eine Kompetenzübertragung im Bereich des Strafrechts auf die im

---

424 Der EuGH spricht indes von einer „Rechtsgrundlage" (engl.: *legal basis*; franz.: *base juridique*) zur Bezeichnung einer zuständigkeitsbegründenden Norm, vgl. EuGH, U. v. 21.9.2017 – Ferriere Nord – Rs. C-88/15 P, ECLI:EU:C:2017:716, Rn. 34, ohne dass indes inhaltlich Divergenzen daran geknüpft würden, vgl. *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 9.

425 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 5 EUV, Rn. 8; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 6.

426 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 5.

427 *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 604; vgl. auch *Calliess*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 5 EUV, Rn. 7.

428 *Hennig/Rosenau/Szabolcs/Petrus*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 83 AEUV, Rn. 2; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, S. 145, Rn. 58 ff., insbesondere Fn. 150.

429 *Hecker*, Europäisches Strafrecht, S. 6, Rn. 7, S. 145, Rn. 58, S. 147, Rn. 63, S. 148, Rn. 66, S. 150, Rn. 69, der jedenfalls bereichsspezifisch eine Kompetenzgrundlage in Art. 325 IV AEUV erblickt; *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Rn. 23, m. w. N.; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 60 f.

430 EuGH, U. v. 23.10.2007 – Kommission/Rat – Rs. C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625, Rn. 66, und die dort angegebene Rechtsprechung; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 21.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Jahr 1957 gegründete Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG)[431] zu entäußern, der Grund hierfür.[432] Auch die im Jahr 1967 durch den Fusionsvertrag geschaffene Europäische Gemeinschaft (EG)[433] sah in ihren Gründungsverträgen keine Ermächtigung zum Erlass von Maßnahmen vor, die das Strafrecht der Mitgliedstaaten als *domaine reservé*[434] berührten.[435] Die nationale Strafgewalt sei ein genuines Hoheitsrecht der Nationalstaaten.[436] Daran änderte auch der weitere Integrationsprozess hin zur Union zunächst nichts.[437] Viele Mitgliedstaaten sind bis heute der Auffassung, dass sich die Einzelermächtigung nicht oder nur in engen Grenzen auf den Bereich des Strafrechts *im engeren Sinne* erstreckt, wie auch das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts zeigt.[438] Selbst die Einführung strafprozessualer Verfahrensrechte, etwa in Art. 48 GRCh, wurde mit dem Hinweis auf die fehlende Strafkompetenz der Union kritisiert, ob der Bedeutung für die zukünftige Entwicklung und Harmonisierung der Union in Strafsachen jedoch als unumgänglich erachtet.[439] Vor diesem Hintergrund stellt Art. 51 Abs. 2 GRCh explizit heraus, dass die Charta weder neue Zuständigkeiten begründet noch die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben ändert.[440] Franz C. Mayer sieht den Grund für diese als „Kompetenzangst"[441] bezeichnete Haltung der

---

431 Sog. Römische Verträge vom 25.3.1957.

432 *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267, m. w. N.; *Vogel/Brodowski*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg Europäisches Strafrecht, § 5, Rn. 1; Schlussantrag GA Mayras v. 29.11.1972 – Boehringer II – Rs. C-7/72, ECLI:EU:C:1972:107, S.1303.

433 Die EG entstand durch einen Zusammenschluss der Europäischen Atomgemeinschaft (EURATOM), der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) sowie der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), vom 8. April 1965, seit 1. Juli 1967 in Kraft.

434 Wörtlich aus dem Französisch übersetzt etwa mit „reservierter Bereich".

435 *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV, Rn. 1; vgl. insgesamt zur Strafrechtsentwicklung: *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, Rn. 5 ff., 9.

436 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 62.

437 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328; *Tiedemann*, NWJ 1993, S. 23, S. 23 ff.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 21.

438 BVerfGE 123, 267, Rn. 406 ff.; *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 1.

439 *Alber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Vor. Art. 48 – 50 GRCh, Rn. 2; vgl. zur generellen Kritik an der Strafrechtsharmonisierung: *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV, Rn. 16.

440 *Mayer*, ZaöRV 67 (2007), S. 1142 – 1192, S. 1165.

441 *Mayer*, ZaöRV 67 (2007), S. 1142 – 1192, S. 1165: Leitmotiv derartiger Versicherungen sei die Kompetenzangst der Mitgliedstaaten, die symbolische Überkompensation aus vorgeblicher oder echter Sorge um den Verlust mitgliedstaatlicher Zuständigkeit.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mitgliedstaaten in der besonderen Grundrechtssensibilität des Kriminalstrafrechts. Dessen besondere Eingriffsschwere wird von den Mitgliedstaaten nach wie vor als Kernbereich nationalstaatlicher Souveränität und Autonomie empfunden, derer sie sich nicht durch eine Übertragung von Hoheitsrechten entledigen wollen.[442] Das staatliche Gewaltmonopol wird – neben dem Staatsvolk und Staatsgebiet – zum konstitutiven Element der nationalen Staatlichkeit überhaupt,[443] teilweise sogar Ausdruck deren rechtskultureller Eigenständigkeit,[444] dessen Übertragung auf die Union, die selbst kein Staat sei, verfehlt sei und die nationale Identität bedrohe.[445] Die Ermächtigung der Union zur Strafrechtsharmonisierung ist im Dunstkreis generalisierender demokratietheoretischer Legitimationskritik, auf zum Teil wenig Gegenliebe gestoßen.[446] An der generellen Übertragbarkeit kriminalstrafrechtlicher Kompetenzen auf die Union im Mehrebenensystem in einem demokratischen Willensbildungsprozess können indes kaum grundsätzliche Zweifel bestehen.[447]

Auch verfassungsrechtliche Bedenken spielten eine Rolle,[448] da personalisierte Strafgewalt einem unmittelbar vom Volke legitimierten Gesetzgeber und unabhängigen Strafrichtern überantwortet sei. Beide Voraussetzungen seien in der EU – als supranationaler, aber nicht souveräner Staatenbund – (bisher) nicht gegeben.[449] Einigkeit herrscht folglich dahin gehend, dass die Mitgliedstaaten der EU, weder allgemein noch für den spezifischen Bereich des Wettbewerbsrechts, eine umfassende begrenzte Einzelermächtigung zum Erlass kriminalstrafrechtlicher Sanktionen *im engeren Sinne* übertragen haben.[450] Der

---

442 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, Rn. 1, es sei ein „elementares Bestandteils der nationalen Souveränität"; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 63; vgl. *Dannecker/Schröder*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, Rn. 26 ff.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, S. 145, Rn. 58 ff.

443 Die auf *Jellinek* zurückgehende „Drei-Elemente-Lehre" macht das Staatsgebiet, das Staatsvolk und die Staatsgewalt zu den drei konstitutiven Voraussetzungen eines Staates, vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, Allgemeine Staatslehre, S. 349 ff.; vgl. auch *Hennig/Rosenau/Szabolcs/Petrus*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 83 AEUV, Rn. 2; kritisch zu der Annahme, also die darüber hinausgehende Annahme, dies beeinflusse die generelle Tauglichkeit der Union zur Kriminalrechtssetzung: *F. Meyer*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, Rn. 20 ff.

444 *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 332.

445 *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV, Rn. 18; a. A. ausführlich *F. Meyer*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 26, Rn. 1 ff.

446 *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV, Rn. 16 ff.

447 *F. Meyer*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 26, Rn. 20 ff.

448 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328.

449 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21.

450 *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Rn. 23, m. w. N.; *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 112, m. w. N.; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 261; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21 ff.; die Richtlinie 2019/1 v.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Union fehlt daher eine entsprechende Kompetenz, wobei fraglich bleibt, ob sie eine entsprechende Kompetenz schaffen könnte.

3. Keine unionsrechtliche Kompetenz-Kompetenz

Die EU ist – in Ermangelung einer „Kompetenz-Kompetenz" – nicht befugt, eigene Kompetenzfelder zu generieren.[451] Die Verträge bilden, wie bereits aus Art. 263 Abs. 2 AEUV indirekt deutlich wird, Grundlage, Rahmen und Grenzen des Sekundärrechts.[452] Eine Erweiterung der unionalen Kompetenz ist daher lediglich durch das Vertragsänderungsverfahren unter Berücksichtigung der Interessen der Mitgliedstaaten neu begründbar. Andere positivrechtliche Legitimationsquellen und Formen der Strafrechtsgenese gibt es auf Europäischer Ebene nicht.[453] Die etwa im Völkerrecht weitaus flexiblere Handhabung des Spezialitätsgrundsatzes zur Rechtsgenese, der auch stillschweigende Vertragsänderungen zuließe, ist mit dem hierzu primärrechtlich zwingend vorgesehenen Änderungsverfahren nach Art. 48 EUV und dem hierarchischen Aufbau der Union als supranationales Rechtssubjekt unvereinbar.[454] Dies ergibt sich im Umkehrschluss auch daraus, dass das Primärrecht punktuell Ausnahmen (sog. autonome Vertragsänderungen) vom Vorrang der Verträge ausdrücklich vorsieht.[455] Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 1 EUV bildet damit eine justiziable Verfassungsnorm, die Rechtmäßigkeitsanforderungen an das Unionshandeln stellt und damit dessen kompetenzrechtliche Grenze markiert, die nicht durch die Genese neuer Kompetenzen unterminiert werden darf.[456]

4. Zwischenergebnis

Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 EUV determiniert die Verträge als verbindliche Kompetenzschranke für die

---

11.12.2028, Abl. L 11/3, Rn. 12, schließt ihre Anwendung für „strafrechtliche Sanktionen gegen natürliche Personen" explizit aus.

451 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 5 EUV, Rn. 7; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 14b; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 63; *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen, unter: „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung"; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, S. 129, Rn. 31 f.

452 Vgl. zur Verordnung über die soziale Sicherheit, EuGH, U. v. 5.10.1978 – Viola – Rs. C-26/78, ECLI:EU:C:1978:172, Rn. 9/14.

453 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 14b.

454 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 10 f.

455 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 12, der Art. 48 Abs. 7 EUV als Beispiel nennt.

456 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Unionsorgane sowie Einrichtungen und etabliert damit im Mehrebenensystem zugleich ein vertikales föderales Kompetenzgefüge zwischen den Mitgliedstaaten und der Union. Aufgrund ihrer „Kompetenzangst" haben die Mitgliedstaaten keine umfassende Kompetenz im grundrechtssensiblen Bereich des Kriminalstrafrechts auf die Union übertragen. Zur einseitigen Neugenese von (strafrechtlichen) Kompetenzen ist die Union nicht berechtigt. In Ermangelung einer ausdrücklichen Einzelermächtigung, fehlt der EU damit grundsätzlich die umfassende Zuständigkeit zum Erlass kriminalstrafrechtlicher Sanktionen allgemein und speziell im Bereich des Wettbewerbsrechts.[457] Neben einer umfassenden Strafrechtskompetenz kommen jedoch auch punktuelle Ermächtigungsgrundlagen in Betracht. Zu prüfen ist daher, ob diese Ermächtigungsgrundlagen das Wettbewerbsrecht indirekt, etwa als sog. *implied power*,[458] mitumfassen.

II. Punktuell ausdrückliche strafrechtliche Sanktionskompetenz de lege lata

Mit dem Vertrag von Lissabon haben die Mitgliedstaaten in Art. 83 Abs. 1 AEUV[459] erstmalig punktuell und ausdrücklich eine primärrechtliche Richtlinienkompetenz im Bereich des Europäischen Strafrechts auf die EU übertragen.[460] Diese Einzelermächtigung bildet den vorläufigen Höhepunkt der europäischen Integrations- und Strafrechtsentwicklung der vergangenen Jahre, die im „Europäisierungssogs" einen „Quantensprung" absolviert hat.[461] Neue Regelungen zum Europäischen Haftbefehl, dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen, die Kompetenzausweitungen für Europol, Eurojust sowie die Gründung der Europäischen Staatsanwaltschaft zur Bekämpfung von

---

457 So *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 143.

458 Der Grundsatz der implied powers wird nicht durch den der begrenzten Einzelermächtigung ausgeschlossen: *Geiger*, in: EUV/AEUV, Art. 5 EUV, Rn. 4; vgl. auch EuGH, U. v. 31.3.1971 – Kommission/Rat – Rs. C-22/70, ECLI:EU:C:1971:32.

459 Danach können Parlament und Rat: „[…] gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben."

460 Dazu *G. Dannecker*, Einführung von Tatbeständen mit supranationaler Schutzrichtung (Europadelikte), in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2013, § 8 Rn. 27 f.; *Engelhart*, Unternehmensstrafbarkeit im europäischen und internationalen Recht, eucrim 3/2012, 110 (110 ff.).

461 *Hecker*, Europäisches Strafrecht, S.3, Rn. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union (Art. 86 Abs. 1 AEUV) bezeugen diese Entwicklung.[462]

Zwar lässt dies die generelle Kompetenzangst der Mitgliedstaaten unberührt – sie relativiert aber das Ergebnis einer fehlenden ausdrücklichen Kompetenz. Existiert eine Kompetenz dem Grunde nach für einen Bereich, ergeben sich der Umfang der Zuständigkeit der Union und die Einzelheiten ihrer Ausübung nach Art. 2 Abs. 6 AEUV aus den Bestimmungen der Verträge zu den einzelnen Bereichen. Dies macht eine sorgfältige Kompetenzprüfung unter Berücksichtigung von Ziel und Inhalt der Maßnahme erforderlich.[463] Die Geltung und der Geltungsumfang der Kompetenzvorschriften sind durch Auslegung[464] insbesondere durch den *effet utile*-Grundsatz zu ermitteln, wonach jede Norm so auszulegen ist, dass sie ihre volle Wirkung entfalten kann.[465] Das BVerfG konstatiert insoweit jedoch, dass strafrechtliche Kompetenzgrundlagen der Union aufgrund der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung „strikt – keinesfalls extensiv – auszulegen" sind und der besonderen Rechtfertigung bedürften.[466]

Es gilt daher durch Auslegung zu überprüfen, ob die neuen Kompetenzen das Wettbewerbsrecht umfassen.

1. Richtlinien- und Annexkompetenz im Bereich der strafrechtlichen Zusammenarbeit

Die bisherigen strafrechtlichen Kompetenzen der Union entstammen dem Gebiet der strafrechtlichen Zusammenarbeit und wurden mit dem Vertrag von Lissabon primärrechtlich weitestgehend in den Art. 82–89 AEUV als Richtlinienkompetenzen normiert.[467] So sieht etwa Art. 82 Abs. 2 AEUV die Richtlinienkompetenz im Bereich der strafrechtlichen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension vor, soweit dies nach dem Grundsatz des Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 4 EUV, Art. 5 Abs. 3 EUV) erforderlich ist. Eine explizite Strafkompetenz zur Schaffung von Mindestvorschriften sieht Art. 83 Abs. 1 AEUV vor, der an Art. 31

---

462 Vgl. *Hecker*, Europäisches Strafrecht, S. 7, S. 18; *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, Rn. 9 ff.

463 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 5 EUV, Rn. 11.

464 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 5 EUV, Rn. 14b.

465 *Khan/Henrich*, in: EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 17, m. w. N.

466 BVerfGE 123, 267, Rn. 358.

467 Vgl. zur Entwicklung der dritten Säule und der Integration in den AEUV, *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, Rn. 11.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 1 lit. e EUV a. F. anknüpft und als Harmonisierungsvorschrift (Abs. 1) sowie Annexkompetenz (Abs. 2) ausgestaltet ist.[468]

a) Richtlinienkompetenz nach Art. 83 Abs. 1 AEUV

Art. 83 Abs. 1 AEUV ermächtigt das Europäische Parlament und den Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (vgl. Art. 289 Abs. 1 und Art. 294 AEUV) zum Erlass rechtsangleichender Mindestvorschriften durch Richtlinien:

> „zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität."

Das Europäische Wettbewerbsrecht fällt jedoch bereits dem ausdrücklichen Wortlaut nach nicht unter die grundsätzlich abschließende[469] Aufzählung der *besonders schwereren Kriminalität* i. S. d. Art. 83 Abs. 1 u. Abs. 2 AEUV.[470] Hinzu kommt, dass die Genese von Mindestvorschriften souveränitätswahrend der Angleichung nationaler Strafrechtsordnungen und nicht der Schaffung identischer oder gar europäischer Strafvorschriften dient, sondern lediglich der Angleichung.[471] Die strafrechtliche Harmonisierungskompetenz zur Angleichung des nationalen materiellen Strafrechts bezieht sich historisch primär auf die gemeinsame zwischenstaatliche Kooperation der Mitgliedstaaten und schützt damit nationale Strafverfolgungsinteressen.[472] Eine primärrechtliche genuin europäische Strafrechtssetzungskompetenz enthält Art. 83 Abs. 1 AEUV daher nicht. Dass nach der eng auszulegenden sog. Erweiterungsklausel des Art. 83 Abs. 1 u. Abs. 3 AEUV eine Ausweitung der kriminalstrafrechtlichen Kompetenz auf das Wettbewerbsrecht möglich wäre, erscheint eine gewagte These.

In *formeller* Hinsicht wären ein – zur Wahrung der Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten – einstimmiger Erweiterungsbeschluss (Art. 288 Abs. 4,

---

468 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 4 ff.

469 *Meyer*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 83 AEUV, Rn. 9; *Suhr*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 9 f.; *Suhr* spricht von „abschließend, aber erweiterbaren" Beispielen: *ders.*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 9; ebenso: *Hochmayr*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 83 AEUV, Rn. 3; *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, Rn. 10.

470 „Derartige Kriminalitätsbereiche sind: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität."; vgl. hierzu ausführlich: *Dannecker/Schröder*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 8, Rn. 28.

471 *Hochmayr*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 83 AEUV, Rn. 1; *Suhr*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 8.

472 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 4 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Art. 238 Abs. 4 AEUV) im Rat und die Zustimmung des EU-Parlaments (Art. 231 Abs. 1 AEUV) erforderlich.[473] Zwar können die Anforderungen an das Zustandekommen eines Erweiterungsbeschlusses nach Art. 48 Abs. 7 EUV auf eine qualifizierte Mehrheit gesenkt werden – vor dem Hintergrund der nach wie vor existenten Kompetenzangst der Mitgliedstaaten scheint ein solcher Ratsbeschluss zum gegenwärtigen Zeitpunkt indes unwahrscheinlich.[474]

In *materieller* Hinsicht wäre ferner kumulativ eine der Aufzählung vergleichbare besonders schwere Kriminalität und grenzüberschreitende Dimension durch europäische Wettbewerbsverstöße erforderlich.[475] Böse sieht die in Anhang I zur Europol-Verordnung oder Art. 2 Abs. 2 RbEuHB genannten Delikte als potenziell vergleichbar an, die das Wettbewerbsrecht indes nicht ausdrücklich benennen.[476] Gegen eine Vergleichbarkeit des Wettbewerbsrechts mit den dort genannten Kriminalitätsfeldern spricht im Rahmen einer hierfür notwendigen typisierenden Betrachtung[477], dass die Verträge zwischen „Kriminalität", „schwerer Kriminalität" und „besonders schwerer Kriminalität" differenzieren.[478] Zwar fehlt für die „besonders schwere Kriminalität" ein autonom europäischer Maßstab, was das Kriterium kaum operabel macht;[479] der Verletzung von Wettbewerbsvorschriften kommt aber unzweifelhaft geringeres Gewicht zu als Terrorismus, Menschen- oder Drogenhandel und allge-

---

473 *Hochmayr*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 83 AEUV, Rn. 29.

474 So enthält auch die Richtlinie 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten in Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts v. 11.12.2018 in Art. 13 Abs. 4, sowie den Erwägungsgründen Rn. 12 den Hinweis: „Diese Richtlinie sollte nicht für nationale Rechtsvorschriften gelten, sofern diese strafrechtliche Sanktionen gegen natürlich Personen vorsehen […]", *König*, NZKart 2017, S. 397, S. 401; auch die Einführung strafprozessualer Verfahrensrechte, etwa Art. 48 GRCh, wurde mit dem Hinweis auf die fehlende Strafkompetenz der Union kritisiert, ob der Bedeutung für die zukünftige Entwicklung und Harmonisierung der Union in Strafsachen jedoch für unumgänglich erachtet, *Alber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Vor. Art. 48 – 50 GRCh, Rn. 2; *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, §1, Rn. 1.

475 *Böse*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 83 AEUV, Rn. 4.

476 *Böse*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 83 AEUV, Rn. 16; Verordnung EU 216/794 v. 11.5.2016 über die Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Strafverfolgung (Europol), Abl. 2016, L 153/53; Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, Abl. 2002, L 190/1.

477 *Böse*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 83 AEUV, Rn. 4.

478 Die Bekämpfung der „Kriminalität" ist Ziel der Union nach Art. 3 Abs. 2 EUV; Europol verhindert und bekämpft die „schwere Kriminalität" nach Art. 88 Abs. 1. AEUV, zu der etwa nicht der erst danach folgende Terrorismus fällt, der nach Art. 83 Abs. 1 AEUV unter die „besonders schwere Kriminalität" subsumiert wird.

479 *Meyer*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 83 AEUV, Art. 83 AEUV, Rn. 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mein der Verletzung sicher umfasster Rechtsgüter wie dem Leben, der Gesundheit oder der sexuellen Selbstbestimmung.

Vor dem Hintergrund der Sanktionsschwere sowie unter Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR wird das „Strafrecht" als Harmonisierungsgegenstand des Art. 83 AEUV teilweise zudem nicht auf Geldbußen und repressive Verwaltungssanktionen als Strafen *im weiteren Sinne* erstreckt.[480] Für Böse sprechen systematische und entstehungsgeschichtliche Argumente für diese enge autonom-unionsrechtliche Auslegung, die sich aus dem Vergleich zur Annexkompetenz nach Art. 83 Abs. 2 AEUV ergeben, für die der in Art. 83 Abs. 3 AEUV vorgesehene Notbremsenmechanismus und die Handlungsform der Richtlinie zum Schutz nationaler Souveränität nur beim Strafrecht *im engeren Sinne* vorgesehen sind. Für strafrechtliche Sanktionen *im weiteren Sinne*, zu denen Böse auch wettbewerbsrechtliche Geldbußen nach Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV zählt, sei dies nicht erforderlich.[481]

Zuletzt müsste sich der neue Kriminalitätsbereich – trotz eines zugestandenen politischen Einschätzungsspielraums des europäischen Gesetzgebers – seit dem Inkrafttreten der Verträge empirisch belegbar verändert haben (Kriminalitätsentwicklung), weshalb eine Strafrechtsharmonisierung erforderlich sein müsste.[482] So hat die Europäische Kommission im Jahr 2022 beispielsweise einen Vorschlag für einen Beschluss vorgelegt, mit dem die Liste der Kriminalitätsbereiche um den Verstoß gegen restriktive Maßnahmen eingeführt werden soll.[483] Dass die Voraussetzungen auch für das Wettbewerbsrecht vorliegen, erscheint allerdings fraglich. Dem Unionsgesetzgeber wäre es bereits 2009 ohne Weiteres möglich gewesen, das Wettbewerbsrecht dem Bereich der besonders schweren Kriminalität beizufügen. Zwar steht die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts vor neuen Herausforderungen,[484] eine wesentliche phänomenologische Veränderung wettbewerbsrechtlicher Zuwiderhandlungen, die eine Harmonisierung nunmehr erforderlich machte, ist indessen nicht ersichtlich und erscheint empirisch kaum belegbar. Art. 83 Abs. 1 u. Abs. 3 AEUV bilden damit lediglich eine theoretisch mögliche, faktisch aber

---

480 A. A jedoch: Schlussanträge GA Mazák, v. 28.06.2007 – Kommission/Rat – Rs. C-440/05, ECLI:EU:C:2007:393, Rn. 67–70; vgl. *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 5.

481 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 5.

482 *Hochmayr*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 83 AEUV, Rn. 28 m. w. N.; *Suhr*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 15; *Böse*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 83 AEUV, Rn. 16.

483 Beschluss des Rates über die Feststellung des Verstoßes gegen restriktive Maßnahmen der Union als einen die Kriterien nach Artikel 83 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllenden Kriminalitätsbereich, v. 30 6.2022, Nr. 10287/1/22.

484 *Jaspers/Jany*, Journal of European Competition Law & Practice, S. 1, S. 1 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kaum realistische Richtlinienkompetenz zur Schaffung nationalkriminalstrafrechtlicher Mindeststandards. Dessen Ausnahmecharakter lässt damit den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung unberührt und schafft derzeit keine Kompetenz zur genuin unionsrechtlichen Kriminalisierung des Wettbewerbsrechts.

b) Annexkompetenz Art. 83 Abs. 2 AEUV

Die Annexkompetenz nach Art. 83 Abs. 2 AEUV gewährleistet den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts durch die Etablierung abschreckender, effektiver und verhältnismäßiger *Sanktionen* zur Durchsetzung des harmonisierten Unionsrechts. Die EU kann folglich im Wege der Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV) Mindestanforderungen für Straftaten und Strafen vorgeben, soweit akzessorisch auf dem Gebiet bereits Harmonisierungsmaßnahmen i. S. d. Art. 83 Abs. 1 AEUV erfolgt sind und dies „unerlässlich" für die wirksame Durchführung des Unionsrechts ist.[485] Im Unterschied zu Art. 83 Abs. 1 AEUV ist der Anwendungsbereich nicht auf die besonders schwere Kriminalität beschränkt.[486] Voraussetzung ist aber eine vertragliche Ermächtigung zur Harmonisierung, wie etwa im Bereich von Urheberrechtsverletzungen (Art. 118 AEUV) und zur Betrugsbekämpfung (Art. 325 Abs. 4 AEUV).[487] Durch die Rückkopplung an die bisherige Harmonisierung wird dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EUV) Rechnung getragen, sodass eine schrankenlose Strafrechtsharmonisierung ausgeschlossen ist.[488] Für das Europäische Wettbewerbsrecht, das grundsätzlich in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt (Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV) und ein eigenes Sanktionsregime in den Art. 101 ff. AEUV vorsieht, ist die Harmonisierung durch die Anknüpfung nach Art. 103, 114 AEUV daher grundsätzlich möglich.[489] Das mitgliedstaatliche Wettbewerbsstrafrecht wurde auf der Grundlage des Art. 83 Abs. 2 AEUV bislang etwa durch die Richtlinie 2005/29/EG v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrau-

---

485 *Kotzur*, in: Geiger/u. a., EUV/AEUV, Art. 83 EUV, Rn. 10; wann von einer „Unerlässlichkeit" auszugehen ist, bleibt unklar. Teilweise wird ein gravierendes Vollzugsdefizit gefordert; vgl. hierzu jedoch ablehnend: *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, Rn. 19.

486 *Meyer*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 83 AEUV, Rn. 45; *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4 Rn. 17.

487 *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV, Rn. 80; *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, Rn. 18.

488 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 16.

489 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 18.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

chern[490] sowie die Richtlinie 2014/57/EU v. 16.4.2014[491] über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie) harmonisiert. Letztere sieht Mindestvorschriften für strafrechtliche Sanktionen bei Insider-Geschäften vor, wobei die Mitgliedstaaten nach Art. 7 der Richtlinie die erforderlichen Maßnahmen treffen, um wirksame, verhältnismäßig und abschreckende strafrechtliche Sanktionen vorzuhalten, die für natürliche Personen eine Freiheitsstrafe von mindestens vier (Abs. 2) bzw. zwei Jahren (Abs. 3) vorsehen. Nach Art. 9 der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten darüber hinaus Sanktionen gegen juristische Personen in Form von Geldstrafen oder nichtstrafrechtlichen Geldbußen vorsehen. Harmonisiert ist damit jedoch lediglich das nationale Recht, woraus sich keine genuine strafrechtliche Sanktionskompetenz für das Europäische Wettbewerbsrecht und die Kartellsanktionen ergibt.

Da die unmittelbar geltende Verordnung als Handlungsform indes ausgeschlossen ist,[492] begründet Art. 83 Abs. 2 AEUV keine Kompetenz zum Erlass kriminalstrafrechtlicher Unionskartellbußen.

c) Art. 325 Abs. 4 AEUV

Mit dem Vertrag von Lissabon hat die EU in Art. 325 Abs. 4 AEUV *prima facie* erstmals die Kompetenz erhalten, supranationale, mithin genuin unionsstrafrechtliche Sanktionen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, zu erlassen.[493] Die Strafrechtskompetenz umfasst natürliche wie juristische Personen und die Verhängung von Geldstrafen, aber auch das Verbot der Ausübung einer Handelstätigkeit oder die Anordnung der Aufsicht.[494]

Eine so umfassende Strafrechtskompetenz wird jedoch teilweise als systemwidrig angesehen und auf Rahmensetzung von Hilfsnormen, die einen gleichwertigen Schutz in den Mitgliedstaaten gewährleisten, reduziert.[495] Teilweise wird sogar verlangt, die nationale „Notbremse“ – das Vetorecht der Mitgliedstaaten in Art. 83 Abs. 3 AEUV – analog auch für Art. 325 AEUV

---

490 Abl. 2005 L 149/22.

491 Abl. 2014 L 173/179.

492 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 21, m. w. N.

493 *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 325 AEUV, Rn. 19; *Hennig/Rosenau/Szabolcs/Petrus*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 83 AEUV, Rn. 7; daraus folgt aber keine allgemeine strafrechtliche Anordnungsbefugnis, vgl. *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 325 AEUV, Rn. 83 f.

494 *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 325 AEUV, Rn. 19; *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 325 AEUV, Rn. 90.

495 *Frenz*, in: Pechstein/Nowak/Häde, FK, AEUV, Art. 325 AEUV, Rn. 37 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eingreifen zu lassen.[496] Böse entlarvt die Diskussion als Streit um den Anwendungsvorrang über die Spezialität des Art. 325 Abs. 4 AEUV bzw. die Sperrwirkung des Art. 83 Abs. 2 AEUV im Bereich der Betrugsbekämpfung.[497] Gegen den Vorrang des Art. 325 Abs. 4 AEUV und gegen eine eigenständige supranationale Strafgewalt der Union spricht für Böse bereits, dass nach dem gegenwärtigen Stand des Integrationsprozesses ein Wille der Mitgliedstaaten für eine diesbezügliche weite Auslegung des Art. 325 Abs. 4 AEUV nicht ersichtlich sei.[498] Der Versuch der Europäischen Kommission, die Richtlinie zur Betrugsbekämpfung auf Art. 325 AEUV zu stützen, ist jedenfalls gescheitert, sodass Art. 83 Abs. 2 AEUV die alleinige Ermächtigungsgrundlage wurde.[499] Die Kompetenz der Union beschränkt sich damit darauf, die Mitgliedstaaten durch die Einführung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender strafrechtlicher Sanktionen zu Mindestangleichungen des nationalen Strafrechts zu verpflichten.[500]

Selbst wenn man in Art. 325 Abs. 4 AEUV eine genuine Strafsetzungskompetenz der Union sähe, bliebe fraglich, ob das nicht ausdrücklich genannte Wettbewerbsrecht hiervon umfasst wäre. In Ermangelung tauglicher Abgrenzungskriterien ist unklar, ob der freie Wettbewerb im Binnenmarkt als Annexkompetenz dem Anwendungsbereich des Art. 83 Abs. 2 AEUV oder der genuinen Strafrechtskompetenz dem Art. 325 Abs. 4 AEUV unterfiele.[501] Zu den finanziellen Interessen der Union gehören zudem – selbst bei notwendiger extensiver Auslegung – Haushaltsmittel der Union, die selbst- oder drittverwaltet werden und die durch Eingehungs- oder Erfüllungsbetrug oder andere rechtswidrige Handlungen wie Urkundenfälschung oder Amtsmissbrauch erlangt werden.[502] Das Wettbewerbsrecht und die Kartellbuße dienen aber nicht dem Schutz von Haushaltsmitteln und erfüllen auch die sonstigen Kriterien nicht offenkundig.[503] Ob Art. 325 Abs. 4 AEUV vor diesem Hintergrund eine genuin unionsrechtliche Strafkompetenz auch für das europäische Wettbe-

---

496 *Frenz*, in: Pechstein/Nowak/Häde, FK, AEUV, Art. 325 AEUV, Rn. 40, m. w. N.; *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 24, m. w. N.

497 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 24.

498 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 24.

499 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 24.

500 *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 325 AEUV, Rn. 84; *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 325 AEUV, Rn. 19.

501 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 24; *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 325 AEUV, Rn. 87, die jedoch herausarbeitet, dass Unterschiede jedenfalls insoweit bestehen, als dass das Vereinigte Königreich und Irland sowie Dänemark für Art. 82 AEUV Vorbehalte eingefügt haben, vgl. Protokoll Nr. 21, Abl. 2016, C 202/295.

502 *Frenz*, in: Pechstein/Nowak/Häde, FK, AEUV, Art. 325 AEUV, Rn. 15 ff.

503 Zu den Schutzfunktionen des europäischen Wettbewerbsrechts, vgl. schon oben unter 1. Teil 1. Kap. § 1 A.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werbsrecht darstellt und die Kartellbuße dem Schutz der finanziellen Interessen der Union vor „Betrügereien“ dient, bleibt daher fraglich. Nach dem gegenwärtigen Stand fehlt dementsprechend im Unionsrecht eine ausdrückliche oder ungeschriebene Ermächtigung kraft Sachzusammenhangs (sog. *implied powers*)[504], die das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht unterminieren, sondern ergänzen soll.[505]

2. Zwischenergebnis

Die punktuellen strafrechtlichen Richtlinien- und Annexkompetenzen der Europäischen Union erlauben es ihr, die Mitgliedstaaten zu Mindestangleichungen der nationalen Strafrechtsordnungen zu verpflichten. Die Kompetenzen umfassen aber – jedenfalls für das Europäische Wettbewerbsrecht – keine genuin unionsrechtliche Kriminalstrafsetzungskompetenz. Hierfür fehlt es an einem formalen Souveränitätsverzicht der Mitgliedstaaten zugunsten der Union, die nicht eigenständig durch eine Kompetenzgenese überwunden werden kann.[506] Eine Kriminalisierung des europäischen Kartellrechts *de lege ferenda* ist zwar juristisch möglich. Es ist aber nicht zu erwarten, dass die Mitgliedstaaten einen politischen Willen für eine Einzelermächtigung zum Erlass kriminalstrafrechtlicher Sanktionen im Europäischen Wettbewerbsrecht entwickeln.[507] Daran ändert auch die gegenwärtige Tendenz national europäischer Rechtsordnungen nichts, Kartellrechtsverstöße mit kriminalstrafrechtlichen Sanktionen gegen natürliche Personen zu ahnden.[508] Viel eher be-

---

504 Die Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs hat der EuGH im Jahre 1956 aus dem Fédération charbonniére Urteil abgeleitet, EuGH, U. v. 29.11.1956 – Fédération charbonnière de Belgique – Rs. C-8/55, ECLI:EU:C:1956:11, S. 312: „Der Gerichtshof hält, ohne sich dabei an eine extensive Auslegung zu begeben, die Anwendung einer sowohl im Völkerrecht als auch im innerstaatlichen Recht allgemein anerkannten Auslegungsregel für zulässig, wonach die Vorschriften eines völkerrechtlichen Vertrages oder eines Gesetzes zugleich diejenigen Vorschriften beinhalten, bei deren Fehlen sie sinnlos wären oder nicht in vernünftiger und zweckmäßiger Weise zur Anwendung gelangen könnten.“, *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV, Rn. 16 f.

505 *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen, Handlexikon der Europäischen Union, „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“.

506 *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 46.

507 So auch *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 21.

508 So haben etwa Irland oder Griechenland ein kriminalstrafrechtliches Kartellregime etabliert, vgl. *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 269 u. 281, m. w. N.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 18; *Wils*, World Competition 28, S. 117, S. 117 ff.; *Stomper*, Kriminalisierung, S. 101 ff.; einige europäischen Mitgliedstaaten wie Frankreich, Griechenland, die Niederlande oder Österreich haben ihre Kartellgesetze dagegen zum Teil strafrechtlich ausgestaltet, zum Teil auch wieder entkriminalisiert, vgl. hierzu ausführlich und mit weiteren Nach-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stätigt der – immer noch bestehende – Ausnahmecharakter der Kompetenzvorschriften die Grundregel der begrenzten Einzelermächtigung.[509]

III. Zwischenergebnis

Die EU hat *de lege lata* keine genuin europäische (kriminal-)strafrechtliche Rechtsetzungskompetenz. Kompetenzwidrig erlassene Rechtsakte sind als *ultra-vires*-Akte unzulässig und nichtig. Dieses Ergebnis verdeutlicht, weshalb die Einordnung der Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße potenziell erhebliche Rechtsfolgen hat. Folgte man der zu untersuchenden Ausgangsthese und attestierte jedenfalls schwersten Kartellsanktionen für Kernbeschränkungen eine *kriminal*strafrechtliche Rechtsnatur *im engeren Sinne*, entbehrte Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 insoweit einer Kompetenzgrundlage.[510] Art. 23 VO 1/2003 bildete dann seinerseits keine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Generaldirektion Wettbewerb zur Verhängung höchster kriminalstrafrechtlicher Sanktionen. Gleichwohl auf dieser Grundlage erlassene Beschlüsse wären als kompetenzwidrige *ultra vires*-Akte unwirksam und nichtig, da sie den rechtsstaatlich-legitimatorischen Anforderungen nicht genügten.[511] Eine Ermächtigungsgrundlage ergäbe sich auch nicht unmittelbar aus dem Primärrecht.[512] Zwar erwähnt Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV die „Geldbuße", legitimiert damit deren Existenz und räumt der Kommission implizit das Recht und die Pflicht ein, vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen die Wettbewerbsbestimmungen zu ermitteln oder zu sanktionieren.[513] Das Primärrecht schweigt jedoch über die Rechtsnatur der Sanktion und würde jedenfalls die fehlende Einzelermächtigung nicht kompensieren.[514] Auch der Konkretisierungsvorbehalt für einzelne Wirtschaftszweige (Art. 103 Abs. 2 lit. c AEUV) in sekundärrechtlichen Verordnungen wird durch die Vorgaben des Primärrechts begrenzt und ist unwirksam, soweit sie dagegen verstoßen.[515]

---

weisen: *Hildebrandt*, Strafrechtliche Verantwortung, S. 27 f.; zur Abwägung des Für und Wider einer Kriminalisierung, die hier nicht Untersuchungsgegenstand und bereits an anderer Stelle erfolgt ist, vgl. *Wils*, World Competition 28, S. 117, S. 154 ff.; *Hombrecher*, NZKart 2017, S. 143, S. 143 ff.

509 *Alber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Vor. Art. 48-50 GRCh, Rn. 3.

510 *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Rn. 23.

511 *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Rn. 23; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 64; soweit *Yomere* aus der fehlenden Kompetenz abzuleiten versucht, dies schlösse eine kriminalstrafrechtliche Einordnung aus, ist der Ansatz tautologisch, vgl. *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 46.

512 Vgl. aber *Wils*, World Competition 28, S. 117, S. 156 ff.

513 EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique Diffusion Française – verb. Rs. 100-103/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 105.

514 *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Rn. 22.

515 *Sturhahn*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 103, Rn. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ließen sich leichtere Kartellsanktionen (Strafrecht im weiteren Sinne) hiervon abgrenzen, wäre Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 allein hierfür eine Ermächtigungsgrundlage.

Diese Rechtsfolgen hätte für die EU rechtspolitische Sprengkraft, die sie in ihren Grundstrukturen erschüttern würden. Die Europäische Kommission ist folglich nicht berechtigt, schwere Kartellbußen für *hard-core*-Kartellverstöße zu erlassen, um so ihrer primärrechtlichen Überwachungs- und Ahndungsfunktion zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit oder ihrer politischen Lenkfunktion zum Schutz der im Vertrag niedergelegten Grundsätze des Wettbewerbsrechts zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen.[516]

C. Unzulässiger tautologischer Rückschluss von der kompetenz- und verfahrensrechtlichen Rechtsfolge auf die Rechtsnatur

I. Zwingende nichtkriminalstrafrechtliche Rechtsnatur

Eingedenk der Rechtsfolgen erscheint die dogmatische Einordnung der Kartellbuße als Strafrecht *im weiteren Sinne* aus politischer und rechtspraktischer Sicht zwingend.[517] Ohne die Kompetenz zur Verhängung einer angemessenen schweren Kartellsanktion für schwerste Wettbewerbsverstöße wäre die Europäische Kommission außerstande, die bereits oben ausführlich dargestellten Schutzzwecke des Europäischen Wettbewerbsrechts zu gewährleisten.[518] Gleichzeitig wird dem eingangs dargestellten Spannungsverhältnis Rechnung getragen: Die erhebliche Sanktionswirkung schwerer Kartellgeldbußen ist zwar nur durch die generelle Anwendung strafrechtlicher Verfahrensrechte legitimierbar – deren vollständige Gewährung jedoch die Effektivität der Wettbewerbsermittlungen unterminieren könnte. Bereits früh wurde daher aus der fehlenden Strafrechtskompetenz der – damals noch – Gemeinschaft auf die nicht kriminalstrafrechtliche Rechtsnatur der Kartellsanktion geschlossen. GA *Gand* postulierte bereits 1970:

> „Zweitens wissen wir aus Artikel 15 [Abs. 4 VO 17/62, der Vorgängervorschrift von Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003, Anm. d. Verf.], daß Geldbußen nicht strafrechtlicher Art sind, und selbst wenn die Vorschrift es nicht ausdrücklich sagte, wäre hiervon auszugehen, sei es auch nur, weil die Mitgliedstaaten keine strafrechtlichen Befugnisse im eigentlichen Sinne des Ausdrucks auf die Gemeinschaft übertragen haben.“[519]

---

516 EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique Diffusion Française – verb. Rs. 100-103/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 105.

517 Vgl. *Nettesheim*, Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung, S. 67.

518 Vgl. oben unter: 1. Teil 1. Kap. § 1.

519 Schlussanträge GA Gand v. 10.6.1970 – Chemiefarma – Rs. 41-69, ECLI:EU:C:1970:51, S. 728 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Im Schrifttum wird teilweise noch immer apodiktisch behauptet, die Kartellbuße könne keine Kriminalstrafe sein, weil der Union hierfür keine Kompetenz zustehe.[520] Insoweit hätte es nach Yomere eines formalen Souveränitätsverzichts der Mitgliedstaaten bedurft, der nicht erfolgt sei.[521]

II. Stellungnahme

Der Versuch, methodologisch von der fehlenden Kompetenz auf die Rechtsnatur der Kartellbuße zu schließen, ist tautologisch und daher unzulässig. Allein die objektive Rechtsnatur einer Sanktion entscheidet darüber, welches Organ für dessen Erlass zuständig ist, nicht umgekehrt. Andernfalls schlösse man – unzulässigerweise – von der faktischen Handlung auf deren Kompetenzgemäßheit und damit von vornherein die theoretische Möglichkeit eines kompetenzwidrigen *ultra vires*-Handels eines Unionsorgans aus.[522] Der Rat hätte jedoch seine Kompetenz überschreiten können, wenn er die Kartellbuße materiell als Kriminalsanktion erlassen oder diese sich jedenfalls im Zuge der faktischen Pönalisierung materiell zu einer solchen entwickelt hätte. Schroth und Schubert ist insoweit beizupflichten, als dass die Rechtsnatur der Kartellbuße nur objektiv und aus sich selbst heraus bestimmbar ist und nicht anhand der faktischen Gegebenheiten der Durchführung des Kartellverfahrens – dessen Legitimität gerade zur Disposition steht – gemessen werden darf.[523] Die in Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 postulierte Rechtsnatur könnte sich vor diesem

---

520 *Lorenzmeier*, ZIS 2018, S. 20, S. 23: „Die überzeugenderen Argumente sprechen für die Ablehnung der kriminalstrafrechtlichen Theorie. Der Gemeinschaft fehlt auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts die Kompetenz zum Erlass strafrechtlicher Vorschriften.“; *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 50: „[…] die Mitgliedstaaten in den Verträgen keine strafrechtlichen Kompetenzen auf die Union übertragen haben, d. h. dass sich die Mitgliedstaaten ihrer Souveränität auf dem besonders grundrechtssensiblen Gebiet des Kriminalstrafrechts nicht entäußern wollten. Vor diesem Hintergrund besteht heute zwar weitgehende Einigkeit darin, dass EU kartellverfahrensrechtliche Geldbußen nicht kriminalstrafrechtlicher Art oder Natur sind […]“, vgl. auch, aber kritisch *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328; ablehnend: *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 72, m. w. N.

521 *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 46.

522 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 72, formuliert mit anderen Worten: „Der Schluss […] lässt die Frage, ob sich der Rat beim Erlass der Sanktionsbestimmungen in ihrer konkreten Gestalt auch wirklich im Rahmen seiner Kompetenzen bewegt hat, von vornherein außer Acht. Doch der Verordnungsgeber ist nicht unfehlbar. Er kann wie jedes Organ prinzipiell auch kompetenzwidrig handeln.“

523 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 71 ff., der sich sodann aber kritisch gegen das Zitat von Schroth wendet; *Schroth*, Economic offences, S. 186: „Fines remain criminal law sanctions in their own merit even if they are not imposed by a criminal law court.“

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hintergrund als Kriminalstrafe und das Sekundärrecht als „Etikettenschwindel“ erweisen, die als sog. Formenmissbrauch unzulässig wäre.[524] Die Behauptung, die Geldbuße könne allein deshalb keine Kriminalstrafe sein, weil dies unzulässig wäre, gebietet auch den Zweifeln keinen Einhalt, dass die Fragmentierung des Strafrechts und die Einordnung als „Ordnungswidrigkeit“ letztlich nur der weitestgehenden Ausschaltung der strafrechtlichen fundamentalen Verteidigungsrechte und Verfahrensgarantien dienen sollen.

Der Vorwurf der Tautologie betrifft auch alle Argumentationsmuster, die von der gegenwärtigen Ausgestaltung des Verfahrens dogmatisch imperative Rückschlüsse auf die Rechtsnatur zu ziehen versuchen. Dies verkennt – überraschenderweise gerade – Schubert, der im Rahmen einer „objektiven Betrachtung“ darauf abzustellen versucht, dass „die Sanktion in einem Verwaltungsverfahren durch eine Verwaltungsbehörde“ verhängt wird und auch „im gerichtlichen Überprüfungsverfahren offenkundig nicht als Strafe im engeren Sinne behandelt wird“, was „von den Grundsätzen des geltenden (Kriminal-) Strafverfahrensrechts der Mitgliedstaaten stark abweicht“.[525]

Zwar verdient die Forderung an die Rechtswissenschaft, die faktischen Auswirkungen ihrer dogmatischen Ergebnisse nicht aus dem Blick zu verlieren, Beistand; Sache der Rechtswissenschaft – und dieser Untersuchung – ist es gleichwohl nicht, politische und rechtspraktische Notwendigkeiten ungeprüft zu pflegen und den faktischen Status quo der Verfahrensausgestaltung zu konservieren, sondern:

> „die Wahrheit zu suchen und sich ihr soweit es in ihren Möglichkeiten liegt, zu nähern.“[526]

Die rechtsstaatliche Grenze rein praktischer Überlegungen ist jedenfalls dann überschritten, wenn auf deren dogmatischer Grundlage hoheitliche Strafsanktionen in erheblichem Ausmaß verhängt werden sollen. Rein ergebnisorientierte Argumentationsansätze sind daher von vornherein ausgeschlossen. Dass die kompetenz- und verfahrensrechtlichen Rechtsfolgen einer kriminalstrafrechtlichen Rechtsnaturzuordnung der europäischen Kartellbuße nicht gewollt sind, ändert daran nichts. Auch nicht, weil es nicht sein darf,[527]

---

524 *Schwinge*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 118; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 65; *Möschel*, WUW 2010, S. 869, S. 870, der dies als „Lebenslüge“ bezeichnet; vgl. auch *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267.

525 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 72 f.

526 Vgl. schon das Eingangszitat dieser Untersuchung: *Isensee*, Das Volk als Grund der Verfassung, S. 73.

527 „Weil, so schließt er messerschaf, nicht sein kann, das nicht sein darf“, letzte Strophe aus „Palmström, Die unmögliche Tatsache“ v. *Christian Morgenstern*, Alle Galgenlieder, Diogenes 1981, S. 163 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

etwa weil „eine solche Einordnung […] zu nicht vertretbaren Konsequenzen" führen würde.[528]

Die Auffassung, wonach die rechtspraktische Auswirkung die Rechtsnatur der Kartellbuße verbindlich zu determinieren imstande sei, ist daher abzulehnen.

D. Ergebnis

Die dargestellten *verfahrens*- und *kompetenzrechtlichen* Rechtsfolgen der strafrechtlichen Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße erfordern eine präzise Einordnung zum engeren oder weiteren Bereich. Handelt es sich bei der europäischen Kartellbuße um eine strafrechtliche Sanktion *im weiteren* Sinne, kommen strafrechtliche Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren *nicht in voller Strenge* zur Anwendung. Nach dieser Auffassung besteht für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen kein Anspruch darauf, dass strafrechtliche Verfahrensrechte des Art. 6 EMRK wie in einem echten Kriminalstrafverfahren Anwendung finden. Die Kommission ist zudem kompetenzrechtlich zu deren Verhängung ermächtigt. Handelt es sich um eine strafrechtliche Sanktion im *engeren* Sinne, stellt das Kartellermittlungsverfahren zur Verhängung schwerster Sanktionen keine hinreichende Legitimationsgrundlage dar, da strafrechtliche Verfahrensrechte nach Art. 6 EMRK *de lege lata* nicht vollumfänglich gewährleistet werden. Die EU hat zudem keine kriminalstrafrechtliche unionsrechtliche Rechtssetzungskompetenz. Artikel 23 VO 1/2003 wäre jedenfalls insoweit als kompetenzwidriger *ultra vires*-Akt unzulässig und nichtig, als er die Verhängung kriminalstrafrechtlicher Sanktionen erlaubte. Wären milliardenschwere Kartellsanktionen zur Ahndung von Kernbereichsbeschränkungen Kriminalstrafen, fehlte eine taugliche Ermächtigungsgrundlage, sodass die Kommission zu ihrer Verhängung nicht legitimiert wäre. Nach dieser Auffassung besteht – vorbehaltlich anderer Reduktionskriterien[529] – für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ein verfahrens- und kompetenzrechtliches Legitimationsdefizit im Kartellermittlungsverfahren. Entscheidend ist, dass die Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte nur legitimiert ist, wenn nachgewiesen werden kann, dass die Kartellbuße eine im weiteren Sinne strafrechtliche Rechtsnatur hat. Im nächsten

---

528 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 23; vgl. zu dieser ergebnisorientierten und nicht seltenen Argumentation: *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 264.

529 In Betracht kommt hier in erster Linie die Unternehmereigenschaft, die es ggf. rechtfertigt, die gegenüber natürlichen Personen entwickelten Schutzbereiche strafrechtlicher Verfahrensrechte in ihrem Anwendungs- und Geltungsumfang gegenüber juristischen Personen zu reduzieren.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abschnitt soll daher der Versuch einer Zuordnung der Rechtsnatur der Kartellbuße unternommen werden.

§ 4 Die dogmatische Legitimationskontrolle der strafrechtlichen Rechtsnatur des europäischen Kartellermittlungsverfahrens

Nachfolgend ist dogmatisch zu überprüfen, ob die Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren aufgrund der strafrechtlichen Rechtsnatur *im weiteren Sinne* legitim ist. Dies wäre – *argumentum e contrario* – bei einer strafrechtlichen Rechtsnatur *im engeren Sinne* illegitim. Für die Zuordnung sollen die *konventions*- (A.) und *unions*- (B.) sowie *nationalrechtlichen* (C.) Abgrenzungskriterien zur Unterscheidung der Strafrechtsnatur untersucht werden.[530]

Anders als bisherige Untersuchungen, soll dabei die legitimatorische Nachweispflicht berücksichtigt werden. Es ist weder die Aufgabe dieser Untersuchung noch von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, den dogmatischen Nachweis zu führen, dass es sich bei europäischen Kartellbußen tatsächlich um echte Kriminalstrafen handelt. Es obliegt der Europäischen Union, der Generaldirektion Wettbewerb und den Gerichten dogmatisch nachzuweisen, dass es sich um eine Strafsanktion im weiteren Sinne handelt, sofern sie hiervon eine Sanktionskompetenz und die Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte legitimatorisch ableiten. Es überzeugt daher von vornherein nicht, wenn Schubert etwa „inhaltliche Einwände gegen den Kriminalstrafcharakter“ prüfen will.[531] Dies verkennt, dass die Vorenthaltung fundamentaler Strafverfahrensrechte in Verfahren zur Verhängung erheblicher Strafsanktionen einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff darstellt. Zweifel am Sanktionscharakter müssen sich folglich zulasten des hoheitlichen Gewaltenträgers und Sanktionierenden auswirken. Aus legitimationsdogmatischer Sicht genügt es daher zu überprüfen, ob die gegenwärtigen Begründungen für eine im weiten Sinne strafrechtliche Einordnung einer kritischen Analyse standhalten.

---

530 Die vorrangige Untersuchung der Jussila-Entscheidung ist geboten, weil sich der EuGH auf diese Entscheidung bezieht.

531 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 72 ff.; dies gilt hier erst recht, weil er unzulässigerweise von der gegenwärtigen Ausgestaltung des Verfahrens Ableitungen für die Ausgestaltung machen will.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

A. Das konventionsrechtliche Abgrenzungskriterium der Strafrechtsnatur

Die Legitimationskontrolle steht dabei jedoch vor der Schwierigkeit, dass keine konventionsrechtlichen Kriterien existieren, um das Strafrecht im engeren und weiteren Sinne zu unterscheiden. Während das zweite Kapitel der Untersuchung auf die „*Engel-Kriterien*" zur Unterscheidung der verwaltungs- und strafrechtlichen Rechtsnatur zurückgreifen konnte, um die generelle Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte zu überprüfen, fehlen entsprechend ausdifferenzierte „*Jussila-Kriterien*".[532]

I. Der nennenswerte Grad an Stigmatisierung

Der EGMR hat in der Jussila-Entscheidung die Fragmentierung des nationalen Strafrechts und die Reduktion der Verfahrensrechte durch die hohen Vertragsparteien als mit Art. 6 EMRK für vereinbar erklärt. Er hat jedoch keine konkreten „Jussila-Kriterien" zur Abgrenzung der fragmentierten Strafbereiche entwickelt. Zwar bezieht sich der EGMR im Urteil auf das „Stigma" oder den „nennenswerten Grad an Stigmatisierung":

> „[i]t is self-evident that there are criminal cases which do not carry any *significant degree of stigma* [Hervorh. d. Verf.]. There are clearly ‚criminal charges' of differing weight."[533]

Es fehlen aber Ausführungen dazu, was autonom konventionsrechtlich unter (k)einem „Stigma" oder „(k)einem signifikanten Grad an Stigmatisierung" zu verstehen ist, wer darüber entscheidet und woran dies festzumachen ist.[534] Diese legitimatorische Unzulänglichkeit wurde bereits in der Jussila-Entscheidung im Sondervotum von Richter Loucaides bemängelt:

> „I find it difficult, in the context of a fair trial, to distinguish, as the majority do in this case, between criminal offences belonging to the ‚hard core of criminal law' and others which fall outside that category. Where does one draw the line?"[535]

---

532 *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 1.

533 EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43, [deutsch:] *Es ist offensichtlich, dass es strafrechtliche Fälle gibt, denen kein signifikantes Maß an Stigmatisierung anhaftet. Es gibt offensichtlich ‚strafrechtliche Anklagen' unterschiedlichen Gewichts*; vgl. auch EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10, Rn. 120.

534 Auch in der Entscheidung EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10, Rn. 122, spricht der EGMR administrativen Verwaltungssanktionen des italienischen Rechts im konkreten Fall ein „significant degree of stigma" zu, ohne auszuführen, wie er zu dieser Einschätzung kommt.

535 Sondervotum Richter *Loucaides* u. a., EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, [deutsch:] *Mir fällt es schwer, wie die Mehrheit in diesem Fall, im*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

In der Entscheidung *A u. B* unterstellt der EGMR-Richter Pinto de Albuquerque der Differenzierung in seinem Sondervotum konzeptuelle Unklarheit:

> „[…] the Court has not made any effort […] to develop a coherent approach to the magna quaestio of the dividing line between ‚hard core of criminal law' and the rest of criminal law, which echoes the outdated distinction between the mala in se and the mala prohibita. Besides being too simplistic, the Grand Chamber's distinction seems rather artificial. In Jussila, as in a few other cases, the social stigma criterion resembles a merely rhetorical argument that the Court does not really use to solve cases. In fact, the Court decided the Jussila case very pragmatically […]"[536]

Auch in neueren Entscheidungen, wie *SA-Capital*, konstatiert Richter Kosekelo in einem Sondervotum:

> „[…] the Court can hardly be credited with having so far developed any clear or coherent set of criteria or principles for what such a differentiated approach will mean in more concrete terms."[537]

Dass es zudem keinen ausziselierten konventionsrechtlichen Begriff der *Kriminalstrafe* gibt,[538] hinterlässt eine „klaffende theoretische Lücke".[539] Sie zu schließen überlässt der EGMR den hohen Vertragsparteien. Der Rechtsprechung des EGMR können daher weder ein konventionsrechtliches Verständnis noch materielle Voraussetzungen des „Stigmas" zur Unterscheidung der strafrechtlichen Rechtsnatur abgerungen werden.

Rahmen eines fairen Verfahrens, zwischen Straftaten zu unterscheiden, die zum „harten Kern des Strafrechts" gehören, und anderen, die nicht in diese Kategorie fallen. Wo soll man die Grenze ziehen?

536 EGMR, U. v. 15.11.2016 – A u. B/Norwegen – Nr. 24130/11 u. 29758/11, Sondervotum a. E., Rn. 29, [deutsch:] […] *der Gerichtshof hat keine Anstrengungen unternommen* […]*, um einen kohärenten Ansatz für die magna quaestio der Abgrenzung zwischen dem „harten Kern-Strafrecht" und dem übrigen Strafrecht zu entwickeln, der an die überholte Unterscheidung zwischen der mala in se und der mala prohibita erinnert. Die Unterscheidung der Großen Kammer ist nicht nur zu eindimensional, sondern wirkt auch recht künstlich. In der Rechtssache Jussila, wie auch in einigen anderen Fällen, ist das Kriterium der sozialen Stigmatisierung ein rein rhetorisches Argument, das der Gerichtshof nicht wirklich zur Lösung von Fällen verwendet. In der Tat hat der Gerichtshof die Rechtssache Jussila sehr pragmatisch entschieden,* […].

537 Sondervotum Richter *Kosekelo*, EGMR, U. v. 14.2.2019 – SA-Capital/Finland – Nr. 5556/10, Rn. 3, [deutsch:] *Dem Gerichtshof kann kaum zugutegehalten werden, dass er bislang klare oder kohärente Kriterien oder Grundsätze dafür entwickelt hat, was ein solch differenzierter Ansatz konkret bedeuten soll.*

538 *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 48.

539 *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 49.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Determinierung der strafrechtlichen Rechtsnatur des Wettbewerbsrechts durch den EGMR

Im Schrifttum wird aus einer systematisch-normativen Rechtsvergleichung des nationalen und des europäischen Wettbewerbsrechts dennoch behauptet, der EGMR habe die Rechtsnatur des Wettbewerbsrechts verbindlich vorgegeben.[540] Mit der *Société Stenuit*-Entscheidung, auf die sich die *Jussila*-Entscheidung bezieht, habe der EGMR das Wettbewerbsrecht dem Strafrecht im *weiteren* Sinne zugeordnet.

> „[…] the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example […] competition law."[541]

Auch in der *Menarini*-Entscheidung erklärte der EGMR das italienische Wettbewerbsrecht, das die Verhängung „strafrechtlicher" Sanktionen durch eine Verwaltungsbehörde bei anschließender voller gerichtlicher Kontrolle vorsieht, für mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar.[542] Dies hat der EGMR in der Entscheidung *SA-Capital* nicht nur bestätigt, sondern auch hiervon abgeleitet:

> „Thus, in the light of the Court's established case-law, it is not a requirement under Article 6 of the Convention that proceedings such as those concerning sanctions for breaches of competition law be conducted according to the classic model of a criminal trial."[543]

Daraus wird teilweise unmittelbar[544], teilweise aufgrund eines strukturell-normativen Vergleichs des italienischen und europäischen Kartellrechts abge-

---

[540] *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328, 334; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 12; vgl. *Fink*, Wirksamer Schutz der, S. 55, m. w. N.

[541] Die Entscheidung *Société Stenuit* wurde aus der Fallliste des EGMR gestrichen, vgl. aber EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43, [deutsch:] *Die Engel-Kriterien haben zu einer sukzesssiven Ausweitung des Strafrechtsbereiches auf Fälle geführt, die nicht streng zu den herkömmlichen Kategorien des Strafrechts gehören, wie zum Beispiel* […] *das Wettbewerbsrecht*.

[542] EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 59: „Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que dans une procédure de nature administrative, une ‚peine' soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction."; zu den möglichen Ableitungen aus dem Urteil: *Bronckers/Vallery*, European Competition Journal 8, 2012, S. 283, S. 286 ff.

[543] EGMR, U. v. 14.2.2019 – SA-Capital/Finland – Nr. 5556/10, Rn. 72, [deutsch:] „In Anbetracht der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ist es daher nach Art. 6 der Konvention nicht erforderlich, dass Verfahren, wie diejenigen, die Sanktionen für Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht betreffen, nach dem klassischen Modell eines Strafverfahrens durchgeführt werden."

[544] *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 15.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

leitet, dass der EGMR Letzteres nicht dem strafrechtlichen Kernbereich, sondern dem „Bereich des Strafrechts, wie dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht“ zuordnen würde.[545] Kartellsanktionen, die gegen Unternehmen wegen Wettbewerbszuwiderhandlungen verhängt und nach dem nationalen Recht nicht als „Kriminalstrafe“ eingeordnet würden, seien folglich automatisch der zweiten Kategorie – der strafrechtlichen Kategorie im weiteren Sinne – zuzuordnen.[546] Wils schlussfolgert hieraus, dass das Kartellermittlungsverfahren, das eine Verwaltungsbehörde sowohl mit der Ermittlungs- als auch Anklagefunktion kombiniert, mit Art. 6 EMRK vereinbar ist, da die vollständige gerichtliche Überprüfbarkeit gewährleistet sei.[547]

III. Stellungnahme

Prima facie erscheint der EGMR das Wettbewerbsrecht verbindlich dem weiten Strafrechtsbereich zuzuordnen. Zutreffend dürfte jedenfalls die strukturelle Vergleichbarkeit des unionalen und italienischen Wettbewerbsrechts sein. So kann nach Art. 15 Abs. 1 *bis* des italienischen Wettbewerbsgesetzes eine Geldbuße für Wettbewerbsverstöße i. H. v. 10 % des Umsatzes des letzten Geschäftsjahrs verhängt werden.[548] Auch in *Menarini* hat der EGMR zwar die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Verfahrensrechte des Art. 6 EMRK dem Grunde nach bejaht. Danach entbindet die Natur von Kartellverfahren als Verwaltungsverfahren die Vertragsstaaten nicht davon, alle strafrechtlichen Garantien zu beachten. Die Rechtsnatur kann aber die Art und Weise beeinflussen, in der diese angewendet werden.[549] Wenn F. Meyer daher konstatiert, dass die gewagte Behauptung, der EGMR würde die europäische Kartellbuße dem Kriminalstrafrecht zuordnen, kaum haltbar ist und auf keinem tragenden Rechtsprechungsfundament ruht, ist dem uneingeschränkt zuzustimmen.[550]

Auf den zweiten Blick offenbart sich allerdings, dass diese Erkenntnis nicht zum Beweis der Behauptung taugt, dass unionale oder nationale Kartellsank-

---

545 *F. Meyer*, FK Art. 101 AEUV, Rn. 21.

546 *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 15.

547 *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 3.

548 Legge 10 ottobre 1990, n. 287 – Norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

549 EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 44, 62: „Par ailleurs, la Cour rappelle que la nature d’une procédure administrative peut différer, sous plusieurs aspects, de la nature d’une procédure pénale au sens strict du terme. Si ces différences ne sauraient exonérer les Etats contractants de leur obligation de respecter toutes les garanties offertes par le volet pénal de l’article 6, elles peuvent néanmoins influencer les modalités de leur application.“

550 *F. Meyer*, FK Art. 101 AEUV, Rn. 21.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tionen *zwingend* Strafsanktionen im weiteren Sinne sind.[551] Zum einen hat der EGMR bislang nur ausdrücklich zur Rechtsnatur der nationalen Kartellsanktion Stellung bezogen. Die Rechtsprechung bezieht sich nicht auf das europäische Wettbewerbsrecht.[552] Zum anderen hilft auch die strukturelle Vergleichbarkeit nationaler und europäischer Wettbewerbssanktionen nicht darüber hinweg, dass der EGMR nur *spezifisches Konventionsrecht* prüft, mithin die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit Art. 6 EMRK. Der Ausgangspunkt eines Verfahrens vor dem EGMR ist damit der spezifische Vorwurf eines Individualbeschwerdeführers, dass ein Wettbewerbsverfahren, das nicht als Kriminalstrafverfahren im engeren Sinne ausgestaltet ist, gegen Art. 6 EMRK verstößt. In den dargestellten Urteilen stellt der EGMR im Tenor zu zwei insoweit fest, dass kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt. Dies bedeutet, es ist mit Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht unvereinbar, dass ein nationales Wettbewerbsrecht als Verwaltungsverfahren ausgestaltet und hiervon abgeleitet wird, dass strafrechtliche Verfahrensrechte nicht vollumfänglich Anwendung finden. Konstatieren lässt sich damit, dass nach der autonomkonventionsrechtlichen Auslegung das nationale Wettbewerbsrecht nicht dem Kernstrafrecht zuzuordnen ist.

Der EGMR entscheidet damit aber weder letztverbindlich über die Rechtsnatur aller 46 Wettbewerbsordnungen der Vertragsstaaten noch über die spezifische (z. B.) italienische Strafrechtsdogmatik oder -kompetenz. Der EGMR hat weder die Kompetenz noch ein Interesse daran, die Rechtsnatur einer Sanktion der hohen Vertragsparteien rechtsverbindlich zu determinieren. Es ist den Mitgliedern des Europarats gerade freigestellt, ein geschlossenes Sanktionssystem zu wählen und das Wettbewerbsrecht nach italienischem oder deutschem Vorbild einer Art Ordnungswidrigkeitenrecht zuzuordnen und Strafverfahrensrechte zu reduzieren. Die Entscheidungsbefugnis für die Wahl des Verfahrens liegt unbestritten bei den souveränen Vertragsparteien als Teil des demokratischen Selbstbestimmungsrechts auf dem Gebiet des Strafrechts.[553] Der EGMR führt aus:

> „Die Konvention legt den Staaten nichts in den Weg, bei der Erfüllung ihrer Aufgaben als Wahrer des öffentlichen Interesses in ihrem innerstaatlichen Recht verschiedene Kategorien von Zuwiderhandlungen zu unterscheiden und entsprechende Abgrenzungen vorzunehmen.“[554]

---

551 So aber wohl *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 334 in Fn. 1037; *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 15.

552 *F. Meyer*, FK Art. 101 AEUV, Rn. 21.

553 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 18; *Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 24.

554 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 49.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Reicht die Kompetenz des EGMR aber nicht so weit, den Vertragsparteien dogmatisch verbindliche Zuordnungen der Rechtsnatur des Kartellverfahrens zu oktroyieren, kann dies – erst recht – nicht für die EU gelten, die keine Vertragspartei ist. Selbst das sekundäre Unionsrecht überlässt in Art. 5 VO 1/2003 die Entscheidung darüber, ob Kriminalstrafen als „sonstige im innerstaatlichen Recht vorgesehene Sanktionen" verhängt werden, den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten in ihrem Anwendungsbereich.[555] Der EGMR betont in *Jussila* zudem, dass die strafrechtlichen Fundamentalgarantien nicht *notwendigerweise* vollständig zur Anwendung kommen.[556] Damit besteht im Ergebnis kein sich aus der EMRK ergebender Zwang, das Kartellverfahren legitimatorisch als Kriminalstrafverfahren zu führen.[557] Von Individualbeschwerden vor dem EGMR, die dies positiv geltend machen wollten, müsste aus anwaltlicher Sicht in Ermangelung jeglicher Erfolgsaussicht abgeraten werden, was die Entscheidung *SA-Capital* unterstreicht. Einzig zulässiger Rückschluss hieraus ist, dass es der EU gestattet ist, ein im weiteren Sinne strafrechtliches Wettbewerbsrecht zu etablieren, das der EGMR nicht als unvereinbar mit Art. 6 EMRK ansehen würde. Das ist jedoch nicht umstritten.

Dem Gesagten lässt sich indes ebenso wenig ein diametral gegensätzlicher imperativer Zwang zur Einordnung als Ordnungswidrigkeit ableiten. Es ist ebenso mit Art. 6 EMRK vereinbar, wenn Vertragsstaaten ein offenes Sanktionssystem wählen wie Irland oder Dänemark,[558] das Wettbewerbsrecht vollständig als echtes Kriminalstrafrecht oder wie Deutschland teilkriminalisiert ausgestalten.[559] Den Vertragsstaaten steht damit ein Wahlrecht zu. Wird allerdings eine kriminalstrafrechtliche Einordnung vorgenommen, sind die strafrechtlichen Verfahrensrechte des Art. 6 Abs. 1 EMRK zwingend vollständig zu gewährleisten.[560] Wils konstatiert:

> „This alternative means of satisfying the requirements of Article 6(1) ECHR does however not appear to be available in more traditional areas of criminal law or in areas considered criminal under domestic law. In those areas the case law of the European Court of Human Rights appears to require separation of the adjudicative

555 *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 12, Rn. 43.

556 EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43; vgl. auch oben SA-Capital: „not a requirement".

557 *F. Meyer*, in FK, Art. 101 AEUV, Rn. 20 f., m. w. N.

558 *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 1.

559 Vgl. § 298 StGB.

560 Vgl. EGMR, U. v. 25.2.1997 – Findlay/Vereinigtes Königreich – Nr. 22107/93, Rn. 79: „Since the applicant's hearing was concerned with serious charges classified as ‚criminal' under both domestic and Convention law, he was entitled to a first-instance tribunal which fully met the requirements of Article 6 para. 1"; vgl. auch *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 15.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

function from the investigative and prosecutorial function already at first instance."[561]

Daraus folgt, dass der EGMR die Frage der Rechtsnatur nationaler Kartellsanktionen „imperativ" nur konventionsrechtlich, aber nicht national- oder gar unionsrechtlich beantwortet und auch keine entsprechende Intention hierfür hat, sondern diese Wahl den Vertragsstaaten überlässt. Damit schrumpft der Bedeutungsgehalt von *Menarini* auf die Aussage, dass es sich bei Kartellsanktionen um Ordnungswidrigkeitenrecht handeln darf, wenn es sich nicht um Kriminalstrafrecht handelt. Die alles entscheidende Frage, ab wann eine Kartellsanktion durch einen „nennenswerten Grad an Stigmatisierung" dennoch zur Kriminalstrafe wird, ist aber weiterhin unklar. In seiner Entscheidung *Grande Stevens* spricht der EGMR administrativen Verwaltungssanktionen der italienischen Wettbewerbsbehörde gegenüber natürlichen Personen zwar „a significant degree of stigma" zu.[562] Unklar bleibt aber, ob der EGMR das Stigma inhaltlich etwa an der verwaltungsrechtlichen Geldbuße, dem zwei bis viermonatigen Beschäftigungsverbot oder einer Gesamtschau beider Merkmale festmacht. Die Verhängung einer administrativen Geldbuße enthalte jedenfalls neben dem Stigma „the temporary loss of their honour for the representatives of the companies involved" das Beschäftigungsverbot „was such as to compromise the integrity of the persons concerned".[563] Grundrechtsdogmatisch drückt das Stigma also eine negative staatliche Wertung an moralisch und ethisch grundsätzlich ansprechbare Personen aus, die in besonderer Weise in dessen Persönlichkeitsrecht eingreifen, weil ein solcher Ausdruck keiner anderen staatlichen Sanktion immanent ist. Ob dieser Gedanke auch auf juristische Personen übertragbar ist, bleibt offen.

Übertragen auf das Unionsrecht, bedeutete dies, dass die Wahl der Sanktionsnatur auf den Unionsgesetzgeber zurückfiele. Dagegen spricht aber die fehlende Vergleichbarkeit der nationalen und europäischen Rechtsordnung, die zum Ausgangsproblem zurückführt. Die Union sieht nur eine Sanktion vor, unterscheidet also keine Sanktionsarten voneinander, und hat, im Unterschied zu den nationalen Mitgliedstaaten, keine Kompetenz, eine Kriminalsanktion zu erlassen, sodass die vermeintliche Wahlfreiheit auf Unionsebene

561 *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 3; auch in späteren Arbeiten beruft sich Wils ausdrücklich darauf, dass eine zwingende Einordnung nur dann gilt, wenn diese nach dem nationalen Recht nicht als kriminalstrafrechtlich klassifiziert wurde, vgl. *ders.*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 15.

562 EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10, Rn. 122.

563 EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10, Rn. 97 f., [deutsch:] „der zweitweise Verlust der Ehre für die Vertreter der involvierten Unternehmen"; „hat die Integrität der betroffenen Personen gefährdet". In Rn. 122 spricht er davon, dass ein Stigma einen ethischen Tadel beinhaltet, was impliziert, dass das Stigma hiervon unabhängig ist.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht existiert. Selbst wenn man der Rechtsprechung des EGMR einen für die Unionsdogmatik belangvollen Gehalt zusprechen wollte, bliebe die hier zu untersuchende Ausgangsfrage offen, ob das Unionsrecht selbst einen weitergehenden Grundrechtsschutz gewährleisten muss.

IV. Ergebnis

Der EGMR unterscheidet die strafrechtliche Rechtsnatur am „nennenswerten Grad der Stigmatisierung" der Strafrechtsfälle, ohne das Kriterium zu konkretisieren. Anders als teilweise im Schrifttum behauptet, determiniert der EGMR zudem weder die Rechtsnatur des nationalen und erst recht nicht des unionsrechtlichen Wettbewerbsrechts imperativ. Die Wahlfreiheit und Kompetenz des nationalen Gesetzgebers, enge und weite Strafsanktionen zu unterscheiden und Kartellsanktionen dem engen oder weiten Bereich zuzuordnen, ist nicht auf das Unionsrecht übertragbar. Insgesamt lässt sich daher aus dem Konventionsrecht kein Abgrenzungskriterium der strafrechtlichen Rechtsnatur ableiten. Soweit dennoch auf die dargestellten Kriterien abgestellt wird, liegt ein Legitimationsdefizit vor. Es gilt daher zu untersuchen, ob unionsrechtliche Abgrenzungskriterien in Betracht kommen.

B. Die unionsrechtlichen Abgrenzungskriterien der Strafrechtsnatur

In der unionsrechtlichen Sanktionsdogmatik haben sich bislang keine verbindlichen Abgrenzungskriterien zur Unterscheidung der Strafrechtsnatur etabliert. Auch die Unionsgerichte haben keine eigenständige Abgrenzungsdogmatik entwickelt. In der Literatur wird indessen auf das „Stigma" bzw. das „sozial-ethische Unwerturteil" (I.) der Kartellbuße abgestellt. Oftmals wird die Auslegung des Primär- und Sekundärrechts (II.) herangezogen, vereinzelt auch die Sanktionshöhe (III.).

I. Das Stigma bzw. das sozial-ethische Unwerturteil

Im Schrifttum wird zur Abgrenzung der engen und weiten Strafrechtsnatur auf das „Stigma" oder das „sozial-ethische Unwerturteil" der Kartellbuße abgestellt. Auch GA Jakobs stellt zur Unterscheidung von „Straf- und anderen Sanktionen" darauf ab, dass der Zweck einer Strafsanktion über die schlichte Abschreckung hinausgeht:

„[…] er umfaßt weiter die gesellschaftliche Mißbilligung oder ein Unwerturteil."[564]

[564] Schlussanträge GA Jacobs v. 27.10.1992 – Deutschland/Kommission – Rs. C.240/90, ECLI:EU:C:1992:237, Rn. 11 = I-5408.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die unbestimmten Rechtsbegriffe müssen zunächst genuin unionsrechtlich ausgelegt werden.

1. Der Begriff des Stigmas oder des sozial-ethischen Unwerturteils im Unionsrecht

Das „Stigma" oder die „sozial-ethische Missbilligung" sind im Unionsrecht nicht legaldefiniert.[565] Weder die Unionsgerichte noch die Literatur haben unionsrechtliche Definitionen entwickelt. Auch auf ein konventionsrechtliches Verständnis kann nicht rekurriert werden, weil der EGMR den „nennenswerten Grad an Stigmatisierung" oder das „Stigma" nicht selbst mit Inhalt füllt, sondern die Abgrenzung den Vertragsparteien überlässt.[566] Es fehlt damit an einer unionsrechtlichen Definition des Stigmas oder der sozial-ethischen Missbilligung. Im Schrifttum führt dieser Missstand zu Begriffskonfusionen. Biermann spricht der Geldbuße im selben Abschnitt ein „Unwerturteil", jedoch keinen „sittlich-ethischen Tadel" zu, ohne Unterscheidungskriterien oder Folgen hierfür darzulegen. Er konstatiert, dass fraglich sei, ob:

> „[…] insbesondere Verstöße gegen die materiellen Wettbewerbsregeln nicht mindestens denselben Grad an Sozialschädlichkeit wie die traditionellen Kriminalstraftaten des Wirtschaftsstrafrechts aufweisen."[567]

Geht man mit dem Bundesverfassungsgericht davon aus, dass jeder Strafvorschrift ein mit staatlicher Autorität versehenes „sozial-ethisches Unwerturteil" der betroffenen Rechtsgemeinschaft über die von ihr pönalisierten Handlungsweisen und die Autorisierung zur Verhängung einer eingriffsintensiven Sanktion innewohnt,[568] ließe sich argumentieren, dass jeder punitiven Sanktion ein Unwerturteil, aber nur kriminalstrafrechtlichen Sanktionen ein

---

565 Erwähnung, aber keine dogmatische Definition findet eine „Behaftung mit einem sozialen Unwerturteil" in Schlussanträge v. GA Pitruzzella, v. 11.6.2019 – NMBS – verb. Rs. C-349/18 bis C-351/18, ECLI:EU:C:2019:478, Rn. 44; Schlussanträge v. GAin Kokott, v. 28.2.2013 – Schenker – Rs. C-681/11, ECLI:EU:C_2013:126, Rn. 5; vgl. Schlussanträge v. GAin Kokott, v. 24.5.2012 – Verhuizingen Coppens – Rs. C-441/11, ECLI:EU:C:2012:317, Rn. 58.

566 Vgl. oben unter A.

567 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 337 f., m. w. N.; auch *Yomere* behauptet dies und meint kartellrechtlichen Bußgeldentscheidungen komme ein „eigenes Unwerturteil […] wenngleich auch ohne die sittlich-ethische Missbilligung, die der Kriminalstrafe eigen ist" zu, *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 50; anders hingegen *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90, der hingegen davon spricht, dass der Kartellbuße kein „moralisches Unwerturteil" zukomme; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 87 ff.; *Theurer*, Geldbußen im EU-Wettbewerbsrecht, S. 69 ff., 73.

568 BVerfGE 27, 18, Rn. 36.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„sozial-ethischer Tadel“ zukäme.[569] Auch insoweit bleibt die genaue Definition oder die Abgrenzung aber unklar, wenn Bechtold Geldbußen etwa „kein moralisches Unwerturteil“ zuspricht.[570] Teilweise wird im Unionsrecht das „Unwerturteil“ auch mit „Stigma“ gleichgesetzt.[571] Ohne ein autonom unionsrechtliches Verständnis, das zudem graduell zwischen Unwerturteil und sittlichem Tadel im Individual- bzw. Wirtschaftsstrafrecht differenzieren müsste, bleibt unklar, weshalb es in der europäischen Sanktionsdogmatik überhaupt auf dieses Kriterium zur Unterscheidung der strafrechtlichen Rechtsnatur ankommen soll.

2. Das Stigma der europäischen Kartellbuße

Das Stigma eines sozial-ethischen Tadels wird trotz der dargestellten dogmatischen Unklarheiten als strafrechtliches Differenzierungskriterium herangezogen.[572] Der europäischen Kartellbuße wird – ohne materiellrechtlich erkennbare Formulierungs- und Bedeutungsnuancierung – ein sozial-ethischer oder stigmatisierender Unwertgehalt,[573] ein sozial-ethisches Unwerturteil[574] oder Tadel,[575] ein moralisches Unwerturteil,[576] die soziale Stigmatisierungs-

---

569 In diesem Sinne auch *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 50; auch sie lässt jedoch unausgeführt, worin genau die dogmatische Grenzlinie läuft oder welche Abgrenzungskriterien existieren, sodass das Absprechen der sittlich-ethischen Missbilligung eher ergebnisorientiert und jedenfalls mit nicht wissenschaftlich nachprüfbaren Kriterien abgelehnt wird; Die Entwicklung materiell-strafrechtlicher Kriminalisierungskriterien steht dabei insgesamt jedoch sowohl im nationalen als auch internationalen Bereich am Anfang, *F. Meyer*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, Rn. 23, m. w. N.; vgl. *Coca-Vila*, in: Strafrecht und Demokratie, S. 80; anders aber wohl von Hirsch/*Hörnle*, GA 1995, S. 261, S. 261 ff., die davon ausgehen, beides könne als Synonym verwendet werden, S. 265.

570 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90.

571 Vgl. GAin Kokott, in: Schlussanträge v. 28.2.2013 – Schenker – Rs. C-681/11, ECLI:EU:C:2013:126, Rn. 59.

572 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 87 ff., 178; kritisch zur unmittelbaren Übertragung nationaler Sanktionskonzepte auf das Mehrebenensystem der Union ohne einen vorherigen Transformationsprozess, vgl. *F. Meyer*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 26, Rn. 14.

573 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 178.

574 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 67.

575 *Dannecker/u. a.*, Das EG-Kartellrecht, S. 6 f., der von sozial-ethischem Vorwurf und sittlich-ethischer Missbilligung spricht.

576 *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 47, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wirkung[577] oder eine sittlich-ethische Missbilligung[578] abgesprochen. Die Kriminalstrafe sei der Ausgleich einer strafbaren, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung durch Auferlegung eines der Schwere von Unrecht und Schuld angemessenen Übels, das eine öffentliche Missbilligung der Tat ausdrücke.[579] Die Kriminalstrafe sei durch das sittlich-ethische Unwerturteil als Folge eines Verstoßes gegen Normen mit sozial-ethischer Fundierung gekennzeichnet, dem eine stigmatisierende Wirkung in Form der Degradierung des sozial-ethischen Status des Verurteilen anhafte.[580] Die Kartellsanktion bringe als Verwaltungssanktion jedoch kein gesellschaftliches oder sittlich-ethisches Unwerturteil zum Ausdruck, sodass nicht von einer Stigmatisierung gesprochen werden könne.[581] Ohne dieses nur der Kriminalstrafe immanente und damit konstituierende Kriterium sei die Kartellbuße und akzessorisch das Verfahren dem Strafrecht im *weiteren* Sinne zuzuordnen.[582] Wie die Literatur zu diesem Ergebnis kommt, bleibt jedoch fraglich.

Theurer wendet ein, dass in den meisten Rechtsordnungen dem Schutz überindividueller wirtschaftlicher Interessen kein moralisches Unwerturteil zugrunde liege.[583] Die individuellen rechtsgüterschützende Natur der Kartellbuße mit ihren mannigfaltigen und komplexen wirtschaftlichen und ökonomischen Individualschutzfunktionen wurde aber bereits oben dargestellt und wird auch von Theurer anerkannt. Das Primär- und das Sekundärrecht schweigen zudem über die stigmatisierende und sittlich-ethische Verwerflichkeit der europäischen Kartellbuße. Die Unionsgerichte haben ihr bislang nicht aus-

577 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 72, der „Zweifel" für ausreichend hält.

578 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, 337, m. w. N.; vgl. *Lorenzmeier*, ZIS 2018, S. 20, S. 21; *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 23; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 90, spricht von einem sittlichen Unwerturteil und einer *sozialethischen Stigmatisierungsfunktion.*

579 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 86.

580 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 87, m. w. N. auf die nationale Literatur.

581 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 87, m. w. N.

582 *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 46 f., die indes selbst konstatiert, dass „noch weitestgehend unklar ist, wie und woran ein sozialethischer Vorwurf" gegen Unternehmen geknüpft werden kann.

583 *Theurer*, Geldbußen im EU-Wettbewerbsrecht, S. 71, m. w. N., der sich an einer Abwägung des Für und Wider einer moralischen Verwerflichkeit probiert, jedoch ohne dogmatischen Unterbau; auch *Deutscher* geht – ohne Begründung – davon aus, dass die Prinzipien des Stigmas auch im Unionsrecht Anwendung fänden, wobei von einem – erneut ohne Begründung – „sittlich-ethischen Unwerturteil, von einer Stigmatisierung" nicht gesprochen werden könne, *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 87.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

drücklich ein sozial-ethisches Stigma attestiert. Anders Generalanwältin Kokott, die feststellt, eine zivilrechtliche Haftung eines Kartellanwalts:

> „[…] kann überdies das Unwerturteil („Stigma") nicht ungeschehen machen, welches mit der Verhängung kartellrechtlicher – also strafrechtsähnlicher – Sanktionen gegen Unternehmen einhergeht."[584]

Dem schließt sich Forrester an, wenn er Kartellbußen kriminalstrafrechtlichen Charakter zuspricht, denen die Intention immanent sei, ein hohes Maß an moralische Verurteilung und Missbilligung aufzuerlegen, was zu einem „erhebliche[n] moralische[n] Stigma" führe.[585] Auch Lorenzmaier, der die kriminalstrafrechtliche Theorie ablehnt konstatiert, dass Geldbußen präventiv und repressiv wirkende Sanktionen seien, die „aufgrund ihres bedeutenden Eingriffs in die Rechtssphäre der Betroffenen und dem enthaltenen sozialethischen Unwerturteil als strafrechtliche Sanktionen einzustufen" seien.[586] Stellt man mit dem EGMR auf das Stigma des strafrechtlichen Verhaltens („criminal cases") und das Gewicht der strafrechtlichen Anklage („criminal charge") ab[587], beschreiben das EuG und GAin Sharpston die kartellrechtliche Zuwiderhandlung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV – wenn auch ohne Begründung – als ein:

> „[…] Verhalten, das allgemein als unlauter und gemeinschädigend angesehen wird – ein Merkmal, das es mit strafbaren Handlungen gemeinsam hat und das mit einem deutlichen Stigma verbunden ist."[588]

Der Kontext der Entscheidungen zeigt jedoch, dass das „Stigma" sich auf das Kartell*verhalten* bezieht und als *Engel*- und nicht als *Jussila*-Kriterium verwendet wird. Es dient lediglich zur Prüfung der konventionsrechtlichen „Strafrechtlichkeit" i. S. d. Art. 6 EMRK. Dadurch wird klar, weshalb die Kartellzuwiderhandlung und die Kartellbuße trotz des Stigmas in den Bereich des Strafrechtlichen eingeordnet werden, sich aber doch „vom harten Kern des Strafrechts" i. S. d. Art. 6 EMRK abheben sollen.

---

584 Schlussanträge v. GAin Kokott, v. 28.2.2013 – Schenker – Rs. C-681/11, ECLI:EU:C:2013:126, Rn. 59.

585 *Forrester*, ELR 2011, S. 185, S. 200 u. S. 202.

586 *Lorenzmeier*, ZIS 2018, S. 20, S. 23.

587 EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43.

588 EuG, U. v. 16.12.2015 – Marinair Holland – Rs. T-67/11, ECLI:EU:T:215:984, Rn. 29; EuG, U. v. 16.12.2015 – Koninklijke Luchtvaart Maatschappij – Rs. T-28/11, ECLI:EU:T:2015:995, Rn. 38, alle in Anlehnung an Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.02.2011 – KME – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 67.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Stellungnahme

Die Ausführungen zeigen, dass das „Stigma“ und die „sozial-ethische Missbilligung“ als Abgrenzungskriterien der strafrechtlichen Rechtsnatur im Unionsrecht untauglich sind. Zum einen sind die Begriffe weder inhaltlich bestimmt noch ist dogmatisch erkennbar, woraus sich das Stigma oder die sozial-ethische Missbilligung ergeben soll. Zum anderen wird der Kartellsanktion und auch der Kartellzuwiderhandlung ein deutliches sozial-ethisches Stigma zugeschrieben. Wird daraus dennoch abgeleitet, dass die Kartellbuße der Rechtsnatur nach eine Strafe im weiteren Sinne sei, ist das Stigma zur Bestimmung einer unionsrechtlichen Kriminalstrafe rechtlich nicht konstituierend. Damit ist das Stigma als Anknüpfungspunkt zur Unterscheidung der fragmentierten strafrechtlichen Rechtsnatur gänzlich ungeeignet, wollte man nicht den *Grad* des Stigmas unterscheiden.[589] Für diese Möglichkeit spricht zwar, dass auch die *Jussila*-Rechtsprechung dies impliziert, wenn sie von einem „*nennenswerten* Grad des Stigmas“ spricht.[590] Dagegen spricht jedoch, dass der unbestimmte Rechtsbegriff des Stigmas erst recht durch eine normative Aufladung des „nennenswerten Grades“ unbestimmt und willkürlich bleibt und dass oben bereits von einem „deutlichen Stigma“ gesprochen wurde. Hinzu kommt, dass GAin Sharpston dem Versuch der Beschwerdeführer, einen Vergleich der Stigmata von Wettbewerbsverstößen zur strafrechtlichen Steuerhinterziehung zu ziehen, in Anbetracht der Unschärfe des Begriffs Einhalt geboten wurde.[591] Eine Art „Ethik-Skala“ für Zuwiderhandlungen könne es laut der Generalanwältin nicht geben.[592] Unabhängig davon, ob es einen normativen Grad an Stigmatisierung geben kann, verliert das „Stigma“ durch diese Auslegung jedenfalls die objektive Verbindlichkeit zur Abgrenzung der Strafrechtsnatur, die dem Kriterium – anders als dem Unwertgehalt[593] – eigentlich zukommen soll. Eine materielle Unterscheidung der Strafsanktionen ist daher nicht möglich.[594]

---

589 So *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 113, der das Strafrecht im weiteren Sinne als „ethisch vorwurfsfreier“ hält.

590 EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43.

591 Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.2.2011 – KME – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 64, dort die Fußnote 22.

592 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 104; a.A. *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 461, der Gradabstufungen innerhalb des sozial-ethischen Unwerturteils sieht, jedoch ohne dass es hierfür brauchbar qualitative Abgrenzungskriterien gibt. Ob der Generalanwältin zuzustimmen ist, kann daher solange dahinstehen, solange keine Abgrenzungskriterien bestehen.

593 Wenn man die oben gemachte Unterscheidung zwischen Unwertgehalt und sozial-ethischem Tadel und Stigma überhaupt vornehmen möchte und dies auch kann.

594 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 97.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dass trotz des Stigmas keine Kriminalstrafe vorliegen soll, lässt dich dadurch erklären, dass der Anwendungsbereich des sozial-ethischen Stigmas auf die Unterscheidung strafrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Sanktionen beschränkt wird. Dies wird durch eine Betrachtung des Kontextes der dargestellten Entscheidungen deutlich, die gerade nur die generelle Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK betreffen.[595] Dabei scheint es sich um einen Übertragungsfehler der von den Unionsgerichten unmittelbar ins Unionsrecht übernommenen Rechtsprechung des EGMR zu handeln, der das Stigma in *Jussila* – wenn auch ohne konzeptuelle Klarheit[596] – zur Unterscheidung des *hard-core*-Strafrechts und dem Bereich, der nicht dazugehört, verwendet, in dem Art. 6 EMRK jedenfalls dem Grunde nach Anwendung findet.[597] Im *Grande Stevens*-Urteil prüft der EGMR vermeintlich den Grad des Stigmas, bezieht sich in Hinblick auf die Sanktion aber auf die Prüfung des dritten Engel-Kriteriums – der Natur und Schwere der Sanktion.[598] Die Bundesrepublik Deutschland hatte die Abgrenzung anhand des sozial-ethischen Tadels bereits spezifisch für das Ordnungswidrigkeitenrecht im *Öztürk*-Urteil vorgebracht. Sie argumentierte gegen die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK, weil es an einer „strafrechtlichen Anklage" fehle. Artikel 6 Abs. 3 EMRK sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da der Beschwerdeführer keiner „strafbaren Handlung angeklagt" sei.[599] Übertretungen im Bereich des Straßenverkehrs seien entkriminalisiert worden und stellten nunmehr nur noch Ordnungswidrigkeiten dar, die sich von Straftaten hinsichtlich ihres Verfahrens und ihrer Rechtsfolge unterscheiden würden.[600]

---

595 Vgl. etwa zur Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK: EGMR, U. v. 24.9.1997 – Garyfallou Aebe/Griechenland – Nr. 18996/91, Rn. 28 ff.; *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 109 ff.; EuG, U. v. 16.12.2015 – Martinair – Rs. T-67/11, ECLI:EU:T:2015:984, Rn. 29.

596 Sondervotum Richter Albuquerque zu EGMR, U. v. 15.11.2016 – A u. B/Norwegen – Nr. 24130/11 u. 29758/11, Sondervotum a. E., Rn. 28 ff.

597 EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43, [deutsch] „Es ist offensichtlich, dass es strafrechtliche Fälle gibt, denen kein signifikantes Maß an Stigmatisierung anhaftet. Es gibt offensichtlich ‚strafrechtliche Anklagen' unterschiedlichen Gewichts"; vgl. auch EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10, Rn. 120.

598 EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10, Rn. 97, 98, 101, 122; In der Entscheidung EGMR U. v. 24.9.1997 – Garyfallou Aebe/Griechenland – Nr. 18996/91, Rn. 28 ff., führt die Ausführung der griechischen Regierung, dass der Sanktion kein „spezifisches Stigma" innewohne, gleichwohl zur Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK dem Grunde nach.

599 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 46.

600 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 46.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Im Allgemeinen und jedenfalls im vorliegenden Fall verbinde sich mit dem Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit kein soziales Unwerturteil, das für die Strafe charakteristisch sei.“[601]

Dem hat der EGMR jedoch deutlich widersprochen:

„Mögen die Geldbußen in mancher Hinsicht weniger belastend erscheinen als Geldstrafen, so haben sie dennoch den Charakter einer Bestrafung beibehalten, durch den sich strafrechtliche Sanktionen gewöhnlich auszeichnen.“[602]

Im Ergebnis konstatiert der EGMR, dass Art. 6 Abs. 3 EMRK anwendbar ist.[603] Zu einer dogmatisch tauglichen Abgrenzbarkeit von *engerem* und *weiterem* Strafrecht führt dies allerdings nicht. Das Kriterium betrifft dort die Anwend*barkeit* strafrechtlicher Sanktionen, nicht aber deren Differenzierung zur Bestimmung deren Anwendungs*umfangs*.

4. Zwischenergebnis

Das „Stigma“, der „nennenswerte Grad der Stigmatisierung“ oder das „sozial-ethische Unwerturteil“ sind aufgrund ihrer materiellen Unbestimmtheit und Konturlosigkeit als Abgrenzungskriterien untauglicher und als letztlich willkürlicher Prüfungspunkt abzulehnen. Dies wird bereits daran deutlich, dass Generalanwältin und Literatur der Kartellbuße ein Stigma zu- bzw. abschreiben, ohne dies zu begründen. Dass auch beim Vorliegen eines Stigmas keine Kriminalstrafe vorliegen, zeigt jedenfalls, dass das Kriterium für die Abgrenzung der Strafrechtsnatur nicht konstitutiv sein kann. Die materielle Unbestimmtheit wird auch nicht durch die graduelle Abstufung des nennenswerten und nicht nennenswerten Grades der Stigmatisierung gelöst, solange unklar bleibt, was das Stigma sein soll und woraus es sich ergibt. Das „Stigma“ ist zuletzt als Kriterium bereits verbraucht, da es in der Rechtsprechung zur Konkretisierung der *Engel*-Kriterien verwendet wird, mithin zur Unterscheidung von Verwaltungs- und Strafsanktionen. Vor diesem Hintergrund ist die Verwendung des Stigmas im Unionsrecht als Kriterium bereits verbraucht und steht zur hier relevanten Unterscheidung des Strafrechts im engeren und weiteren Sinne nicht mehr zur Verfügung.

II. Die Auslegung des Unionsrechts als Anknüpfungspunkt

Ein weiterer Anknüpfungspunkt zur Einordnung strafrechtlicher Sanktionen ist die Auslegung des primären und sekundären Unionsrechts. Diese ist

601 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 52.
602 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 53.
603 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 56.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nach Art. 19 Abs. 1 EUV den Unionsgerichten übertragen und folgt den nationalen Methoden, zu denen in erster Linie die Wortlautauslegung des Primär- und Sekundärrechts zählt.[604] Beide Male ist die Voraussetzung eines Rückgriffs, dass dem Wortlaut ein dogmatisch belangvoller Inhalt entnommen werden *kann* und *darf.* Es gilt daher zunächst zu überprüfen, ob der Wortlaut des Unionsrechts eine Einordnung der Rechtsnatur der Kartellbuße als Strafrecht im weiteren Sinne verbindlich vorgibt, um auf dieser Grundlage die reduzierte Geltung strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren zu legitimieren. Daneben kommen weitere Auslegungsmethoden in Betracht.

1. Wortlautauslegung des Primärrechts

Der Wortlaut des Primärrechts benennt die Rechtsnatur der Kartellsanktion nicht ausdrücklich. Artikel 103 Abs. 2 lit. a AEUV ermächtigt dem Wortlaut nach jedoch zur Einführung von „Geld*bußen*". Dies könnte – im semantischen Vergleich zu „Geld*strafen*" – implizieren, dass es sich nicht um eine Kriminalstrafe *im engeren Sinne* handelt.

a) Keine genuin unionsrechtliche Strafrechtsdefinition

Dem Versuch einer grammatikalisch autonom unionsrechtlichen Wortlautauslegung ist jedoch bereits zu Beginn die dogmatische Grundlage entzogen, da das Unionsrecht keine Legaldefinition des „Strafrechts" kennt.[605] Auch der EuGH hat den Begriff bislang nicht definiert.[606] Dies überrascht, ist doch das europäische Strafrecht – trotz dahin gehender Tendenzen[607] – keine dem nationalen Strafrecht vergleichbare abgeschlossene Rechtsordnung.[608] Es wird begrifflich überwiegend als Konglomerat für das Strafrecht der EU, dem regionalen Völkerrecht des Europarats und das durch diese Vorgaben beeinflusste europäisierte nationale Strafrecht gebraucht (sog. *Europäisches Straf-*

---

604 Sie umfasst die Auslegung anhand des Wortlauts, der Systematik, dem Telos, aber auch die Rechtsvergleichung, *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 13 ff.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 32 ff.; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 27, m. w. N.

605 *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 1; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, S. 143, Rn. 54.

606 In der Entscheidung EuGH, U. v. 27.10.1992 – Deutschland/Kommission – Rs. C-240/90, ECLI:EU:C:1992:408, Rn. 25 konstatiert der Gerichtshof, ein „Leistungsausschluss stellt […] keine Strafsanktion dar", ohne hierfür eine Definition anzubieten.

607 *Hecker*, JA 2007, S. 561, S. 561, m. w. N.

608 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 58.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

recht i. w. S.).[609] Das engere Begriffsverständnis bezieht sich auf das genuine Recht der EU und dessen Umsetzung in den Mitgliedstaaten (sog. *Europäisches Strafrecht i. e. S.* oder *Unionsstrafrecht*).[610] Auch das Unionsstrafrecht ist allerdings als Rechtsmaterie im Mehrebenensystem wechselseitigen nationalen und völkerrechtlichen Einflüssen ausgesetzt. Dies erfordert ein *erweitertes* Verständnis des Unionsstrafrechts,[611] wonach die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR, soweit sie das Unionsrecht beeinflussen, zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 52 Abs. 3 und 4 GRCh). Für die Untersuchung kommt es auf die grundrechtlichen Strafverfahrensgewährleistungen an und damit auf das Europäische Strafrecht i. w. S. Semantisch kann daher nicht an einem genuin unionsrechtlichen Strafrechtsverständnis zur Wortlautauslegung angeknüpft werden.

b) Keine genuin unionsrechtliche Sanktionsdogmatik

Es kann zudem nicht vom autonomen Wortlaut *einer* europäischen Sprachfassung ausgegangen werden.[612] Nach Art. 358 AEUV i. V. m. Art. 55 Abs. 1 EUV sind alle sprachlich und inhaltlich stark divergierenden Begriffe für „Geldbußen" (engl.: *fines*; franz.: *amendes*; ital.: *ammende*; span.: *multas*) in den Arbeitsverträgen der Europäischen Union in ihrer jeweiligen Urschrift von insgesamt 24 Sprachfassungen gleichermaßen verbindlich.[613] Der EuGH bestimmte daher früh, Vorschriften sind:

„[…] im Licht ihrer Fassung in allen [damals noch] vier Sprachen auszulegen".[614]

---

609 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 1, Rn. 12.

610 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 1, Rn. 12.

611 *Böse*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 1, Rn. 12.

612 *Schroeder*, JuS 2004, S. 180, S. 184; *Schroth*, Economic offences, S. 147 ff.; *Geiger/Kahn*, in: EUV/AEUV, Art. 55 EUV, Rn. 5.

613 „Dieser Vertrag ist in einer Urschrift in bulgarischer, dänischer, deutscher, englischer, estnischer, finnischer, französischer, griechischer, irischer, italienischer, kroatischer, lettischer, litauischer, maltesischer, niederländischer, polnischer, portugiesischer, rumänischer, schwedischer, slowakischer, slowenischer, spanischer, tschechischer und ungarischer Sprache abgefasst, wobei jeder Wortlaut gleichermaßen verbindlich ist."

614 EuGH, U. v. 12.11.1969 – Stauder – Rn. 26/69, ECLI:EU:C:1969:57, Rn. 3; EuGH, U. v. 6.10.1982 – CILFIT – Rs. C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, Rn. 18: „[…] ist jedoch unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts und der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung zu beurteilen. Zunächst ist dem Umstand Rechnung zu tragen, daß die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts in mehreren Sprachen abgefaßt sind und daß die verschiedenen sprachlichen Fassungen gleichermaßen verbindlich sind; die Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift erfordert somit einen Vergleich ihrer sprachlichen Fassungen"; vgl. auch *Nielsen*, Scandinavian Studies in Law 61, 2015, S. 71, S. 76, die nicht allen Sprachen die gleiche Bedeutung beimessen will.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Nach Art. 33 Abs. 3 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge wird bei mehreren authentischen Sprachfassungen zwar (widerleglich) vermutet, dass Ausdrücke in jedem authentischen Text dieselbe Bedeutung haben.[615] Die Wortlautauslegung gelangt aufgrund der Widerlegbarkeit jedoch selten zu eindeutigen Ergebnissen und hat daher lediglich eingeschränkte Bedeutung.[616] Schwerer wiegt, dass der europäischen Geld*buße* im Unterschied zur Geld*strafe* nur dann eine divergierende Bedeutung zukommen kann, wenn eine genuin unionsrechtliche Sanktionsdogmatik existierte, die – abhängig vom Wortlaut – eine verbindliche verfahrens- und kompetenzrechtliche Zuordnung einer Sanktion erlaubte.[617] Ein solches sog. „geschlossenes strafrechtliches System"[618] differenzierter Sanktionskategorien, das Strafsanktionen im *engeren* und im *weiteren* Sinne phänomenologisch – etwa nach deutschem Vorbild – unterscheidbar machte, existiert auf europäischer Ebene indes nicht.[619] Es fehlt zudem an einer unionsrechtlichen Definition des Strafrechts.[620] Als offenes Sanktionssystem kennt das Unionsrecht keine Sanktionskategorien im Sinne eines *nummerus clausus* strafrechtlicher Sanktionen, sondern nur die dogmatisch indifferente „Kartellsanktion".[621] Bezeichnend ist hierfür, dass das Primärrecht den Begriff der „Geldstrafe" nicht enthält. Damit existieren zwar strafrechtliche Sanktionen im engeren und weiteren Sinne, diese sind aber beide Kartell*bußen*. Die europäische Kartellbuße lässt sich daher nicht am autonomen Wortlaut in Relation zu anderen unionsrechtlichen Sanktionsarten unterscheiden.[622] Die amtliche Wortlautauslegung des Primärrechts lässt mithin keine imperativen Rückschlüsse auf

615 *Geiger/Kahn*, in: EUV/AEUV, Art. 55 EUV, Rn. 5.

616 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 27.

617 Vgl. *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 13.

618 Vgl. zur Entwicklung des Begriffs: *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 13; *Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 58.

619 Vgl. Schlussanträge GA Roemer v. 19.12.1968 – Walt Wilhelm – Rs.-14/68, ECLI:EU:C:1968:55, S. 24; Schlussanträge GA Mayras v. 16./17.06 1975 – Suiker Unie – Rs. C-40/73, ECLI:EU:C:1975:78, S. 2141.

620 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 59, m. w. N.

621 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 65.

622 Aus diesem Grund lassen sich auch keine normativ-rechtlichen Rückschlüsse über das Hierarchieverhältnis der Sanktionen oder deren Verfahrensstandard ziehen. Dass etwa der Buße generell eine gegenüber der Strafe geringeres Eingriffs- oder Verfahrensniveau immanent sei, ist zwar durchaus möglich, lässt sich aber nicht aus einer europäischen Sanktionsdogmatik ableiten und lässt tendenziell ein zu sehr nationalstaatliches Sanktionsverständnis vermuten. Aus demselben Grund scheitert auch ein systematisch-grammatikalischer Vergleich etwa zu Art. 83 Abs. 1 AEUV, der eine Kompetenz zur Genese von *Strafen* in Bereichen der besonders schweren Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension statuiert. Dem naheliegenden Argument, der AEUV differenziere die *Buße* phänomenologisch wissentlich und willentlich als *aliud* zu einer *Strafe*, kann ohne weiterführende normative Rechtsfolgendogmatik keine über

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Rechtsnatur der Kartellbuße zu, der – aufgrund der divergierenden aber gleichsam verbindlichen Sprachfassungen – regelmäßig ohnehin nur eingeschränkte Relevanz zukommt.[623]

c) Keine Übertragung des Sanktionskonzepts eines Mitgliedstaats

Dennoch insistiert insbesondere das deutsche Schrifttum auf die semantische Unterscheidung zwischen Buße und Strafe und zieht damit das nationale Sanktionskonzept zur Einordnung der strafrechtlichen Rechtsnatur der europäischen Kartellsanktion entsprechend heran.[624] Im deutschen Recht sind Geldbußen und Geldstrafen gleichermaßen monetäre Zahlungspflichten als Sanktion gegen Zuwiderhandlungen; Geld*bußen* werden jedoch von einer Behörde zur Sanktionierung einer Ordnungswidrigkeit verhängt, während Geld*strafen* von einem Gericht in einem Strafverfahren verhängte Sanktionen wegen eines schuldhaften Verstoßes gegen materielle Strafrechtsnormen sind. Übertragen auf das europäische Wettbewerbsrecht, bei dem Letzteres nicht der Fall ist, sei demnach auch die europäische Kartellgeldbuße als punitive Sanktion weder dem Verwaltungsrecht noch dem echten Kriminalstrafrecht zuzuordnen.[625]

Der Vergleich liegt auch aufgrund der Ähnlichkeit der Verfahrensstrukturen nahe. Beide Bußgeldverfahren sind verwaltungsrechtlich ausgestaltet, wobei eine Behörde pekuniäre Sanktionen erlässt. Der nach § 81 Abs. 1 GWB ordnungswidrige Verstoß gegen Wettbewerbsvorschriften ist nach § 30 Abs. 1 OWiG mit einer Geldbuße sanktioniert. Nach § 46 Abs. 1 OWiG finden im Bußgeldverfahren dennoch die Vorschriften über das Strafverfahren, nament-

---

diese Tatsache hinausgehende Erkenntnis in Bezug auf das anzuwendende legitimatorische Verfahrensniveau abgerungen werden.

623 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 58.

624 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 59; vgl. zu dieser gängigen Einordnung *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 334; *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 166; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 37 u. S. 80 ff., S. 86; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 49 f.; vgl. zu diesem Vorgehen kritisch Schlussanträge GA Roemer v. 19.12.1968 – Walt Wilhelm u. a. – Rs. C-14/68, ECLI:EU:C:1968:55, S. 24 f.; *Baudisch*, Die Tragweite des, S. 253 f., „als erster Anknüpfungspunkt kann die […] Rechtslage in Deutschland dienen"; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 19 ff.; aus der Entscheidung *Menarini* des EGMR zum strukturell mit dem europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht vergleichbaren italienischen Wettbewerbsrecht wird zum Teil abgeleitet, dass der EGMR Art. 23 VO 1/2003 nicht dem Kernbereich des Kriminalstrafrechts, sondern dem weiteren Bereich des Strafrechts wie dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht zuordnen würde, vgl. EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 38 ff.; *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 96.

625 Vgl. hierzu ausführlich unten unter d).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lich die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, sinngemäß Anwendung, soweit nichts anderes bestimmt ist.[626] Aufgrund der Unterschiedlichkeit des Straf- und Bußgeldverfahrens finden strafprozessuale Verfahrensgarantien jedoch nicht vollumfänglich Anwendung.[627] Insgesamt entspricht diese Beschreibung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts damit der Einordnung als Strafrecht im weitesten Sinne.

Gegen diese Herangehensweise bestehen allerdings erhebliche Bedenken. Zum einen ist unklar, weshalb die national-semantische Abgrenzung zwischen Kartell*buße* und -*strafe* des deutschen Sanktionsrechts auch für das Unionsrecht Geltung beanspruchen sollte; auch kann sie für sich genommen nicht als Beweis für dessen dogmatische Richtigkeit dienen.[628] Zum anderen können und dürften nationalrechtliche Terminologien und Sanktionskonzepte nicht ohne Weiteres auf das Unionsrecht als supranationales Mehrebenensystem übertragen werden, sondern bedürfen der „Übersetzung".[629] Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die nationalen Gesetzgeber durch die Wahl der Terminologie das Gemeinschaftsrecht umgehen könnten.[630]

Der Grundsatz der autonomen Auslegung unionsrechtlicher Rechtsbegriffe verbietet daher die unmittelbare Übertragung der Rechtslage nur eines einzigen Mitgliedstaats auf das Unionsrecht.[631] Europäische Rechtsbegriffe wie die „Geldbuße" sind aus diesem Grund primär autonom auszulegen, also unabhängig vom nationalen Rechtsverständnis der Mitgliedstaaten.[632] Möglich bliebe es daher – im Geiste der hier durchgeführten Untersuchungsmethodologie –, die Begriffsverständnisse der Mitgliedstaaten rechtsvergleichend zu analysieren, um daraus im Wege der wertenden Rechtsvergleichung der einzelstaatlichen Rechtsordnungen konsensuale Mindestanforderungen an ein europäisches Begriffsverständnis zu destillieren.

---

626 Beispielhaft sei auf das in § 47 Abs. 1 OWiG vorgesehene Opportunitätsprinzip und das in § 152 Abs. 2 StPO vorgesehene Legalitätsprinzip verwiesen. Die Verwaltungsbehörde ist also nicht verpflichtet ein Verfahren einzuleiten, sondern hat darüber in pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

627 *Bücherl*, in: Graf BeckOK OWiG, § 46 OwiG, Rn. 2.

628 Vgl. auch *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 98.

629 *F. Meyer*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 26, Rn. 14, der von einer „Transformationsbedürftigkeit" spricht.

630 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 64.

631 EuG, U. v. 5.4.2006 – Degussa – Rs. T-279/02, ECLI:EU:T:2006:103, Rn. 73.

632 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 64.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Keine einheitlichen Sanktionskonzepte der Mitgliedstaaten

Die Mitgliedstaaten haben jedoch keine einheitlichen rechtskonzeptionellen Sanktionskonzepte.[633] Während *Deutschland*, *Italien* und *Portugal* „geschlossene Sanktionssysteme" – also formell selbstständige punitive Sanktionsordnungen im weiteren Sinne – kennen,[634] deren Abgrenzung zum kriminalstrafrechtlichen Bereich formell anhand der angedrohten Rechtsfolge vorgenommen wird,[635] kennen *Dänemark*, *Finnland*, *Irland*, *Kroatien* oder *Schweden* kein Strafrecht im weiteren Sinne.[636] Andere Länder wie *Frankreich*, *Belgien*, die *Niederlande* oder *Griechenland* kennen lediglich Verwaltungssanktionen, die rein formal alle Sanktionen erfassen, die von einer Verwaltungsbehörde erlassen wurden.[637] Dass fast allen Mitgliedstaaten der EU in der Wissenschaft und Rechtsprechung zwischen Strafrecht im engeren und im weiteren Sinne unterschieden,[638] ist daher jedenfalls nicht mehr zutreffend.[639]

Bereits eine überblicksartige Betrachtung einiger mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen macht deutlich, dass die „Geldbuße" i. S. d. Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV in ihren jeweiligen Sprachfassungen keinesfalls immer einer verwaltungsrechtlichen Rechtsnatur zuzuordnen ist.[640] Die niederländische „geldboete" oder die italienische „ammenada" sind dort – jedenfalls auch[641] – dem

---

633 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 58; vgl. BtDRs. 14/4991 v. 14.12.2000 S. 6, in der konstatiert wird, dass Portugal, Schweden, die Niederlande, Österreich und Spanien „zwischen Kriminalstrafrecht („Criminal Offences") und Ordnungswidrigkeiten („Administrative Offences") unterscheiden dürften", im Einzelnen jedoch „insbesondere hinsichtlich des Anwendungsbereiches, der Sanktionsmöglichkeit und der gerichtlichen Kontrolle Unterschiede zum deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht bestehen können"; *Oehler*, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, S. 1408.

634 Hierzu zählen Deutschland (Ordnungswidrigkeitengesetz v. 19.2.1987, § 1 Abs. 1); Italien (Gesetz Nr. 689 v. 24.11.1981, Art. 12); Österreich (Verwaltungsstrafgesetz, BGBl I, Nr. 52/1991) oder Portugal (Gesetz Nr. 433/82 v. 27.10.1982, Art. 1 Abs. 1), vgl. *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 13; *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 65, m. w. N.; vgl. zur Einteilung von Straftaten: *Fernandes*, ZStW 2009, 121, S. 1025, S. 136.

635 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 65, m. w. N.

636 *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 13, m. w. N.

637 Hierzu zählen z. B. Frankreich, Belgien, die Niederlande und Griechenland, vgl. *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 16.

638 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 166 f., 170 ff.

639 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 22, die konstatieren, dass nicht alle Mitgliedstaaten ein Ordnungswidrigkeitenrecht kennen.

640 Zu diesem Ergebnis gelangte bereits *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 142.

641 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 52.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kriminalstrafrecht zuzuordnen.[642] Das französische Recht unterscheidet zwar Sanktions- und Strafarten,[643] die ihrer Schwere nach in Verbrechen (*crimes*), Vergehen (*délits*) und Übertretungen (*contraventions*) unterschieden werden (vgl. Art. 111-1 CP).[644] Während es sich bei „crimes" um Taten handelt, die eine Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren vorsehen[645], sind „délits" gem. Art. 381 C.P.P. Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren[646] oder Geldstrafe (*peine d'amende*) i. H. v. mindestens 3.750 Euro geahndet werden.[647] Die „amende" wird dabei definiert als eine pekuniäre Sanktion für Straftaten: „L'amende se définit comme le versement par le condamné d'une somme d'argent au Trésor public à titre de peine[…]."[648] Die pekuniäre „amende" kann aber nach Art. 131-2 CP sowohl bei Verbrechen, nach Art. 131-3 Nr. 4 CP bei Vergehen[649] als auch bei den mit dem deutschen Ordnungswidrigkeiten vergleichbaren Übertretungen (*contraventions*) verhängt werden (vgl. Art. 131-13 CP).[650] Noch deutlicher wird es bei juristischen Personen, bei denen die „amende" sowohl bei Straften als auch bei Vergehen angeordnet werden kann (Art. 131-37 Nr. 1 CP).[651] Eine Differenzierung dem Wortlaut „amende" nach im Sinne einer Geld*strafe als* (kriminal-)strafrechtliche oder Geld*buße* als verwaltungsrechtliche Sanktion ist damit nicht mög-

---

642 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 64, m. w. N.; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 57, m. w. N.; vgl. auch dazu die Feststellungen des EuGH zu Art. 184 des italienischen Gesetzesdekrets Nr. 58 – Einheitstext der Bestimmungen über die Finanzvermittlung gemäß den Art. 8 und 21 des Gesetzes Nr. 52 vom 6. Februar 1996 in U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 25, ob der „[…] anerkannten strafrechtlichen Natur der in der italienischen Rechtsordnung vorgesehenen Verwaltungssanktionen für Insidergeschäfte"; EuGH U. v. Rn. 18 20.3.2018 – Di Puma u. a. – verb. Rs. C-596/16 u. a., ECLI:EU:C:2018:192, Rn. 18 ff.

643 Vgl. schon *Jeandidier*, Droit pénal général, S. 347 ff.

644 Vgl. MPI-Strafrechtsvergleichung, Frankreich, I.A.5.d., abrufbar unter infocrim.org (zuletzt besucht am 24.9.2023).

645 Art. 131-1 Códe Pénale, die als sog. „peines criminelles", die „réclusion criminelle" – die strafrechtliche Inhaftierung oder „Zuchthaus" vorsieht.

646 Art. 131-3 und 131-4 als sog. „peines correctionnelles" die „emorisonnement" oder „amende" vorsieht.

647 „Sont des délits les infractions que la loi punit d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine d'amende supérieure ou égale à 3 750 euros", „Vergehen" sind Straftaten, die das Gesetz mit Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe von 3.750 Euro oder mehr bestraft.

648 *Jeandidier*, Droit pénal général, S. 373, Nr. 397 = Die „amende" definiert sich als die Zahlung eines Geldbetrages durch den Verurteilten an den Fiskus als Strafe.

649 Vgl. zur Differenzierung der Strafen auch MPI-Strafrechtsvergleichung, Frankreich, I.A.5.d., abrufbar unter infocrim.org, (zuletzt besucht am 24.9.2023).

650 *Hamdan*, Absprachen im französischen Strafverfahren?, S. 42.

651 Art. 131-37 CP: „Les peines criminelles ou correctionnelles encourues par les personnes morales son:1 L'amende."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lich. Für Winkler deuteten einige Sprachfassungen, insbesondere die „amende" sogar eher auf eine Kriminalstrafe hin, die in der französisch, belgischen und luxemburgischen Rechtstradition als Kriminalstrafe einzuordnen und der deutschen „Geldstrafe" entspreche.[652] Gleiches gilt für das britische Common-Law-System, bei dem die „fine" nur die Sanktionsart im Sinne einer monetären Sanktion beschreibt, aber keine Zugehörigkeit zu einem Sanktionssystem definiert, da sie bei den dem echten Kriminalstrafrecht zuzuordnenden „felonies", „violations" oder „misdemeanors" verhängt werden kann. Österreich unterscheidet zwar Straf- und Verwaltungssanktionen anhand der erlassenden Behörde, nicht aber am Wortlaut der Sanktion. So entspricht die „Geld*strafe*" i. S. d. § 19 Abs. 1 des österreichischen StGB ihrer Natur nach einer Kriminalstrafe, weil diese von einem Gericht verhängt und in Tagessätzen bemessen wird. Die Verhängung einer „Geld*strafe*" i. S. d. § 13 des österreichischen Verwaltungsstrafgesetzes ist dagegen eine Verwaltungsstrafe, die für die Übertretung einer Verwaltungsvorschrift durch eine Verwaltungsbehörde verhängt wird.[653] Nach § 11 ÖVStG ist sogar die Verhängung einer „Freiheits*strafe*" von bis zu sechs Wochen durch die nach § 26 Abs. 1 ÖVStG zuständige Verwaltungsbehörde möglich.

e) Zwischenergebnis

Vom primärrechtlichen Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV „Geld*buße*" kann dogmatisch nicht verbindlich auf die konkrete strafrechtliche Rechtsnatur der europäischen Kartellsanktion geschlossen werden. Hierfür fehlt es primär an einer unionsrechtlichen Sanktionsdogmatik, die Geldbußen und Geldstrafen unterscheiden kann. Auch das nationale Recht der Mitgliedstaaten sieht keine gemeinsame Sanktionsdogmatik vor, die zudem eine Unterscheidung der Sanktion anhand des Wortlauts der Sanktion zuließe. Das nationale Sanktionsverständnis einzelner Mitgliedstaaten für die Unionsebene ungeprüft zu übernehmen,[654] verbietet sich von vornherein. Möglich bleibt eine Anknüpfung am Sekundärrecht.

2. Wortlautauslegung des Sekundärrechts

Aufgrund der Unklarheit des Primärrechts wird zur Differenzierung der strafrechtlichen Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße häufiger am Wortlaut des Sekundärrechts angeknüpft. Artikel 23 Abs. 5 VO 1/2003 postuliert –

652 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 52.

653 Vgl. https://www.oesterreich.gv.at/lexicon/V/Seite.991348.html, (zuletzt besucht am: 31.3.2023).

654 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 52 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wie bereits dessen Vorgängervorschrift Art. 15 Abs. 4 VO 17/62[655] – vermeintlich apodiktisch:

> „Die nach den Absätzen 1 und 2 getroffenen Entscheidungen haben keinen strafrechtlichen Charakter."[656]

Der Wortlaut wird überwiegend als Ausschluss einer im *engeren* Sinne strafrechtlichen Rechtsnatur der Kartellbuße ausgelegt.[657] Teilweise wird behauptet, die Rechtsnatur der Kartellbuße könne „wegen Abs. 5 keinen strafrechtlichen Charakter im engeren Sinne haben."[658] Das EuG schloss einen „Strafcharakter" der Geldbuße sogar primär deswegen aus, weil „[…] Geldbußen schon nach dem Wortlaut nicht strafrechtlicher Art sind".[659]

a) Konturlose rein grammatikalische Wortlautauslegung

Die objektive und rein grammatikalische Auslegung des Wortlauts des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 lässt indes keinen eindeutigen Rückschluss über die Rechtsnatur der Kartellsanktion zu. Er trägt im Gegenteil wenig bis gar nichts zur Präzisierung der Rechtsnatur bei.[660] Zum einen bezieht sich der Wortlaut auf den Charakter der nach Art. 23 Abs. 1 und Abs. 2 VO 1/2003 getroffenen Entscheidungen, mithin die Kartellbußgeld*beschlüsse*, nicht die Geldbuße selbst.[661] Ob eine akzessorische Ableitung vom Charakter der Kartellbeschlüsse über Kartellsanktionen auf das Kartellverfahren möglich und zulässig ist, bleibt unklar.[662] Zum anderen gibt der Wortlaut – selbst unter dieser Prämisse – lediglich vor, welchen Charakter die Bußgeldbeschlüsse *nicht* haben.[663] Die unpräzise Negativ-Formulierung überrascht, da sich der Rat im

---

655 Der formulierte: „Die Entscheidungen auf Grund der Absätze (1) und (2) sind nicht strafrechtlicher Art."

656 Englisch: „Decisions taken pursuant to paragraphs 1 and 2 shall not be of a criminal law nature"; [französisch:] „Les décisions prises en application des paragraphes 1 et 2 n'ont pas un caractère pénal".

657 Vgl. oben unter 3. Kap. § 2 B.; vgl. auch Schlussanträge GA Gand v. 10.6.1970 – Chemiefarma – Rs. 41–69, ECLI:EU:C:1970:51, S. 728; *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 12, der damit die Frage beantwortet sieht, ob die Kartellsanktion im unionsrechtlichen Kontext dem Kriminalstrafrecht zuzuordnen ist.

658 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 24.

659 EuG, U. v. 6.10.1994 – Tetra Pak – Rs. T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, Rn. 235; vgl. auch EuG, U. v. 20.3.2002 – LR AF – Rs. T-23/99, ECLI:EU:T:2002:75, Rn. 220.

660 *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 45.

661 *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle und Beweisführung, S. 10, m. w. N.

662 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 26, die vertreten, dass Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 die Entscheidung als das Verfahrensergebnis betrifft, nicht aber zwingend das Verfahren selbst.

663 Vgl. auch *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 59.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rahmen von Verordnungen selten dazu veranlasst sieht, überhaupt Ausführungen zum Sanktionscharakter zu machen.[664] Sieht man auch darüber hinweg, kann im Unterschied zum Wortlaut des Primärrechts – „Geldbuße" – jedenfalls eher am Wortlaut der unterschiedlichen und ebenso verbindlichen[665] Sprachfassungen des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 angeknüpft werden. Den nationalen Rechtsordnungen ist jedenfalls ein vergleichbarerer Begriff des „nicht-Strafrechtlichen" (engl.: *not of a criminal law nature*; franz.: *n'ont pas un caractère pénal*) bzw. des Kriminalstrafrechts entnehmbar.[666]

Zur Bestimmung der Rechtsnatur untauglich wird der Wortlaut „keinen strafrechtlichen Charakter" aber spätestens dann, wenn der EuGH den Bereich des Strafrechtlichen in einen weiteren und einen engeren Bereich unterteilt. Hier rächt sich die unfundierte Übernahme der *Jussila*-Rechtsprechung des EGMR, ohne einen autonom-unionsrechtlichen Strafrechtsbegriff oder eine Sanktionsdogmatik zur Unterscheidung beider Bereiche zu entwickeln.[667] Da eine positive Aussage über den Charakter der Kartellsanktion aber unterbleibt, lässt sich die Rechtsnatur am Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 nur vermuten, aber nicht objektiv nachweisen. Die tatsächliche Rechtsnatur der Beschlüsse bzw. Geldbuße bleibt damit objektiv ebenso unklar wie die Frage, ob der „nichtstrafrechtliche Charakter" nur den *engeren* kriminalstrafrechtlichen oder auch den *weiteren* strafrechtlichen Charakter ausschließen soll. „Nichtstrafrechtlich" ließe sich ebenso gut als „rein verwaltungsrechtlich" interpretieren.[668] Hierfür ließe sich anführen, dass das Unionsrecht im Zeitpunkt des

---

[664] *Tiedemann*, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, S. 1415, der dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 dennoch eine imperativ verbindliche Bedeutung zukommen lassen will. Dies wird aber gerade – unzulässigerweise – damit begründet, dass eine Rechtsnaturzuweisung auch durch Art. 26 des spanischen Código Penals vorgenommen werde, wobei dabei keine Überlegungen dazu angestellt werden, wie sich die Kompetenzunterschiede zwischen dem spanischen Strafgesetzgeber und der Europäischen Union auf den Gehalt der Einordnung auswirken.

[665] Art. 342 AEUV i. V. m. Art. 4 und Art. 1 der VO Nr. 1/1958; Verordnung Nr. 1 über die Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. 17 vom 6.10.1958, S. 385.

[666] Vgl. hierzu auch die rechtsvergleichende Darstellung der nationalen Verbrechensbegriffe in einigen europäischen Rechtsordnungen: *Tsolka*, Der Allgemeine Teil, S. 124 ff.; [englisch:] „Decisions taken pursuant to paragraphs 1 and 2 shall not be of a criminal law nature"; [französisch:] „Les décisions prises en application des paragraphes 1 et 2 n'ont pas un caractère pénal".

[667] Vgl. *Hecker*, Europäisches Strafrecht, S. 143, Rn. 54; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267.

[668] *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 54; dem steht nicht entgegen, dass im Rahmen der Untersuchung bereits festgestellt wurde, dass es sich objektiv nicht um eine rein verwaltungsrechtliche Sanktion handeln *darf*, weil Art. 6 EMRK Anwendung findet. Schließlich soll die Tauglichkeit des Wortlauts als objektive Legitimations-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Erlasses der VO 17/62 eine Fragmentierung des Strafrechts nicht vornahm, sondern nur punitive von verwaltungsrechtlichen Sanktionen abgrenzte. Im Ergebnis kann vom bloßen Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 als wackligem Fundament kein dogmatisch verbindlicher Rückschluss auf die Rechtsnatur der Kartellbuße gezogen werden. Auch Teile des Schrifttums, die für eine im weiteren Sinne strafrechtliche Rechtsnatur streiten, räumen die Untauglichkeit des Wortlauts zur Abgrenzung ein.[669]

b) Historisch-teleologische Wortlautauslegung

Diesem Ergebnis wird entgegengehalten, dass der reine Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 nicht isoliert, sondern vor dem historisch-teleologischen Kontext der Normgenese auszulegen sei.

aa) Ausschluss der Kriminalstrafe mit kompetenzrechtlicher Klarstellungsfunktion

Dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 komme in seinem historisch-teleologischen Kontext als „Ausdruck einer dogmatischen Selbstverständlichkeit“[670] keine bzw. eine für obsolet gehaltene[671] Bedeutung zu. Der Wortlaut habe eine rein deklaratorische kompetenzrechtlich-legitimatorische Klarstellungsfunktion.[672] Er sei rechtshistorisch vor dem – bereits dargestellten – Hintergrund der fehlenden Kompetenz der EU zum Erlass kriminalstrafrechtlicher Sanktionen im *engeren* Sinne gewählt worden.[673] Er sei allein Souveränitätserwägungen der Mitgliedstaaten im grundrechtssensiblen

grundlage zur Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte geprüft werden. Entscheidend ist daher allein die reine Wortlautauslegung.

669 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328, m. w. N.

670 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21; eine Selbstverständlichkeit, für die die h. M. indes gleichwohl keine einzige Begründung oder dogmatische Herleitung zu liefern imstande ist; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 10.

671 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21.

672 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, 328; vgl. *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267; vgl. *Lorenzmeier*, ZIS 2018, S. 20, S. 21; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 10; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 22; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 45; vgl. auch *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 53.

673 Vgl. oben unter § 3 B. I.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 238.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bereich des Kriminalstrafrechts geschuldet, das die Nationalstaaten aufgrund ihrer *Kompetenzangst* nicht im Wege der begrenzten Einzelermächtigung auf die Union hätten übertragen wollen.[674] Eine kriminalstrafrechtliche Einordnung hätte in einigen Mitgliedstaaten auch Verfassungskonflikte ausgelöst, soweit der Schuldgrundsatz an der natürlichen Person anknüpft und daher für Unternehmen oder juristische Personen nach dem nationalen Verständnis nicht in Betracht kommt.[675] Ein europäischer Kartellbußgeldbescheid gegen ein „Unternehmen" im unionsrechtlichen Sinne wäre dann ggf. mit den nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten unvereinbar. Daher habe die Bundesrepublik Deutschland etwa bekräftigt, dass Art. 83 AEUV keine hinreichende Rechtsgrundlage zur Einführung oder Anpassung straf- oder strafverfahrensrechtlicher Regelungen beinhalte und die Verordnung die nationalen Strafverfahrensordnung nicht zu determinieren imstande sei.[676] Da Art. 87 Abs. 2 lit. a EWGV zudem eine Rechtsgrundlage zur Einführung von Kartellbußen im Rahmen der hierfür zweckdienlichen Verordnungen und Richtlinien vorsah, sollte es sich dabei offenkundig nicht um Kriminalstrafen im *engeren* Sinne handeln.[677] Telos des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 sei mithin nicht die Determinierung der Rechtsnatur der Kartellsanktion. Es handle sich um einen klarstellenden Hinweis, um verfassungsrechtliche Bedenken der Mitgliedstaaten auszuschließen.[678] Andernfalls könnten Kartellsanktionen:

> „[…] aufgrund ihres spezial- und generalpräventiven Charakters auf den ersten Blick und unter allgemeinen rechtssystematischen Aspekten irrtümlich durchaus in den Bereich des Strafrechts, […] eingeordnet werden."[679]

Die objektiv mögliche Auslegung, dass der Wortlaut auch den Strafcharakter im *weiteren* Sinne ausschließen könne, sodass es sich bei Kartellsanktio-

---

674 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267, m. w. N.; *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 104; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 45; *Oehler*, Internationales Strafrecht, S. 563, Rn. 937.

675 *Oehler*, Internationales Strafrecht, S. 563, Rn. 937.

676 Erklärung der Deutschen Delegation zu Art. 2 der Verordnung, Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zur Arbeitsweise des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Europäischer Rat v. 10.12.2002, 15435/02, S. 8.

677 Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=DE (zuletzt besucht am: 7.10.2020); vgl. auch *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV, Rn. 1.

678 *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 45.

679 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328, m. w. N.; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 22.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nen um reine Verwaltungssanktionen handeln sollte,[680] ist für *Heine* daher als „fundamentales Missverständnis" ausgeschlossen.[681] Man habe hervorheben wollen, dass die Geldbuße weder entehrend noch stigmatisierender kriminelller Natur sein solle.[682] Als Rechtsfolge schließt GA Gand bereits in der ersten durch die Kommission verhängten Bußgeldentscheidung im Jahre 1970,[683] wie auch später die Unionsgerichte,[684] aus dem Wortlaut, dass die Rechtsnatur der Kartellbuße dem Strafrecht im *weiteren* Sinne zuzuordnen sei.

bb) Stellungnahme

Legt man den Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 vor seinem historisch-teleologischen Kontext aus, wird deutlich, dass der Verordnungsgeber keinen Willen zur Einführung strafrechtlicher Sanktionen hatte und hat. Dennoch stiften die Ausführungen zunächst mehr Verwirrung als Klarheit. So ist es widersprüchlich, dem Wortlaut des Abs. 5 einerseits als „dogmatische Selbstverständlichkeit" eine für „obsolet gehaltene Klarstellungsfunktion" zuzuschreiben, ohne die andererseits jedoch eine Zuordnung zum „Strafrecht" möglich wäre. Nähme man die Überflüssigkeit der Klarstellungsfunktion ernst, ließe sich Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 konsequenterweise streichen und stünde zur Wortlautanknüpfung nicht mehr zur Verfügung, sodass hiervon eine rechtsverbindliche Ableitung der Rechtsnatur unmöglich, die Einordnung als „Kriminalstrafrecht" dann aber wieder möglich wäre.[685] Ist Abs. 5 hingegen Ausdruck der präventiven Beruhigung mitgliedstaatlicher Souveränitätsbefindlichkeiten und dient der Wortlaut nicht der imperativ-dogmatischen Zuweisung der Rechtsnatur der Kartellsanktion, geht von ihm auch kein ver-

680 In diesem Sinne konstatiert aber Biermann, dass Art. 23 Abs. 5 VO 1/2203 dem Wortlaut nach nicht zwischen rein verwaltungsrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen unterscheidet, *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328, m. w. N.

681 *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 112.

682 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 328, m. w. N.; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 45.

683 Schlussanträge GA Gand v. 10.6.1970 – Chemiefirma – Rs. 41/69, Slg. 1970, 661, ECLI:EU:C:1970:51, S. 728 f.

684 Insoweit jedoch noch zur VO 17/62: EuG, U. v. 6.10.1994 – Tetra Pak – Rs. T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, Rn. 235; EuG v. 15.3.2000 – Cimenteries CBR u. a. – Rs. T-25/95, ECLI:EU:T:2000:77, Rn. 717 f.; EuG, U. v. 8.7.2008 – Lafarge – Rs. T-54/03, ECLI:EU:T:2008:255, Rn. 38; EuG, U. v. 13.7.2011 – Schindler – Rs. T-138/07, ECLI:EU:T:2011:362, Rn. 53, m. w. N.; für das Kommissionsverfahren in Bezug auf die Teilnahme von Kommissionsmitgliedern: EuGH, U. v. 15.7.1970 – Boehringer Mannheim – Rs. C-45/69, ECLI:EU:C:1970:73; Rn. 23; in Bezug auf die Vernehmung von Zeugen: EuGH, U. v. 7.1.2004 – Aalborg Portland – Rs. C-204/00 P u. a., ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 200.

685 Vgl. auch *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 54.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bindlicher Erkenntnisgewinn für die Rechtsnaturabgrenzung aus.[686] Der Wortlaut kann also nicht zugleich obsolet und notwendig sein. Die Widersprüchlichkeit verstärkend und in sich perplex steht dem Argument der völligen Bedeutungslosigkeit gleichsam entgegen, dass der Wortlaut jedenfalls den Willen des Verordnungsgebers bezeugt. Konstatieren lässt sich folglich, dass der Rat als Verordnungsgeber – aus Rücksicht auf die strafrechtlichen Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten – ursprünglich jedenfalls nicht die Absicht hatte, *kriminal*strafrechtliche Bußgeldsanktionen zu erlassen, und dass dies der keineswegs obsolete Zweck des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 ist.[687] Dessen Wortlaut, der auf eine „Entscheidung" über die Verhängung einer Geldbuße abstellt, bezeichnete dann nicht die Rechtsnatur der Sanktion, sondern trägt dem Umstand Rechnung, dass eine Verwaltungsbehörde nach der EMRK, der GRCh und den gemeinsamen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten erstinstanzlich keine Kriminalstrafen verhängen darf.[688]

Selbst wenn man einen dahin gehenden Willen des Verordnungsgebers zugestehen wollte, steht einer solchen Auslegung der eklatant unklare Wortlaut entgegen, der auch durch eine rechtshistorisch-teleologische Auslegung nicht belangvoll determiniert werden kann. Der Gehalt der historisch-teleologischen Wortlautauslegung ist ob des Kompromiss- und Verhandlungscharakters des europäischen Rechtssetzungsprozesses ohnehin reduziert.[689] Dessen Mehrdeutigkeit und mithin Untauglichkeit zur präzisen dogmatischen Abgrenzung der Rechtsnatur manifestiert sich bereits daran, dass alle divergierenden Literaturansichten auf Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 verweisen.[690] Auch unter Berücksichtigung des historischen Kontextes bleibt objektiv unklar, weshalb der Wortlaut gerade nur die kriminalstrafrechtliche, nicht aber auch die „strafrechtliche" Einordnung gänzlich ausgeschlossen wissen wollte.[691] Dass beim Erlass des Art. 15 Abs. 4 VO 17/62 die Fragmentierung des Strafrechts auf Unionsebene noch nicht bestand, erklärt, weshalb der Wortlaut nicht „kein *kriminal*strafrechtlicher Charakter" lautet[692]; spätestens mit der faktischen

---

686 *Schwarze/u. a.*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der EG, S. 22; vgl. *Dästner*, Bestimmtheitsgrundsatz, S. 23.

687 Vgl. dies überlegend auch *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 3.

688 Vgl. zu dieser Lesart *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 66, der indes auch zu dem Ergebnis gelangt, dass dann der materielle Gehalt des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 zur Bestimmung der Rechtsnatur verloren geht und andere Abgrenzungskriterien herangezogen werden müssen.

689 *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 14.

690 Vgl. auch *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 267, m. w. N.; so schon: *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 54.

691 So aber *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 66 f.

692 Hierzu: *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 77, der diese Formulierung für Art. 15 Abs. 4 VO 17/62 vorschlug.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Fragmentierung des Strafrechts durch die Übernahme der *Jussila*-Rechtsprechung des EGMR wäre dann aber eine Neubewertung und ggf. klarstellende Anpassung erforderlich gewesen, um weiterhin als Anknüpfungspunkt zu taugen. Dass der Verordnungsgeber bislang keine fundierte Legitimationsgrundlage für höhere Kartellsanktionen geschaffen hat, um rechtsstaatlichen Zweifel Einhalt zu gebieten, ist auch vor diesem Hintergrund bedauerlich.[693] Dies spricht dafür, dass dem sekundärrechtlichen Wortlaut in Bezug auf die Rechtsnatur keine objektive Aussage entnommen werden *kann*.[694]

Räumte man die Bedenken beiseite und dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 – unter Berücksichtigung des rechtshistorisch ausgelegten Willen des Verordnungsgebers – Verbindlichkeit in Hinblick auf den Rückschluss auf die Rechtsnatur der Kartellbuße ein, stellt sich die Frage, ob „man" dies auch *darf*. Dies setzte eine Determinierungsbefugnis des Verordnungsgebers voraus.

c) Keine Determinierungsbefugnis des Verordnungsgebers

Einer Determinierungsbefugnis des Verordnungsgebers die Rechtsnatur der Kartellbuße sekundärrechtlich mit verbindlicher Rechtswirkung selbst zu bestimmen, steht primär die Normhierarchie des Unionsrechts entgegen.[695]

aa) Entgegenstehende Normhierarchie des Unionsrechts

Zwar obliegt die nähere Ausgestaltung der in Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV genannten Geldbuße nach Art. 103 Abs. 1 AUEV dem Sekundärrecht. Artikel 23 Abs. 5 VO 1/2003 wird allerdings durch das höherrangige Primärrecht determiniert. Hierzu gehören nach Art. 6 Abs. 1 HS 2 Abs. 3 EUV auch die Rechte der Grundrechtecharta, wie sie sich insbesondere aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ergeben. Da das Primärrecht jedoch nicht zur Disposition des grundrechtsgebundenen sekundärrechtlichen Verordnungsgebers steht,[696] wird dessen autonome Einord-

---

693 Vgl. auch *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 268.

694 *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 45; *Schroth*, Economic offences, S. 155 f.

695 *Möschel*, ECLR 2011, S. 369, S. 371.

696 *Möschel* bemüht hierfür gedanklich das Bild, dass es andernfalls möglich wäre, durch das Anbringen eines Etiketts mit der Aufschrift „Mineralwasser" auf einer Flasche klarem harten Alkohol das Verkaufsverbot an Minderjährige zu umgehen, was sich frei übersetzt wohl mit den Worten zusammenfassen lässe: Es kommt darauf an, was drin ist, nicht was draufsteht, zusammenfassen lässt; *Möschel*, ECLR 2011, S. 369, S. 371.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nungsbefugnis der Rechtsnatur einer Sanktion durch den Rahmen der geltenden Grundrechte beschränkt. De Bronett stellt daher zu Recht fest:

> „Allerdings steht es nicht im Ermessen des Gesetzgebers, durch die Bestimmung der Natur seiner Gesetzgebung die zwecks Durchführung dieser Gesetzgebung vorgesehenen Verfahren der Anwendung der für bestimmte Verfahrensarten geltenden Grundrechte zu entziehen."[697]

Auch nach dem Grundsatz des Formenmissbrauchs muss sich der gesetzgeberische Qualifikationsspielraum des Verordnungsgebers im Rahmen des materiell Vertretbaren halten.[698] Selbst Kartellsanktionen, die eine Buße von bis zu 99 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes betrügen, stünde der Rechtsnatureinordnung als Kriminalstrafe andernfalls der Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 entgegen. Der kompetenzwidrige Formmissbrauch und die evolutive Entwicklung der Kartellbuße zu einer Kriminalstrafe, sind folglich nicht von vornherein ausgeschlossen, selbst wenn der Wortlaut des Sekundärrechts dies ausdrücklich behaupten würde. Aufgrund der Normhierarchie des Unionsrechts hat der Verordnungsgeber daher keine Kompetenz, diese grundrechtsrelevante Zuordnung *letztverbindlich* vorzunehmen.[699]

bb) Keine (analoge) Anwendung des ersten Engel-Kriteriums

Eine so verstandene Determinierungsbefugnis bedeutete faktisch, das erste Engel-Kriterium, also die Einordnung der Rechtsnatur im innerstaatlichen Recht, zum allein maßgeblichen Kriterium der Strafrechtsunterscheidung zu machen. Phänomenologisch wäre die Kartellbuße dann – nach der herrschenden Meinung – allein deshalb im weiteren Sinne strafrechtlich, weil der Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 dies imperativ determiniert.

Dem steht entgegen, dass das erste Engel-Kriterium auf die Prüfung der Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte im Rahmen einer „strafrechtlichen Anklage" nach Art. 6 EMRK beschränkt ist. Der EGMR führt im *Öztürk*-Urteil aus:

> „[…what] the Court must determine is whether or not the ‚regulatory offence' committed by the applicant was a ‚criminal' one within the meaning of that Article (art. 6). *For this purpose* [Hervorh. d. Verf.], the Court will rely on the criteria adopted in the above-mentioned Engel and others judgment."[700]

---

697 *de Bronett*, WUW 2012, S. 1163, S. 1163.

698 *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 268; dazu *Biervert*, Der Mißbrauch von Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht, S. 70 ff.

699 Vgl. *Möschel*, ECLR 2011, S. 369, S. 371.

700 EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 50, [deutsch:] „[…was] der Gerichtshof feststellen muss, ist, ob die von der Klägerin begangene „Ord-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das erste Engel-Kriterium müsste zur Bestimmung des Anwendungsumfangs dieser Rechte *analog* herangezogen werden.[701] Unabhängig vom Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke oder vergleichbaren Interessenlage liegen die materiellen Voraussetzungen nicht vor. Dem Wortlaut einer Vorschrift wird lediglich bei einer *positiven* Selbstdeterminierung der Rechtsnatur eine verbindliche Bedeutung beigemessen und vom EGMR im Bestreben einer möglichst weiten Anwendung des Art. 6 EMRK übernommen. Der Verordnungsgeber bestimmt jedoch – wie bereits gezeigt – nur *negativ*, welche Rechtsnatur Bußgeldbeschlüsse nicht haben sollen.

Dem ließe sich entgegenhalten, dass das erste *Engel*-Kriterium nur deshalb ein unbedeutender und indizieller Ausgangspunkt für den EGMR ist, weil der nationale Gesetzgeber die *Anwendbarkeit* des Art. 6 EMRK nicht durch formalistische Selbstdeterminierung der Sanktion umgehen können soll. Der EGMR führt hierzu aus:

> „Nevertheless, if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as ‚regulatory' instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7), the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention."[702]

Die enge oder weite Strafrechtsnatur betrifft jedoch den *Anwendungsumfang* der Grundrechte und schließt deren Anwendbarkeit nicht aus, sodass es den hohen Vertragsparteien – etwa der Bundesrepublik Deutschland – und damit der Union ohne Weiteres möglich ist, ohne Verstoß gegen Art. 6 EMRK eine Sanktion dem Ordnungswidrigkeitenrecht zuzuordnen und in einem Verfahren durchzuführen, das den Anwendungsumfang dieser Rechte reduziert. Der Übertragung dieses Gedankens auf das Unionsrecht steht aber die fehlende Kriminalstrafkompetenz der Union entgegen.

---

nungswidrigkeit" eine „Straftat" im Sinne dieses Artikels (Art. 6) war oder nicht. *Zu diesem Zweck* stützt sich der Gerichtshof auf die Kriterien, die im oben genannten Urteil Engel und andere angewendet wurden." [Hervorhebung durch den Verfasser].

701 Vgl. *Riley*, CEPS, S. 1, S. 12.

702 EGMR, U. v. 21.2.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 49, [deutsch:] „Wären die Vertragsstaaten jedoch nach ihrem Ermessen in der Lage, durch die Einstufung eines Vergehens als „Ordnungswidrigkeit" statt als Straftat die Anwendung der fundamentalen Artikel 6 und 7 auszuschließen, wäre die Anwendung dieser Bestimmungen ihrem souveränen Willen unterworfen. Ein so weitreichender Spielraum liefe Gefahr, zu Ergebnissen zu führen, die mit dem Ziel und Zweck der Konvention unvereinbar sind."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cc) Keine kriminalstrafrechtliche Sanktionskompetenz im Wettbewerbsrecht

Die Europäische Union hat, wie bereits gezeigt wurde, *de lege lata* keine kriminalstrafrechtliche Rechtsetzungskompetenz für das unionsrechtliche Wettbewerbsrecht. Dies unterscheidet sie von den souveränen nationalen Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention. Die aus dem nationalen Recht suggerierte *positive* Wahlmöglichkeit und Determinationsbefugnis, eine Sanktion dem engen kriminalstrafrechtlichen oder weiteren strafrechtlichen Bereich zuzuordnen, existiert auf Unionsrechtsebene für den Verordnungsgeber damit nicht. Vor dem Hintergrund der begrenzten Einzelermächtigung als erforderlichem kompetenzrechtlichen Übertragungsakt kann die Weisheit, dass „letztlich nicht die Dogmatik, sondern der legislatorische Wille, eine als Problem erkannte Situation sachgerecht zu regeln, darüber entscheidet, ob diese Regelung zulässig ist", nicht gelten.[703]

Fehlt der EU die Kompetenz, *positiv* kriminalstrafrechtliche Sanktionen im Wettbewerbsrecht zu erlassen, kann ihr *argumentum e contrario* keine verbindliche Determinierungsbefugnis zustehen, *negativ* darüber zu entscheiden, dass eine Sanktion keinen kriminalstrafrechtlichen Charakter hat. Der Wortlaut steht insoweit im freien Belieben des Verordnungsgebers und ist damit legitimatorisch an dessen Kompetenzgrenzen gebunden.[704]

Richtigerweise kann es daher bereits dem Grunde nach nicht überzeugen, dem Verordnungsgeber indirekt – durch die Legaldefinition in Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 – die absolut verbindliche Entscheidungsbefugnis über den einzuhaltenden Grundrechtsmaßstab zu übertragen.[705] Allein die materielle Rechtsnatur der Kartellbuße gibt den Kompetenzbereich vor.

dd) Fazit

Am sekundärrechtlichen Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 – des „nicht strafrechtlichen Charakters" der Bußgeldbeschlüsse – *kann* und *darf* ein Rückschluss auf die im engeren oder im weiteren Sinne strafrechtliche Rechtsnatur der europäischen Kartellsanktion nicht festgemacht werden. Artikel 23 Abs. 5 VO 1/2003 ist jedoch nicht bedeutungslos, sondern kodifiziert den Willen des Verordnungsgebers, keine Kriminalstrafen erlassen zu wollen. Auf die Intention des Verordnungsgebers kann es hier insoweit nicht ankommen, da dem Wortlaut keine imperative Einordnungsmacht zukommt.

---

703 *Seelmann*, in: Wirtschaft und Strafrecht, S. 169.

704 *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 45.

705 *Thomas*, in: FS Canenbley, Rn. 461.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Zwischenergebnis

Weder der Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV noch der des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 lassen einen dogmatisch zwingenden Rückschluss darauf zu, welche Art strafrechtlicher Rechtsnatur der europäischen Kartellgeldbuße objektiv zukommt.[706]

3. Weitere Auslegungsmethoden

Auch eine kursorische Betrachtung der weiteren unionsrechtlichen Auslegungsmethoden erbringt keinen Erkenntnisgewinn. Aus dem *systematischen* Zusammenhang der primär- und sekundärrechtlichen Vorschriften ist ein zwingender Rückschluss auf die Rechtsnatur nicht möglich. Zwar kommt der *teleologischen* Auslegung im Unionsrecht besondere Bedeutung zu, bei dem sich insbesondere die praktische Wirksamkeit und der dem Völkerrecht entstammende „effet utile"-Gedanke auswirken. Damit ist jedoch nicht die „Vertragsauslegung im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse" gemeint, sondern eine, die den Normcharakter in seinen Erwägungsgründen und seiner allgemein-politischen Zielsetzung ernst nimmt.[707] Aus der bereits dargestellten Tragweite des Wettbewerbsrechts und seiner Funktionen für den Binnenmarkt[708] lässt sich aber keine zwingend konkrete Sanktionsform ableiten. Dieser Schutz kann sowohl durch im engeren als im weiteren Sinne strafrechtliche Sanktionen umgesetzt werden. Zwar wäre die Verhängung höchster Sanktionen bei einer kriminalstrafrechtlichen Einordnung ausgeschlossen, was gegen diese Auslegung spricht, der *effet-utile*- Grundsatz generiert jedoch keine neuen Kompetenzen. Als „fünfte" Auslegungsmethode sieht die *rechtsvergleichende* Auslegung eine komparative Analyse von Begriffen und Rechtsinstitutionen aus den gemeinsamen juristischen Traditionen einiger oder aller Mitgliedstaaten vor.[709] Eine autonom unionsrechtliche Abgrenzung wird allerdings erschwert, weil weder ein Strafrechtsbegriff noch eine Sanktionsdogmatik existiert oder aus dem national mitgliedstaatlichen Verständnis ableitbar wäre. Hinzu kommt, dass nicht alle Mitgliedstaaten Sanktionen unterschiedlicher Schwere in der Art echte Kriminalstrafe und Ordnungswidrigkeit nach „deutschem, italienischem oder portugiesischem" Recht unterscheiden.[710] Der Wortlaut kann daher nicht die Be-

706 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 66.

707 *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 16.

708 Vgl. oben unter 1. Teil 1. Kap. § 1 A. II. 2.

709 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 34.

710 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 59; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 15.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

deutung für sich in Anspruch nehmen, die ihm in nationalstaatlicher Hinsicht zukommt. Die Ergebnisse dürfen jedoch nicht unbesehen auf das Unionsrecht übertragen werden, sondern bilden den Ausgangspunkt einer am Sinn und Zweck der Norm orientierten genuin unionsrechtlichen Auslegung, die – wie gezeigt – zu keinem Ergebnis führt.[711]

III. Die Sanktionshöhe als Anknüpfungspunkt

Zur Differenzierung der strafrechtlichen Rechtsnatur der Kartellbuße wird zuletzt an deren Sanktionshöhe angeknüpft.[712] Das europäische Sanktionsrecht kennt *de lege lata* gleichwohl keine abstrakt an der Sanktionshöhe orientierte Zweiteilung der Kartellsanktion oder des Verfahrens. Dogmatisch gesehen sind Kartellbußen von 1 % oder 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes daher identische Sanktionen. Teilweise wird daher nicht auf die Bußgeldhöhe, sondern den damit verbundenen Unrechtsgehalt abgestellt.[713]

1. Wettbewerbsrecht der zwei Geschwindigkeiten

De lege ferenda erschiene es jedoch möglich – wie Jescheck für das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht vorgeschlagen hat –, eine numerische Sanktionsgrenze zu bestimmen, ab der sich die Kartellbuße in eine kriminalstrafrechtliche Sanktion wandelt.[714] Schwarze schlug hierfür 50 Mio. Euro vor, konstatiert jedoch selbst, dass es „ausgesprochen schwierig, wenn nicht gar ausgeschlossen“ sei, eine willkürfreie Grenze zu ermitteln.[715] Die optimale Sanktionsschwere zwischen effizienter Durchsetzung und verhältnismäßiger Sanktionierung im Kartellrecht ist kaum abstrakt bestimmbar.[716]

Einigte man sich auf eine Grenze, entstünde ein Kartellverfahren der zwei Geschwindigkeiten. Mit zunehmender Sanktionsschwere ginge dann eine Zunahme der Verfahrensreche einher. Dagegen spricht jedoch die in der Praxis

---

711 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 34; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 17.

712 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 61; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: EU-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 90; *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 179.

713 *Deutscher* greift hierbei auf die deutsche Sanktionsdogmatik und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zurück, wonach Geldbußen und Geldstrafen durchaus die gleiche Wirkung haben können, aber verschieden seien, *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 180 unter Verweis auf BVerfGE 27, 18, Rn. 47.

714 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 462.

715 *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, 265, 267.

716 *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 6, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bestehende – bereits dargestellte – Komplexität der Bußgeldberechnung.[717] Die Mitteilung der Beschwerdepunkte markiert zwar den Beginn des Kartellermittlungsverfahrens, bedeutet aber keinesfalls, dass die Generaldirektion Wettbewerb letztlich auch ein Bußgeld verhängt. Dessen genaue Höhe hängt zudem von der Kooperation der Unternehmen während des Ermittlungsverfahrens oder der Teilnahme an Kronzeugenprogrammen ab. Welche Bemessungsfaktoren, welche Kappungsgrenze die Generaldirektion im Einzelfall zur Berechnung der Kartellbuße anlegt, liegt zudem weitestgehend in ihrem Ermessen. Die konkrete Höhe der Kartellbuße kann daher erst am Ende des Verfahrens präzise bestimmt werden, müsste aber bereits zu Beginn des Ermittlungsverfahrens, also ab der Durchführung von Kartellermittlungen feststehen.

Möglich bliebe es, verbindlich vorab eine schwere oder leichte „Sanktionsschiene" zu wählen und den Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte, aber auch die Sanktionshöhe zu deckeln. Neue Erkenntnisse könnten zum Wechsel der Schiene führen, was die Verwertbarkeitsfrage bereits gewonnener Beweismittel aufwirft, auf denen der Wechsel indes wesentlich beruhen dürfte.

Konstatieren lässt sich daher, dass ein aus derzeitiger Sicht willkürlicher Abgrenzungsmaßstab erst entwickelt werden müsste und gegenwärtig nicht zur Abgrenzung der strafrechtlichen Rechtsnatur herangezogen werden kann.[718] Fraglich bleibt, ob dies nicht Auswirkungen auf die Ausgangsthese hat.

2. Auswirkungen auf die kriminalstrafrechtliche Ausgangsthese

Ist eine willkürfreie Abgrenzung der Strafrechtsnatur anhand der Sanktionshöhe nicht möglich, ließe sich argumentieren, dass die Ausgangsthese bereits widerlegt ist, weil sie ohne Grundlage von den einschneidenden Sanktionen auf die kriminalstrafrechtliche Rechtsnatur schließt.

Dagegen spricht, dass auch Vertreter einer weiten Strafrechtsnatur an der Sanktionsschwere als Indiz zur Abgrenzung zu Verwaltungssanktionen „nach

[717] Vgl. oben unter 1. Teil 1. Kap. § 2 A. III.

[718] *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 50, konstatiert jedenfalls trotz einer Ablehnung der kriminalstrafrechtlichen Einordnung, dass es schwer sei: „exakt anzugeben, wann eine Geldbuße bei einer materiellen Verwertung wegen ihrer belastenden Wirkung von einer bloßen Verwaltungssanktion in eine Sanktion mit strafrechtlichem Charakter umschlägt". Gleiches dürfte sich für die Abgrenzung des fragmentierten Strafrechtsbereichs ergeben.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unten“ anknüpfen.[719] Nicht ersichtlich ist, weshalb dies nicht auch „nach oben hin“ zu Kriminalstrafen zulässig sein sollte. Die Komplexität der Grenzziehung allein ist kein hinreichender Grund, die generelle Differenzierbarkeit anhand der Sanktionshöhe zu verneinen.[720] Es ist auch in nationalen Rechtsordnungen anerkannt, dass das Wesen der Kriminalstrafe unter anderem durch die Sanktionswirkung bestimmt wird.[721] Nach dem BVerfG enthält jede „Strafnorm“ ein mit staatlicher Autorität versehenes sozial-ethisches Unwerturteil über die von ihr pönalisierte Handlungsweise, dessen Inhalt sich aus dem „Straftatbestand“ und der „Strafandrohung“ ergebe.[722] Tatbestand und Rechtsfolge sind damit wechselseitig aufeinander bezogen, sodass sich das der „verbindlichen Wertung des Gesetzgebers beigemessene Unwerturteil“, das dem Gewicht einer Straftat immanent ist, erst aus der Höhe der angedrohten Strafe ergibt.[723] Damit korrespondiert die Höhe der angedrohten Sanktion in der Regel mit dem Gewicht und dem in der verbindlichen gesetzgeberischen Wertung beigemessenen Unwertgehalt einer Zuwiderhandlung. Entscheidend ist zudem, dass die *legitimatorische Nachweispflicht* nicht bei den Vertretern der kriminalstrafrechtlichen Ausgangsthese liegt. Rechtsstaatlich legitimationsbedürftig sind die Handlungskompetenz der Generaldirektion Wettbewerb und die Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte, wenn feststeht, dass förmliche Kartellermittlungen und schwerste Kartellsanktionen erhebliche unionsrechtliche Eingriffe in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Unternehmen darstellen.[724] Geht man daher von einer möglichen Korrelation zwischen Sanktionsandrohung und Rechtsnatur auch im Unionsrecht als Ausgangsthese aus, ist es nicht die Aufgabe der Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, nachzuweisen, dass es sich bei Kartellsanktionen tatsächlich um eine Kriminalstrafe handelt, solange dies rechtsdogmatisch möglich ist.

3. Zwischenergebnis

Zur Differenzierung der strafrechtlichen Rechtsnatur kann gegenwärtig nicht an deren Sanktionshöhe angeknüpft werden. Es ist unklar, wo die Grenze

---

719 „Ein weiteres Indiz für den strafrechtlichen Charakter der EU-Bußgelder stellt die Schwere der angedrohten Sanktion dar.“, vgl. *Dannecker*, NZWiSt 2022, S. 85, S. 89, m. w. N.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 335.

720 In diesem Sinne auch *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 265.

721 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 65.

722 BVerfGE 27, 18, 29.

723 BVerfGE 27, 18, 29.

724 *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 495.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zwischen noch zulässigen Kartellbußen und der unzulässigen Kartellstrafe liegt.

IV. Ergebnis

Aus dem Unionsrecht lassen sich keine Abgrenzungskriterien der strafrechtlichen Rechtsnatur ableiten. Das „Stigma“ ist inhaltlich nicht bestimmt und als Abgrenzungskriterium bereits verbraucht. Auf den nennenswerten Grad an Stigmatisierung abzustellen, präzisiert die Anforderungen nicht. Dass der Kartellbuße ein Stigma zugesprochen, die kriminalstrafrechtliche Rechtsnatur dennoch verneint wird, zeigt, dass das Kriterium für die Rechtsnatur nicht konstitutiv ist. Auch die Auslegung des Primärrechts ist unergiebig, weil die „Geldbuße“ nicht in eine unionsrechtliche Sanktionsdogmatik eingebettet ist. Dem Wortlaut des sekundärrechtlichen Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 kann mit „keinen strafrechtlichen Charakter“ keine verbindliche Einordnung entnommen werden. Spätestens mit der Fragmentierung des Strafrechts wäre eine positive Einordnung erforderlich gewesen. Selbst dann kann das Sekundärrecht die Rechtsnatur aber nicht verbindlich vorgeben, weil die Normhierarchie des Unionsrechts entgegensteht. Soweit auf die dargestellten Kriterien abgestellt wird, liegt damit ein Legitimationsdefizit vor. Möglicherweise kann aber auf nationalrechtliche Abgrenzungskriterien abgestellt werden, wenn diese auf das Unionsrecht übertragen werden können.

C. Die nationalrechtlichen Abgrenzungskriterien der Strafrechtsnatur

In Ermanglung supranationaler konventions- und unionsrechtlicher Kriterien werden zuletzt nationalrechtliche Abgrenzungskriterien der Strafrechtsnatur auf das Unionsrecht übertragen. Dies betrifft primär das nationalrechtliche Verständnis des stigmatisierenden „sozial-ethischen Tadels“ (I.). Die Kriterien sind stark an das deutsche Strafrechtsdogma zur qualitativen Abgrenzung zwischen der Kriminalstrafe und der Ordnungswidrigkeit angelehnt.[725] Es wird aber auch an andere nationalrechtliche Kriterien angeknüpft (II.). Nationalrechtliche Kriterien gelten im Unionsrecht jedoch nicht unmittelbar. Sie dürfen nicht ungeprüft übernommen werden, sondern müssen sich in Unionsrechtsdogmatik einfügen. Es ist daher zu prüfen, wie die nationalrechtlichen Kriterien ausgestaltet sind und ob sie im Unionsrecht Anwendung finden können.

[725] BGHSt 11, S. 263 = NJW 1985, S. 109 (S. 110); *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 9 f., m.w.N; *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 460.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

I. Der stigmatisierende sozial-ethische Tadel im nationalen Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union

Der sozial-ethische Tadel bzw. das Stigma werden als nationale Abgrenzungskriterien der Strafrechtsnatur auf das Unionsrecht übertragen.[726] Ausgangspunkt ist die Gleichstellung der europäischen Kartellbuße mit der deutschen, italienischen oder portugiesischen Ordnungswidrigkeit.[727] Im deutschen Recht sind Ordnungswidrigkeiten ethisch indifferent, während Kriminalstrafen ein sozial-ethischer Tadel zukommt.[728] Beide stehen damit in einem *aliud*-Verhältnis, wobei die Kriminalstrafe durch verschiedene materielle Anknüpfungspunkte indiziert werde.[729] Hierzu zählen neben der Natur der Zuwiderhandlung, dem Sanktionszweck und deren -wirkung wesentlich der sozial-ethische Tadel.[730] Der der europäischen Kartellbuße fehlende Tadel wird so zum „entscheidenden Indiz für die Einstufung der Geldbuße als Ordnungswidrigkeit des Gemeinschaftsrechts“[731] nach deutschem Vorbild.[732] Eine nationale Rechtsdogmatik nur zu übertragen und nicht zu „übersetzen“, sie mithin hinsichtlich ihrer Struktur und Ausrichtung auf die Konformität mit

---

726 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 337: „[…] ob die Geldbuße […] die sittlich-ethische Missbilligung fehlt, die der Kriminalstrafe eigen ist. Hiervon geht die heute h. M. in der Bundesrepublik Deutschland aus […].“ Dass die sittlich-ethische Missbilligung der Kriminalstrafe zu eigen ist, wie Biermann a. a. O. behauptet, ist die faktische Übertragung der deutschen Sanktionsdogmatik auf das Unionsrecht, das diese Unterscheidung so nicht näher ausdifferenziert; *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 177 f.: „Die Differenzierung zwischen kriminellem und ordnungswidrigem Verhalten fand sich bereits bei der Darstellung des Ordnungswidrigkeitenrechts wieder und ist nun auch bei der europäischen Geldbuße anzutreffen“, S. 178.

727 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 21, mit ausführlichen Nachweisen; Schlussanträge GA Roemer v. 19.12.1968 – Walt Wilhelm – Rs-14/68, ECLI:EU:C:1968:55, S. 24; Schlussanträge GA Mayras v. 16./17.06.1975 – Suiker Unie – Rs. C-40/73, ECLI:EU:C:1975:78, S. 2141; vgl. *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 80 ff.; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 49.

728 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 37.

729 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 65.

730 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 67, m. w. N.

731 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 178; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 337; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 21: „[…] Einstufung an der Seite des strafrechtsähnlichen […] Ordnungswidrigkeitenrechts, deren Bußen eine Pflichtenmahnung, aber gerade keine gesellschaftliche Missbilligung fundamentaler Normverletzungen ausdrücken.“

732 *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 113, m. w. N.; Schlussantrag GA Roemer v. 19.12.1968 – Walt Wilhelm – Rs. C-14/68, ECLI:EU:C:1968:55, S. 24; Schlussanträge GA Mayras v. 16./17. 06 1975 – Suiker Unie – Rs. C-40/73, ECLI:EU:C:1975:78, S. 2141; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 80 ff.; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 49 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dem Unionsrecht hin zu überprüfen, ist aber unzulässig.[733] Die Fruchtbarmachung dieser nationalen Abgrenzungskriterien im Unionsrecht erforderte daher, dass die Kriterien in mehreren Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (1.) in einem vergleichbaren dogmatischen Konzept angewendet werden (2.), das sich in die unionsrechtliche Sanktionsdogmatik einfügt (3.).

1. Der stigmatisierende sozial-ethische Tadel in anderen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

In der Literatur wird vertreten, der sozial-ethische Tadel sei in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein universell maßgebliches Kriterium zur Differenzierung punitiver Strafsanktionen.[734]

a) Summarischer Überblick

Bereits ein summarischer Überblick zeigt, dass das Konzept des sozialen Tadels auch in anderen Rechtsordnungen dem Grunde nach bekannt ist.[735] Im *polnischen* Strafrecht differenziert der Gesetzgeber anhand des „Sozialschädlichkeitsprinzips" die Bagatell- und *hard-core*-Strafrechtsdelinquenz.[736] Auch das *portugiesische* Recht differenziert Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, was angesichts der Tatsache, dass dies unmittelbar vom deutschen Recht inspiriert wurde, kaum überrascht, und unterscheidet beide danach, ob es sich um eine „Strafe im ethischen Sinn" handelt.[737] Dass ethisch neutrale Handlungen als Ordnungswidrigkeiten und ethisch rechtswidrige Handlungen als Straftaten eingeordnet werden, bewirkt darüber hinaus allerdings keinen weiteren dogmatisch nützlichen Erkenntnisgewinn. In *Österreich* ist eine Strafsanktion ein „mit Tadel verbundenes Übel und damit verbundenes sozialethisches Unwerturteil", die einen pönalen Charakter voraussetzt.[738] Auch

---

[733] Vgl. *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 333; *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 95.

[734] *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 2; *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 87 in Fn. 44, m. w. N., S. 163; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, S. 144, Rn. 54.

[735] *Andenaes*, Journal of Social Issues 1971, 27 (2), S. 17, S. 19: „social disapproval"; *Dau-Schmidt*, Duke Law Journal 1990 (1), S. 1, S. 1 ff.

[736] Art. 1 § 2 (sowie Art. 115 § 2) des polnischen Strafgesetzbuchs: „Nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma.", [deutsch:] „Eine Straftat liegt nicht vor, wenn der soziale Schaden vernachlässigbar ist"; *Roxin*, in: Festschrift Szwarc, S. 81 f.; *Weigend*, ZStW 1998, S. 114, S. 120 f.

[737] *Fernandes*, ZStW 2009, 121, S. 1025, S. 1037.

[738] *Petsche-Demmel/Scheitel*, in: Verfahrensgerechtigkeit für Unternehmen, S. 108, 112.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

das *italienische* Recht grenzt das Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht anhand des Stigmatisierungsgrads ab, wobei dies – in Bezug auf die „verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit" von Unternehmen – nicht vor Diskussionen über einen „Etikettenschwindel zur Vertuschung eines strafrechtlich-kriminellen Charakters" feit.[739] Die italienische Konstruktion dogmatischer Zwitterkategorien einer „aus einer Straftat erwachsenden Ordnungswidrigkeiten" ist auch nach dortiger Literaturmeinung „wenig plausibel" und wirft die Frage nach der Verbindlichkeit der Trennung und diesbezüglich tauglicher Kriterien auf.[740] Das Stigma oder der sozial-ethische Unwertgehalt sind damit auch in anderen Rechtsordnungen bekannt.

b) Kritik im Schrifttum

Niggli und Riedo vertreten die Ansicht, das deutsche Verfassungsdogma der sozial-ethischen Strafrechtsdifferenzierbarkeit fände in anderen Rechtsordnungen keine Anwendung zur Strafrechtsabgrenzung.[741] Zwar würden auch andere Rechtsordnungen zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht unterscheiden – dies geschehe jedoch nicht anhand eines sozial-ethischen Kriteriums.[742] Die von Satzger zitierten Quelle, die dies für das französische Recht behauptet, belegt sogar das Gegenteil, wenn sie ausführt, dass:

„Toute peine, et non seulement les peines criminelles, […] est infamante."[743]

Das „mit einem übel verbundene sozialethische Unwerturteil" im Rahmen des österreichischen Rechts führe, etwa bei der Verfallsregelung des § 20 öStGB, nicht zu dogmatisch eindeutigen Ergebnissen.[744] Eine Übertragung des Kriteriums auf das Unionsrecht anhand eines wertenden Rechtsvergleichs der gemeinsamen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten der Union sei damit

739 *Guerrini*, NZWiSt 2014, S. 361, S. 369 f., der sich immer wieder auf die stigmatisierende Wirkung der Sanktion bezieht.

740 *Guerrini*, NZWiSt 2014, S. 361, S. 365; *Rübenstahl/Wittig*, RIW 2019, S. 105, S. 105. Es handele sich um eine dritte Art von Unternehmenshaftung, die straf- und verwaltungsrechtliche Merkmale kombiniere.

741 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 104.

742 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 104.

743 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 77, Fn. 416; *Jeandidier*, Droit pénal général, S. 348, Nr. 373 [deutsch:]„Jede Strafe ist verwerflich, nicht nur Kriminalstrafen".

744 *Petsche-Demmel/Scheitel*, in: Verfahrensgerechtigkeit für Unternehmen, S. 108 f., 112 f.; interessanterweise scheint auch im österreichischen Recht zu vergleichbaren Rechtsreflexen zu führen, wenn die Einordnung der Rechtsnatur anhand des sozialethischen Unwerturteils an seine Grenzen gerät und im Rahmen des Verfalls von „strafrechtsähnlichen Sanktionen" oder „quasi-konditionellen Ausgleichsansprüchen" die Rede ist, a.a.O, S. 113.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht möglich. Niggli und Riedo bezweifeln aber auch generell die Tauglichkeit eines sozial-ethischen Abgrenzungskriteriums. Es sei eine nicht weiter belegte Denkfigur des deutschen (Straf-)Rechts.[745] Letztlich lasse sich ein vom anthropologischen Strafrecht abgeleiteter staatlicher Strafanspruch, dessen Legitimation sich aus dem Zweck, den Menschen zu schützen ergebe, nicht ohne diesen Zweck und damit allein mit der Ethik und Sittlichkeit legitimieren.[746] Strafrechtliche Sanktionen gleich welcher Art müssten daher dem menschlich-sozial-ethischen Schutzzweck dienen, wolle man nicht für die vollständige Trennung von Recht und Ethik argumentieren.[747] Aus diesem Grund tauge das dem Strafrecht immanente und nicht abstufbare Kriterium nicht zur Abgrenzung des Strafrechts im engeren und weiteren Sinne.[748] Dementsprechend sehen beide in der dogmatisch nicht fundierten Abgrenzung den Versuch, für den Bereich des Strafrechts im weitesten Sinne die strafrechtlichen Verfahrensrechte, insbesondere den Bestimmtheitsgrundsatz und das Schuldprinzip, zu umgehen.[749] Sie lehnen eine graduelle Differenzierbarkeit in engere und weitere Strafen daher generell ab.[750]

c) Stellungnahme

Die Kritik von Niggli und Riedo lässt sich in Hinsicht auf die legislativen Hintergründe einer Differenzierung nicht ohne Weiteres ausräumen. Die Klärung erforderte eine vertiefte rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Strafrechtsdogmatiken, aus der sich ein einheitliches Konzept des sozial-ethischen Tadels ergeben müsste, wollte man das Kriterium auf das Unionsrecht übertragen. Daran fehlt es in der gegenwärtigen rechtswissenschaftlichen Diskussion. Dabei wäre zu beachten, dass sich eine gemeinsame Rechtstradition der Mitgliedstaaten, die das Kartellrecht allesamt als Ordnungswidrigkeitenrecht behandeln – geschweige denn überhaupt ein dem Ordnungswidrigkeitenrecht entsprechendes Recht kennen[751] –, nicht feststellen lässt. Belgien gestaltet das Kartellrecht etwa als echtes Kriminalstrafrecht aus,[752] das französische Unternehmensstrafrecht sieht kriminalstrafrechtliche Sanktionen für

745 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 108.
746 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 107.
747 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 107.
748 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 107.
749 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 113.
750 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 91.
751 Vgl. *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 22.
752 *Legros*, Cahiers de droit européen 1980, S. 220, S. 220 ff.; vgl. auch *Hildebrandt*, Strafrechtliche Verantwortung, S. 31; *Schroth*, Economic offences, S. 148 ff., 167 ff., 187.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kartellsanktionen vor.[753] Auch dass die Mehrheit der Mitgliedstaaten das Kartellverfahren gegenüber Unternehmen als administratives Verwaltungsverfahren ausgestaltet,[754] lässt keinen zwingenden Rückschluss auf die Rechtsnatur der unionsrechtlichen Kartellbuße zu.[755] Zu berücksichtigen wäre ferner, dass nationale Kartellrechtsordnungen teilweise rein verwaltungsrechtliche, teilweise rein kriminalstrafrechtliche und teilweise Mischmodelle mit unterschiedlichsten Haftungsmodellen für natürliche oder juristische Personen vorsehen und sich vor dem Hintergrund einer Dezentralisierungspolitik der Kartellrechtsdurchsetzung erklären.[756]

Demgegenüber kann keine einheitliche Dogmatik aller Mitgliedstaaten verlangt werden. Schließlich kennen das spezifische Problem nur diejenigen Rechtsordnungen, die ein geschlossenes Sanktionssystem haben und Sanktionen durch den sozial-ethischen Tadel unterscheiden. Stellvertretend für diese Rechtsordnungen soll die deutsche Rechtslage betrachtet werden, um herauszuarbeiten, wie das Stigma und der sozial-ethische Tadel dort zur Abgrenzung der Strafrechtsnatur umgesetzt wird.

d) Zwischenergebnis

Das Konzept des Stigmas und des sozial-ethischen Tadels ist in einigen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bekannt. Ob diese Kriterien zur Abgrenzung von Strafsanktionen im engeren und weiteren Sinne verwendet werden und woran sie materiell festgemacht werden, ist unklar. Hierfür bedarf es einer Betrachtung der nationalen Rechtsordnungen.

---

753 *Tricot*, ZStW 2014, S. 55, S. 59 f.

754 *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 7, 10, m. w. N.; ICN, Report to the 7th ICN annual conference, Setting of fines, S. 35.

755 Im Unterschied zum später aufzuzeigenden Untersuchungsansatz ergibt sich hieraus auch keine gemeinsame Verfassungsüberlieferung, weil die Einordnung der den Mitgliedstaaten obliegenden Rechtsnatur nicht zur Auslegung des Anwendungsumfangs der anzuwendenden Verfahrensrechte herangezogen wird. Die objektive Bestimmung der Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße wird nicht durch die Mitgliedstaaten determiniert.

756 *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 6; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 19; so sähen, allerdings im Jahr 2006, Dänemark, Irland, Estland und Malta kriminalstrafrechtliche Verfahren zum Teil auch gegenüber Unternehmen vor, Frankreich, Zypern und die Slowakische Republik sähen nicht strafrechtliche Sanktionen für Unternehmen, aber strafrechtliche für natürliche Personen vor. In Deutschland sind Bußgelder nicht strafrechtlicher Natur, mit Ausnahme von Submissionsabsprachen gem. § 298 StGB; ICN, Report to the 7th ICN annual conference, Setting of fines, S. 35 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Der stigmatisierende sozial-ethische Tadel im deutschen Recht

Das „Stigma“ und der „sozial-ethische Tadel“[757] sind im deutschen Recht nicht legaldefiniert.[758] Es haben sich auch keine objektive Bestimmungskriterien herausgebildet.[759] Ausgehend von der Aufgabe des Strafrechts, „die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen“,[760] unterscheidet das BVerfG Ordnungswidrigkeiten mit geringem Unrechtsgehalt, die nach allgemeinen gesellschaftlichen Auffassungen nicht als strafwürdig gelten, von den kriminellen Vergehen „durch den Grad des ethischen Unwertgehaltes“.[761] Auch damit ist wenig für die Differenzierung von Strafen im *engeren* und im *weiteren* Sinne gewonnen, die in der deutschen Rechtswissenschaft eigentlich eine lange Tradition hat.[762] Mithin ist zu untersuchen, wie die Differenzierung von Kriminalstrafen und Ordnungswidrigkeiten anhand des sozial-ethischen Unwerturteils vorgenommen wird.

a) Differenzierung von Kriminalstrafen und Ordnungswidrigkeiten im deutschen Recht

Wie jede Sanktion ist die *Strafe* ein „Übel“, das als Reaktion auf ein vorangegangenes, negativ zu bewertendes Verhalten verhängt wird.[763] Kriminal-

---

757 *von Hirsch/Hörnle*, GA 1995, S. 261, S. 261 ff., die die Diskussion um das Unwerturteil und den sozialen Tadel ausführlich, aber wohl unergiebig, jedenfalls unbestimmt als „Bestandteil menschlicher Kommunikation“ beschrieben wird, S. 282.

758 Zum Teil wird bereits hieran die Tauglichkeit derartiger moralisierender Abgrenzungskriterien festgemacht, *Zaczyk*, ZStW, 2011 (123), S. 691, S. 698.

759 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 67; das BVerfG konstatiert lediglich, dass Strafe auch nach deutschem Verständnis kein „sozialethischer Schuldvorwurf“ ist, sondern dass Strafe Schuld voraussetzt, wobei Schuld die sozialethische Vorwerfbarkeit des strafbaren Verhaltens meint, vgl. BVerfGE, 20, 223/330 f.; die Schuld als Voraussetzung der Strafe wird aber nicht in allen europäischen Ländern konsistent verwendet, vgl. BtDRs. 14/4991 v. 14.12.2000, S. 7.

760 BVerfGE 27, 18, 29.

761 BVerfGE 27, 18, 36; BVerfGE 9, 167, 172; nach BVerfGE 105, 135 (153) ist die Strafe eine „missbilligende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes Verhalten“; BVerfGE 109, 133 (168) spricht von einer „öffentlichen Missbilligung der Tat“.

762 BGHSt 11, S. 263 = NJW 1985, S. 109 (S. 110); *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 458 ff.; *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 11 f. *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 152 f.; *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 113; BGH, B. v. 4.11.1957, Az. GSST 1/57, Rn. 8.

763 *Neumann*, in: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, S. 438; teilweise wird die „Strafe“ – wohl aber im Sinne einer Sanktion – auch als „die von der verfassten Gemeinschaft mit Zwang verbundene Minderung des einer Rechtsperson an sich gewährleisteten gleichen rechtlichen Freiheitsstatus“ definiert, vgl. *Rösinger*, Die Freiheit des Beschuldigten, S. 67, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

strafen wird gegenüber Ordnungswidrigkeiten ein erhöhter Unwertgehalt zugesprochen,[764] der zur Abstufung strafrechtlicher Sanktionen elementar[765] und für die Kriminalstrafe schlechthin konstitutiv sei.[766] Der Gesetzgeber erbebe mit der Strafnorm neben der deklaratorischen gerade eine konstitutive Missbilligung, worin ein eigenständiges Werturteil des Staats in Form eines Vorwurfs zu sehen sei.[767] Kriminalstrafen implizieren danach eine Zuwiderhandlung gegen die Rechtsordnung zum Schutz von Individualrechtsgütern, die „ethisch begründete Kulturnormen zum Gegenstand"[768] hätten und damit „die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens" als echte strafwürdige Rechtsgüter schützen[769] und zu einer erheblichen Stigmatisierung führten.[770] Kriminalstrafen komme danach ein (schwererer) materieller Unrechtsgehalt durch die Verletzung eines Rechtsguts zu, in der eine „Auflehnung der sittlichen Persönlichkeit gegen sozial-ethische Grundanforderungen" zum Ausdruck komme.[771] Sie seien keine bloßen Verstöße gegen positive Rechtssätze, sondern würden, unabhängig hiervon, von der Gesellschaft als sozialwidrig angesehen.

Ordnungswidrigkeiten hingegen schützen „nur" die Interessen und den Gehorsamsanspruch der staatlichen Verwaltung,[772] mithin Sozialnormen und keine sozialen Rechtsgüter.[773] Sie überschreiten nicht den Bereich des öffentlichen Interesses am Funktionieren der Verwaltungstätigkeit, weshalb kein Schaden am Rechtsgut – hier das staatliche Interesse am Bestand sowie der Erhaltung des Wettbewerbs und der Wirtschaftsordnung selbst – entsteht.[774] Sie gefährdeten die Rechtsordnung daher als reiner Ungehorsam weniger.[775] Der Gesinnung und dem Schuldvorwurf des Zuwiderhandelnden fehle daher der „hohe Grad der Verwerflichkeit" oder das „schwere sozialethische Un-

---

764 *Bücherl*, in: Graf BeckOK OWiG, § 47 OWiG, Rn. 47; *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße, S. 30 ff., m. w. N.

765 BVerfGE 27, 18, 29.

766 BGHSt 11, S. 263 = NJW 1985, S. 109 (S. 110); *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S.10; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 67.

767 *Greco*, Lebendiges und Totes, S. 298.

768 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 152.

769 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 158, mit Verweis auf BVerfGE 27, 18, 29.

770 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 85 f.

771 Vgl. *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 8.

772 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 459; vgl. *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 8 ff.

773 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 459; *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 152.

774 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 459.

775 *Bücherl*, in: Graf BeckOK OWiG, § 47 OWiG, Rn. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werturteil", das lediglich Kriminalstrafen „als einzig echter Strafe" anhafte.[776] Da der Ordnungsverstoß ethisch nicht vorwerfbar sei und die sittliche Persönlichkeit des Menschen nicht berühre, sei der Makel einer Kriminalstrafe nicht erforderlich und damit auch nicht rechtfertigbar. Es genüge eine ethisch indifferente Ordnungsstrafe,[777] der das mit der Kriminalstrafe notwendig verbundene Unwerturteil und folglich der „Ernst der staatlichen Strafe" fehle.[778] Zwar lassen sich nach dem BVerfG einige Sanktionen mit dieser Umschreibung zweifellos dem Kriminalstrafrecht zuordnen und andere herausnehmen; die exakte Grenzziehung zwischen dem Kernbereich des Strafrechts und dem Ordnungswidrigkeitenrecht sei jedoch den wechselnden Anschauungen der Rechtsgemeinschaft unterworfen und nicht zuletzt daher äußerst komplex.[779] Die materielle Differenzierung strafrechtlicher Sanktionen obliegt daher nach dem BVerfG dem Gesetzgeber, dem ein großzügiger Ermessensspielraum eingeräumt wird und gerichtlich nur auf die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen hin geprüft wird:

> „Diese Grenzlinie unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten historischen Situation im einzelnen verbindlich festzulegen, ist Sache des Gesetzgebers. Das Bundesverfassungsgericht kann dessen Entscheidung nicht darauf überprüfen, ob er dabei im einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat. Es hat lediglich darüber zu wachen, daß die Entscheidung des Gesetzgebers materiell in Einklang mit der verfassungsrechtlichen Wertordnung steht und auch den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht."[780]

aa) Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

Dem Gesetzgeber kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts damit eine Einschätzungsprärogative und ein Einschätzungsermessen zu, welches Sanktionsmodell – Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht – er als vorzugswürdig erachtet.[781] Darunter ist das Vorrecht des Gesetzgebers zu verstehen, über die Geeignetheit und Erforderlichkeit gesetzlicher Regelungen zur Erreichung eines legitimen Ziels selbst abschließend zu ent-

---

776 Vgl. *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 170.

777 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 152.

778 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 77.

779 BVerfGE 27, 18, 36 f.

780 BVerfGE 27, 18, 38.

781 *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 276, etwa für die Frage, ob eine deutsche Verbandssanktion für juristische Personen als Straftat oder Ordnungswidrigkeit ausgestaltet werden kann. *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 170; *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 155; nach BVerfGE 105, 135 (153) gibt die Einordnung Aufschluss über die gesetzgeberische Charakterisierung des Straftatbestands.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

scheiden. Eine Rechtskontrolle schließt nur offensichtliche Verstöße aus, wobei die materielle verfassungsrechtliche Werteordnung und die ungeschriebenen Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Grundgesetzes als Schranke dienen.[782] Grundsätzlich entscheidet der deutsche Gesetzgeber daher letztverbindlich, ob er ein Verhalten mit kriminalstrafrechtlichen, ordnungswidrigkeitsrechtlichen, verwaltungsrechtlichen Sanktionen oder überhaupt nicht ahnden will.[783]

Für Leistner lassen sich Ordnungswidrigkeiten und Kriminalstrafen damit nicht wesensmäßig, sondern nur am Schweregrad der Sanktion unterscheiden,[784] wobei die Differenzierung unter Berücksichtigung des Gewichts der Rechtsverletzung, der Bedeutung des Rechtsguts oder der Gefährlichkeit dem Gesetzgeber unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes obliegen soll.[785] Dies würde bedeuten, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber den sozial-ethischen Tadel eines Normverstoßes formal-positivistisch nach pflichtgemäßem Ermessen durch die Zuordnung zu einem Normensystem – dem Ordnungswidrigkeitenrecht oder Kriminalstrafrecht – selbst vorgibt.[786] Strafsanktionen im weitesten Sinne sind dann:

> „[…] durch eine positive Ermessensentscheidung des Gesetzgebers ausgesondert […], die wegen der geringen Bedeutung des Rechtsguts und ihrer lediglich abstrakten Gefährlichkeit weniger strafwürdig erscheinen, aber doch nicht dem Zivilrecht überlassen bleiben können.“[787]

Wie diese Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers in der Praxis begründet wird, lässt sich – treffenderweise – gut am Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen darstellen. Die in § 81a Abs. 1 GWB i. V. m. § 30 Abs. 1 Nr. 1-5 OWiG vorgesehene Kartellgeldbuße wird im deutschen Recht als Strafe im weiteren Sinne dem Ordnungswidrigkeitenrecht zugeordnet. Ihr fehle der sozial-ethische Tadel.[788] Bereits Leistner weist unter Bezug auf Jescheck und Tiedemann[789] darauf hin, dass der deutsche Gesetzgeber sich dazu entschieden habe, zur Bewährung des materiellen Kartellrechts:

---

782 BVerfGE 27, 18, Rn. 38; zu diesem Fazit gelangt auch *Tiedemann*, Archiv des öffentlichen Rechts, Vol. 89, 1964, S. 56, S. 82.

783 *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 66 f.

784 *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 18 ff.; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 337, m. w. N.

785 *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 21.

786 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 155, 162 f.

787 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 461.

788 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 37.

789 Vgl. *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße, S. 23 ff.; *ders.*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, S. 14 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„nicht Strafrecht im engeren Sinn mit der Sanktion der Strafe und dem darin enthaltenen sozialethischen Unwerturteil […] einzusetzen, sondern hat es für ausreichend erachtet, Bußgeldtatbestände, also Ordnungswidrigkeiten, zu verwenden.“[790]

Wettbewerbsverstöße sind damit – anders als andere Kernbereiche des Kriminalstrafrechts – als „delicta mere prohibita“ lediglich aufgrund eines vom Willen des Gesetzgebers abhängigen Verbots sanktionsbewährt und entsprechen keiner in der Natur des Menschen angelegten Verbotsvorstellung.[791] So steht es ihm frei, das Erschleichen von Leistungen nach § 265a StGB als unbedingt sozialwidrig angesehene Verletzung eines Rechtsguts in das Strafgesetzbuch einzufügen oder als Beeinträchtigung von Verwaltungsinteressen zu entkriminalisieren und wieder zur Ordnungswidrigkeit zu degradieren.[792] Letzteres wäre ihm im Rahmen des § 212 Abs. 1 StGB bei einer Sanktion für die Tötung eines Menschen als offensichtlicher Verstoß jedoch untersagt. Jescheck gibt zudem zu bedenken, dass es dem Gesetzgeber nur dann zusteht, überhaupt repressive Sanktionen zu verhängen, wenn dem Verhalten ein sittlich-missbilligter Tadel zugrunde liegt.[793] Entscheidend ist jedoch, wie Tiedemann es formuliert,

„[n]icht vom Unrecht auf die Rechtsfolge, sondern von der Sanktion […] auf die Bewertung des Unrechts und der Schuld durch den Gesetzgeber zu schließen.“[794]

Von seiner Einschätzungsprärogative macht der Bundesgesetzgeber indes nicht immer konsequent Gebrauch. Während wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen i. S. d. Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 1 als Ordnungswidrigkeiten Geldbußen für Unternehmen nach sich ziehen (vgl. § 81a Abs. 1 GWB, § 30 Abs. 1 OWiG) und damit dem Ordnungswidrigkeitenrecht unterfallen, hat der Gesetzgeber wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (sog. Submissionsabsprachen, ex § 38 Abs. 1 Nr. 1 u. 8 GWB a. F.) nach § 298 Abs. 1 StGB dem Strafrecht zugeordnet.[795] Dafür spreche Folgendes:

---

790 *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 7.

791 *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 490, m. w. N.

792 Vgl. zur Reformdiskussion und weiteren Nachweisen *Perron*, in: Schönke/Schröder StGB, § 265a StGB, Rn. 1.

793 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 461.

794 *Tiedemann*, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, S. 1415.

795 *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder StGB, § 298 StGB, Rn. 1 ff.; Bt-DRs. 13/5584 v. 24.9.1996, Gesetzentwurf der Abgeordneten Geis u. a., zur Bekämpfung der Korruption, S. 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„In den letzten Jahrzehnten immer wieder verhängte hohe Geldbußen gegen Unternehmen und verantwortliche Einzelpersonen verdeutlichen den qualifizierten Unrechtsgehalt der zugrundeliegenden Wettbewerbsverstöße.“[796]

Gleichwohl reichten die hohen Kartellgeldbußen zur Eindämmung dieser schweren Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht nicht hin, weshalb der freie Wettbewerb als das primär geschützte Rechtsgut[797] eines verstärkten strafrechtlichen Schutzes bedürfe,[798] der zu einer Kriminalisierung eines Teilbereichs des Ordnungswidrigkeitenrechtes führt.[799]

Die Einschätzungsprärogative spricht daher dafür, dass der Unrechtsgehalt graduell abstufbar ist[800] und der Gesetzgeber unter Verweis auf den qualifizierten Unrechtsgehalt jedenfalls theoretisch in der Lage wäre, die Kartellbuße zu einer Kartellstrafe aufzuwerten.[801] Beide strafrechtliche Sanktionen ließen sich dann nicht mehr ihrem Wesen nach, sondern nur noch graduell sowie ohne klare dogmatische Trennung unterscheiden.[802]

bb) Gesellschaftliches Werteverständnis

Zur Präzisierung des sozial-ethischen Tadels rekurriert der Gesetzgeber ergänzend auf das gesellschaftliche Werteverständnis. In der Gesetzesbegründung zum GWB führt der Gesetzgeber aus:

„Weder in der deutschen Öffentlichkeit noch in den beteiligten Wirtschaftskreisen ist bisher ein lebendiges Gefühl dafür verbreitet, daß wettbewerbsbeschränkende Verträge und Geschäftspraktiken unerlaubt und ethisch verwerflich seien. […] Es fehlte also eine in die Breite dringende Aufklärung über die Grundlagen einer von den Grundsätzen des freien Wettbewerbs beherrschten Wirtschaftsordnung. […]

---

796 Bt-DRs. 13/5584 v. 24.9.1996, Gesetzentwurf der Abgeordneten Geis u. a., zur Bekämpfung der Korruption, S. 13.

797 Bt-DRs. 553/96 v. 16.8.1996, Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, S. 29.

798 Bt-DRs. 553/96 v. 16.8.1996, Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, S. 28.

799 Bt-DRs. 553/96 v. 16.8.1996, Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, S. 28.

800 Bt-DRs. 553/96 v. 16.8.1996, Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, S. 28: „Ein solches Verhalten steht in seinem Unrechtsgehalt nicht hinter Verstößen zurück, die […] mit Mitteln des Strafrechts geahndet werden.“

801 Zur Frage der strafrechtlichen Kriminalisierung von Kartellsanktionen bereits *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße, S. 26, 199; vgl. allgemein zur Kriminalisierungsentwicklung *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 18 ff. *Stomper*, Kriminalisierung, S. 101 ff., 251 ff., jedoch stets in Bezug auf die Kriminalisierung von Handlungen natürlicher Personen.

802 *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 21.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> Unter diesen Umständen erscheint es nicht angemessen, die diesem Gesetz zugrunde liegende geänderte wirtschaftspolitische Auffassung schon jetzt durch Strafbestimmungen zu sanktionieren, deren Übertretung einen kriminellen Verstoß darstellen würde. Man wird, […] davon auszugehen haben, daß weite Kreise der Betroffenen eine Zuwiderhandlung gegen das Gesetz nur als kaufmännisch unlauteres Verhalten und als Verstoß gegen gewisse Ordnungsprinzipien der Wettbewerbswirtschaft auffassen werden. Spätere Zeiten, denen der Gedanke des freien Wettbewerbs lebendiger und werterfüllter scheinen wird, als das heute schon der Fall ist, mögen davon abgehen und die Ordnungswidrigkeiten zu echten Straftaten verschärfen."[803]

Dies könnte dafür sprechen, die Darstellung der Kartellsanktion gegenüber der Gesellschaft durch die Kartellbehörden, die Wahrnehmung der Öffentlichkeit und die Rechtsfolgen für Unternehmen und natürliche Personen als die drei Kriterien – Darstellung, Wahrnehmung und Rechtsfolgen – zum Maßstab eins Stigmas zu machen.[804] Die Einschätzung des Gesetzgebers wurde aber bereits bei der Einführung des GWB kritisiert und bestritten.[805] Jescheck wendet generalisierend ein, dass nicht:

> „[…] einzusehen [sei, Einfg. d. Verf.], warum Verstöße gegen das Kartellgesetzt, die die Grundlage der marktwirtschaftlichen Ordnung bedrohen, wertneutrale Handlungen sein sollen, während die verschleierte Nebentätigkeit des Arbeiters […] einem sozial-ethischen Unwerturteil unterliegt […]."[806]

Es überzeuge nicht, wenn der Gesetzgeber die Geld*strafe* gegen Verbände aufgrund straftheoretischer Erwägungen ausschlösse, die Geld*buße* mit einem deutlich erhöhten Höchstbetrag als repressive Sanktion aber zulasse.[807] Die eminente Sozialschädlichkeit materieller Wettbewerbsverstöße im deutschen Kartellrecht erfordere den Einsatz der Kriminalstrafe.[808] Eine diesbezügliche Notwendigkeit ergäbe sich gerade auch im systematischen Vergleich zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), das – gemeinsam mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – ein einheitliches System zum Schutz der Lauterkeit und Freiheit des Wettbewerbs bildet.[809] Nach § 16 Abs. 1 UWG ist die irreführende Werbung durch unwahre Angaben für den

---

803 BT-DRs. 1158 v. 22.01.1955, S. 27 f.; vgl. auch *Tiedemann*, S. 30 ff., der weitere Nachweise über die aus heutiger Sicht bestürzende Einstellung zu Wettbewerbsverstößen in der wirtschaftsrechtlichen Literatur darstellt.

804 *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 109.

805 *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 18; vgl. *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße, S. 26 ff., mit Verweis auf Schmidt, der von einem „sehr schweren Fehler des Gesetzgebers" spricht; *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 461; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 39 f.

806 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 461.

807 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 462.

808 Vgl. *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 39.

809 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 39; nach dem Begriff des „Wettbewerbsrechts im weiteren Sinne" werden beide Teilbereiche des Wettbewerbsschutzes –

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

absichtlich hervorgerufenen Anschein eines besonders günstigen Angebots eine „strafbare Werbung“ und wird mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe eindeutig als Kriminalstrafe ausgestaltet.

Tiedemann bezweifelt ferner grundsätzlich, ob der kriminalstrafrechtliche Schutz eines Rechtsguts überhaupt allein von der zeitgenössischen Anerkennung durch oder mit Rücksicht auf die Gesellschaft abhängen könne.[810] Dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber stehe es durchaus zu, unabhängig von gesellschaftlichen Befindlichkeiten proaktiv einer Sanktion einen sozialen Unwertgehalt aufzuerlegen.[811] Hierfür spräche, dass sich ein gesellschaftlicher Konsens über die sozial-ethische Verwerflichkeit kaum spontan entwickeln dürfte.[812] Wagner-von Papp gibt zu bedenken, dass gerade komplexe und wenig anschauliche Kartellrechtsverstöße, deren Opfer kaum individualisierbar sind, nicht geeignet sind, um bei der breiten Masse der Bevölkerung Empathie für namenlose kartellgeschädigte Verbraucher hervorzurufen.[813] Dennoch seien horizontale *hard-core*-Kartellverstöße dem Inhalt nach letztlich nichts anderes als Betrug oder Diebstahl.[814] Unabhängig hiervon habe in rechtsdogmatischer Hinsicht weder die Gesellschaft noch der Gesetzgeber selbst Kartellbußen den ethisch-sittlichen Tadel aberkannt, sondern allenfalls festgestellt, dass die deutsche Öffentlichkeit diesen zum *damaligen Zeitpunkt* nicht erkannte.[815] Ob diese Einschätzung des Gesetzgebers auch heute noch gültig ist oder die „späteren Zeiten“ Veränderung gebieten,[816] darüber lässt sich trefflich streiten. Schließlich hat er zur Begründung der Kriminalisierung der Submissionsabsprache nach § 298 Abs. 1 StGB explizit auf den Gesetzesentwurf zum GWB und die Möglichkeit hingewiesen, in späteren Zeiten die Ordnungswidrigkeiten zu echten Straftaten zu verschärfen.[817] Kartte und von

---

das UWG und das GWB – zusammengefasst, vgl. *Rittner/u. a.*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 1 ff.

[810] *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße, S. 32, mit Verweis auf einen Vorschlag von Grünwalds.

[811] *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, S. 140, der davon ausgeht, dass die objektive Geltung von Werten weniger durch die Anerkennung der Allgemeinheit ergibt, sondern vielmehr durch eine Werteverwirklichung durch die Staatsgewalt.

[812] *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 274, m. w. N.

[813] *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 274, m. w. N.

[814] vgl. *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 274, m. w. N.; *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 111.

[815] So auch *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 18.

[816] *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 117, die darauf verweisen, dass auch andere Rechtsgebiete, wie das Umweltstrafrecht, vor 50 Jahren noch nicht existierten, sich derartige Kriminalitätsfelder also auch der Entwicklung zugänglich sind.

[817] Bt-DRs. 553/96 v. 16.8.1996, Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, S. 29, unter Verweis auf die BT-DRs. 1159, S. 28.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Portatius wollen jedenfalls bereits 1975 ein öffentliches Bewusstsein entdeckt haben, das die Verwerflichkeit von Kartellverstößen anerkennt.[818] Dies sei durch empirische Untersuchungen zur Sozialschädlichkeit von Kartellen belegbar.[819] Die Sozialschädlichkeit wettbewerbsrechtlicher Zuwiderhandlungen sprengt daher, daran ist nach Lüderssen „nicht zu rütteln", den Begriff der Ordnungswidrigkeit.[820] Auch Möschel will eine um den Faktor 100 übersteigende Geldbuße im Kartellrecht nicht dem gleichen Sanktionsregime unterwerfen wie Straßenverkehrsdelikten.[821] Zudem bleibe bereits objektiv unklar, was ein „lebendiges Gefühl der ethischen Verwerflichkeit" überhaupt bedeute und wie man ein solches für die *deutsche (oder gar europäische) Öffentlichkeit* wissenschaftlich empirisch feststellen wollte.[822] Ohnehin ginge es nicht an, dass es zur Genese dieses „Gefühls" auf die potenziell von einer Kriminalisierung Betroffenen ankommen soll. Baumann und Arzt konstatieren:

> „Es kommt gewiss nicht darauf an, ob die ‚beteiligten Wirtschaftskreise' ein ‚lebendiges Gefühl' dafür haben, daß derartige Praktiken unerlaubt und verwerflich sind. In gewissen Situationen hat der Gesetzgeber […] dem allgemeinen Bewußtsein voranzuschreiten."[823]

Entscheidend sei daher nicht, wie die Allgemeinheit, die diese Dinge nicht durchschaue, derartige Verstöße einschätze, sondern diejenigen, die durch das wettbewerbswidrige Verhalten einen Schaden erlitten.[824] Auch von einem „unlauteren Verhalten als Verstoß gegen gewisse Ordnungsprinzipien der Wettbewerbswirtschaft" könne keine Rede sein. Das GWB schütze die Interessen der Marktwirtschaft und habe nicht die:

> „[…] ‚bloße Ordnung oder Aufrechterhaltung des Wettbewerbs' zum Gegenstand, es gehe darum, ‚die Beseitigung der Markt- und Wettbewerbsgesetze zu verhindern und den Konsumenten Schutz der Wahlfreiheit und Schutz vor Übervorteilung zu

---

818 *Kartte/v. Portatius*, BB 1975, S. 1169, S. 1169 ff.

819 *Haucap/Stühmeier*, WUW 2008, S. 413, S. 413 ff. Die Sozialschädlichkeit war bereits Adam Smith bekannt: „People of the same trade seldom meet together, even for the merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public or in some contrivance to raise prices" – [deutsch:] „Die Menschen desselben Gewerbes treffen sich selten, nicht einmal zum Vergnügen und zur Unterhaltung, aber die Gespräche enden in einer Verschwörung gegen die Öffentlichkeit oder in irgendeiner Finte, um die Preise zu erhöhen." (Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776, Buch 1, Kap. 10, Tz. 82); vgl. bereits oben die Ausführungen zur Sozialschädlichkeit von hard-core-Wettbewerbsverstößen.

820 *Lüderssen*, Erfahrung als Rechtsquelle, S. 159 f., 206 ff.

821 *Möschel*, WUW 2010, S. 869, S. 872.

822 So auch *Wagner-von Papp*, WUW 2010, S. 268, S. 274; vgl. auch *Stephan*, CCP Working Paper 08-19 2008, S. 1, S. 17, der für das Vereinigte Königreich entsprechende Nachfragungen versucht hat.

823 *Baumann/Arzt*, ZHR 1970 (134), S. 24, S. 24 ff.

824 *Baumann/Arzt*, ZHR 1970 (134), S. 24, S. 30.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gewähren.' Das ist mehr als ein bloßes Verwaltungsgut, mehr als bloßes Interesse an Gehorsam […]."[825]

Die qualitative Unterscheidung von Rechts- und Verwaltungsgütern sei eine überkommene Naturrechtstheorie des 18. Jahrhunderts.[826] Bestätigt in ihrer Auffassung sehen sich die Kritiker, da Motivation für eine Einordnung als Ordnungswidrigkeit ein gesetzgebungstaktischer Kompromiss zur Überwindung massiver Widerstände der Industrie gegen die generelle Einführung eines Wettbewerbsgesetzes gewesen zu sein scheint.[827] Förderlich sei auch gewesen, dass strafprozessuale Verfahrensrechte, wie der Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG, weniger streng gelten würden und somit mehr Flexibilität für die bußende Kartellbehörde, als für die andernfalls strafende Justiz zu erwarten war.[828]

cc) Stellungnahme

Die Differenzierung von Kriminalstrafen und Ordnungswidrigkeiten wird anhand des Stigmas und des sittlich-ethischen Tadels vorgenommen. Eine Legaldefinition existiert nicht. Phänomenologisch verästeln sich die Kriterien in die subjektive Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und ein „lebendiges Gefühl der ethischen Verwerflichkeit" in der deutschen Öffentlichkeit und den Sanktionsadressaten. Beides sind normative und dogmatisch unbestimmte Kriterien, die kaum überprüfbar sind. Ob mit der vagen Umschreibung der Attribute beider Sanktionen ein für das Unionsrecht hinreichend bestimmtes und damit brauchbares Abgrenzungsinstrument zu sehen ist, erscheint mehr als fraglich. Auch der deutsche Gesetzgeber gesteht im Zuge der Einführung des GWB ein, dass „ein brauchbares Kriterium" als geeigneter Maßstab zur Abgrenzung der Ordnungswidrigkeit von echten Straftaten fehlt.[829] Dem Vorwurf Jeschecks, die Differenzierung führe auf die Ebene der Willkür und Beliebigkeit, kann damit kaum etwas entgegengehalten werden.[830] Ob eine Preisabsprache i. S. d. Art. 101 AEUV aber eine „Auflehnung der sittlichen Persönlichkeit gegen sozial-ethische Grundanforderungen" impliziert, oder den „reinen Ungehorsam gegenüber der Verwaltung", bleibt offen. Mit den „präzisierenden" Umschreibungen zu hantieren, entpuppt sich daher als akademisches Glasperlenspiel. Die Rechtsnatur einer Sanktion ist

---

825 *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße, S. 27, unter Verweis auf die Ausführungen von Baumann und Arzt, siehe vorherige Fn.

826 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 461.

827 *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 8.

828 *Leistner*, Strafrechtliche Aspekte, S. 8 f.

829 BT-DRs. 1159 v. 22.01.1955, S. 28.

830 *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 462.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

damit nicht das objektiv-dogmatische Ergebnis eines materiellen Abgrenzungsprozesses, sondern die Entscheidung des Gesetzgebers manifestiert sich faktisch erst am Wortlaut Geld*buße* oder Geld*strafe* oder der Zuordnung zu einem Gesetz. Im Umkehrschluss bleibt sie ohne diese Zuordnung unklar. Auch wo die Grenzen der Zuweisungskompetenz liegen, ist unklar. Die formale Abgrenzung durch den Gesetzgeber beweist für sich genommen nicht den tatsächlich sozial-ethisch unterschiedlichen Gehalt von Kriminalstrafen und Ordnungswidrigkeiten.[831] Möschel wendet ein, dass eine uneingeschränkte Einschätzungsprärogative im Widerspruch zu den Verfassungsbindungen stünde und letztlich gegen Art. 92 GG verstoße, weil die Gewaltenteilung die abschließende Kontrolle der Einordnung der Rechtsnatur durch die Rechtsprechung verlange.[832] Die Exekutive kann daher nicht unbegrenzt über die Rechtsnatur einer Sanktion entscheiden. Allerdings dürfte dies nur signifikante Überschreitungen betreffen.

b) Zwischenergebnis

Das Stigma und der sozial-ethische Tadel sind im deutschen Recht kaum ausdifferenziert. Deren Tauglichkeit, die Strafrechtsnatur abzugrenzen, wird zum Teil bereits im deutschen Recht bestritten.[833] Die Strafrechtsnatur einer Sanktion hängt entscheidend vom Ermessen des Gesetzgebers ab, das sich lediglich an der für erforderlich gehaltenen Kriminalisierung zum Schutz der konkreten Schwere einer Rechtsgutsgefährdung orientiert. Eine Ermessensüberprüfung findet – über evidente Verstöße hinaus – nicht statt. Daraus folgt, dass die Einordnung der deutschen Kartellbuße als Strafe im *weiteren* Sinne keiner dogmatischen Notwendigkeit entspringt, sondern im pflichtgemäßen Ermessen des Gesetzgebers liegt.[834] Weshalb und ob es daneben auf ein „lebendiges Gefühl der ethischen Verwerflichkeit“ ankommt, bleibt genauso unklar, wie die Frage, wie ein solches „Gefühl“ zu bestimmen ist. Trotz der dogmatischen Unklarheiten und Bedenken werden die Kriterien unmittelbar auf das europäische Unionsrecht übertragen.[835] Das Ergebnis wirft die Frage

---

831 *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 107 f., die insoweit zu Recht darauf hinweisen, dass dies sonst eine petitio principii darstellte.

832 *Möschel*, WUW 2010, S. 869, S. 872.

833 *Zaczyk*, ZStW, 2011 (123), S. 691, S. 698.

834 So auch *Winkler*, dass es von der konkretisierenden Wertung des Gesetzgebers abhängt, ob ein Unrecht noch Ordnungswidrigkeit ist oder bereits die Verwerflichkeit kriminellen Unrechts erreicht; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 77.

835 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 87 ff., S. 178; kritisch zur unmittelbaren Übertragung nationaler Sanktionskonzepte auf das Mehrebenensystem der Union ohne einen vorherigen Transformationsprozess *F. Meyer*, in: EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht, § 26, Rn. 14.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nach der Sinnhaftigkeit der Übertragung auf, macht diese aber nicht unmöglich. Stellte man diese Bedenken beiseite, kann jedenfalls überprüft werden, ob sich die Einschätzungsprärogative oder die Anknüpfung an der gesellschaftlichen Wertevorstellung auf das Unionsrecht übertragen lassen und dort zu klaren Ergebnissen führen.

3. Übertragbarkeit der Kriterien auf das Unionsrecht

Die Grundsätze der deutschen Sanktionsdogmatik auf das Unionsrecht übertragend, sind das „Stigma" und der „sozial-ethische Tadel" der Kartellsanktion abhängig von der imperativen Einschätzungsprärogative des Unions-Gesetzgebers (a)) sowie der gesellschaftlichen Wertevorstellung in der EU gegenüber Kartellsanktionen (b)). Dafür, dass dies dem Grunde nach möglich ist, spricht, dass der EGMR die Konkretisierung des Stigmas den Nationalstaaten überlässt und der EuGH das Kriterium im Unionsrecht übernommen hat. Die nationalen Kriterien müssen sich aber dennoch ins Unionsrecht einfügen.

a) Keine imperative Einschätzungsprärogative des Unionsgesetzgebers

aa) Teilansicht der Literatur

Für eine imperative Einschätzungsprärogative des Unionsgesetzgebers spricht sich Satzger aus, der von einem „gewissen Einordnungsermessen der Gemeinschaft" ausgeht, ohne jedoch dessen Grenzen abzustecken.[836] Auch der EGMR erlaubt dies dem Grunde nach:

> „Die Konvention legt den Staaten nichts in den Weg, bei der Erfüllung ihrer Aufgaben als Wahrer des öffentlichen Interesses in ihrem innerstaatlichen Recht verschiedene Kategorien von Zuwiderhandlungen zu unterscheiden und entsprechende Abgrenzungen vorzunehmen."[837]

Bislang hat der EGMR eine Rechtfertigung für die Einordnung als Strafrecht im weiteren Sinne – etwa im *Öztürk*-Urteil – in Hinblick auf die Massenverfahren von geringfügigen Vergehen im Bereich des Straßenverkehrs erlaubt.[838]

---

[836] *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 67; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 178; *Tiedemann*, FS-Jescheck, 1985, S. 1415; *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 178, spricht davon, dass sich damit die Intention des gemeinschaftsrechtlichen Gesetzgebers auf dieselbe Weise ausdrücke wie die des deutschen Gesetzgebers bei der Abgrenzung der Kriminalstrafe und der Ordnungswidrigkeit.

[837] EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 49.

[838] EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 56, [deutsch:] „In Anbetracht der großen Anzahl geringfügiger Vergehen, insbesondere im Bereich des

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

So verstanden, bezeugt Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 in seiner dargestellten historischen Wortlautauslegung den Willen des Gesetzgebers, nur eine im weiteren Sinne strafrechtliche Kartellsanktion zu etablieren.[839]

Im Unterschied zur Gesetzesbegründung zur Einführung des § 298 Abs. 1 StGB, wonach die hohen Kartellgeldbußen, die zur Eindämmung schwerer Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht nicht ausreichen, weshalb ein verstärkter strafrechtlicher Schutz notwendig sei,[840] ließe sich argumentieren, dass der Unionsgesetzgeber eine entsprechende Notwendigkeit der Kriminalisierung bislang jedenfalls nicht festgestellt habe. Argumentativ untermauern ließe sich dies mit einem – dann festzustellenden – fehlenden gesellschaftlichen Kriminalisierungsgefühl, oder damit, dass nach dem EGMR eine Entkriminalisierung zudem auch erforderlich sei, etwa um die Gerichte bei Massenverstößen zu entlasten.[841]

bb) Stellungnahme

Folgte man dieser Ansicht, wäre dem Schrifttum zunächst der Vorwurf eines Etikettenschwindels zu machen. Ist die europäische Kartellbuße allein deshalb eine Strafe im weiteren Sinne, weil der Gesetzgeber dies so wollte und sein Ermessen entsprechend ausgeübt hat,[842] handelte es sich bei dem „objektiv-dogmatischen“ sozial-ethischen Stigma in Wahrheit phänomenologisch um das „subjektive“ Ermessen des Gesetzgebers, auf das man ehrlicherweise auch gleich abstellen könnte. Kritikwürdig erscheint auch, dass die Frage, ob die Einordnung der Kartellbuße als Strafe im weiteren Sinne zur Eindämmung der durch Handlungs- und Erfolgsunrecht verursachten enormen faktischen Sozialschädlichkeit von *hard-core*-Kartellverstößen genügt, (mit Ausnahme evidenter Verstöße) dem Bereich des rechtlich Prüfbaren entzogen wird. Ob die Sanktionshöhe horizontaler *hard-core*-Kartellverstöße den eigentlichen „Ordnungswidrigkeitenrahmen“ sprengte und daher für eine sozial-ethische Missbilligung durch den Gesetzgeber spräche, die eine Kriminalisierung notwendig machte, wäre belanglos. Dass die Ermessensausübung evident unzulässig wäre, weil die Kartellbuße ihrer Schwere nach offensichtlich nur eine Kriminalstrafe sein kann, ist zwar der Ausgangspunkt der zu untersuchenden Frage, ließe sich aber von Vertretern der kriminalstrafrecht-

---

Straßenverkehrs, kann ein Vertragsstaat gewichtige Gründe ins Feld führen, seine Gerichte von der Aufgabe zu entlasten, diese Vergehen zu verfolgen und zu bestrafen.“

[839] Vgl. hierzu oben unter B. II. 2.

[840] Bt-DRs. 553/96 v. 16.8.1996, Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, S. 28.

[841] EGMR, U. v. 21.02.1984 – Öztürk/Deutschland – Nr. 8544/79, Rn. 49, 56.

[842] In diesem Sinne wohl *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 143.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lichen Ausgangsthese – ob der nun verschobenen Beweislast und der entgegenstehenden Rechtsprechung des EGMR – letztlich kaum nachweisen.

cc) Konformitätsprüfung im Unionsrecht

Eine so verstandene, aus dem deutschen Recht abgeleitete Einschätzungsprärogative[843] hält einer Konformitätsprüfung im Unionsrecht nicht stand. Für die Untersuchung außer Betracht kann hierbei die gegenwärtige Diskussion um die Kriminalisierung des europäischen Kartellrechts[844] bleiben oder dass es fraglich erscheint, ob es dem Unionsgesetzgeber freisteht, auch horizontale *hard-core*-Verstöße in Milliardenhöhe als „minor offence" in Massenverfahren auf eine Verwaltungsbehörde zu übertragen.[845]

Entscheidend ist, dass die einer solchen verbindlichen Einschätzungsprärogative implizit zugrunde liegenden Voraussetzungen des supra- und nationalen Rechts auf Unionsebene nicht existieren. Weder sieht das Unionsrecht nach „innerstaatlichem Recht verschiedene Kategorien von Zuwiderhandlungen zur Unterscheidung" vor, noch ist es dem Unionsgesetzgeber gestattet „entsprechende Abgrenzungen vorzunehmen". Die deutsche „geschlossene" Sanktionsdogmatik impliziert einen Entscheidungs- und Einteilungsspielraum, der es dem Gesetzgeber erlaubt, einer Sanktionsnorm eine Rechtsnatur zuzuordnen. Eine solche, an der Sanktionsart getroffene Unterscheidung, existiert im europäischen Wettbewerbsrecht – das lediglich eine „offene" Sanktionsart vorsieht – derzeit nicht, sodass *perse* keine Differenzierung der Sanktionsart nach stattfinden kann.[846] Gibt es jedoch nur eine „Kartellsanktion" und darf diese aus Kompetenzgründen nicht kriminalstrafrechtlich sein, ist die aus den nationalen Vertragsstaaten mögliche Wahlmöglichkeit im Unionsrecht faktisch nicht gegeben. Damit bleibt offen, weshalb dem Unionsgesetzgeber überhaupt ein Entscheidungsermessen zustehen sollte.

Entscheidender ist, dass dem Unionsgesetzgeber keine Befugnis zukommt, eine entsprechende Abgrenzung vorzunehmen. Es wurde bereits festgestellt, dass die EU – im Unterschied zu den souveränen Vertragsstaaten der EMRK und ihren nationalen Mitgliedstaaten – keine Kompetenz hat, kriminalstrafrechtliche Sanktionen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts zu erlassen.[847] Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des deutschen Gesetzgebers

---

843 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 178.

844 *Wils*, Concurrences 2006, S. 1 ff.; vgl. auch *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 338.

845 Kritisch zur Einordnung als „Bagatellvergehen": *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 407, m. w. N.

846 Vgl. *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S. 108.

847 *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 213 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

erstreckt sich nach Art. 70, Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG hingegen auf das Strafrecht, worunter auch das Ordnungswidrigkeitenrecht fällt.[848] Ihm steht damit die Wahl zu, die kartellrechtliche Submissionsabsprache mit einer Ordnungswidrigkeit oder Kriminalstrafe zu ahnden, da er für das Wettbewerbsrecht beide Kompetenzbefugnisse auf sich vereint.

Selbst wenn der Unionsgesetzgeber daher einen entsprechenden Willen zur Kriminalisierung von Kartellsanktionen hätte, wäre dieser gerade unzulässig und damit für die Abgrenzung bedeutungslos. Einer Abgrenzungsbefugnis steht folglich entgegen, dass die Einordnung der Kartellsanktion als Kriminalstrafe – sei es durch die Aufladung mit einem sozial-ethischen Tadel oder durch den unprüfbaren Willen – dem europäischen Gesetzgeber nicht gestattet ist. Auf die Intention des Unionsgesetzgebers kommt es damit nicht an.[849] Damit entfällt die Grundlage eines dem nationalen Recht entspringenden Vergleichs.[850] Ohne eine kompetenzüberscheidende Wahlmöglichkeit kann es nicht dem Willen des Gesetzgebers obliegen, sich verbindlich für eine Rechtsnatur zu entscheiden, wollte man nicht die theoretische Existenz und Möglichkeit eines kompetenzwidrigen *ultra vires*-Handelns eines Unionsorgans von vornherein ausschließen. Wie bereits bei der Anknüpfung am sekundärrechtlichen Wortlaut des Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 kann dem Unionsgesetzgeber auch hier ohne kriminalstrafrechtliche Sanktionskompetenz *argumentum e contrario* keine Einschätzungsprärogative zustehen. Sein Ermessen wird insoweit durch die Kompetenzen begrenzt. Andernfalls verstellte man den Blick darauf, dass es durchaus denkbar ist, dass die Kommission kompetenzwidrig *ultra vires* handelt, mit dem Ergebnis freilich, dass die Kartellbuße dann als Strafrechtssanktion auf keiner Ermächtigungsgrundlage beruhte und nichtig wäre. Dies ist gerade der Ausgangspunkt des Vorwurfs des Legitimationsdefizits des europäischen Kartellrechts.

Zuletzt ließe sich argumentieren, dass der Wille des Gesetzgebers die Rechtsnatur zwar nicht alleine bestimme, diese Entscheidung aber zudem gerichtlich überprüft und bestätigt worden sei. Der EuGH hätte den Willen des Gesetzgebers zur Einordnung einer im weiteren Sinne strafrechtlichen Rechtsnatur dann indirekt für zulässig erklärt. Die Unionsgerichte beziehen sich allerdings nur auf den Anwendungsumfang der Strafverfahrensrechte und begründen nicht – auch nicht anhand eines fehlenden Stigmas –, weshalb dieser

[848] *Kment*, in: Grundgesetz für die, Art. 74 GG, Rn. 5, sowie die dort angegebene Rechtsprechung BVerfGE 142, 268, Rn. 56; BGHSt 38, 138, 142.

[849] Vgl. zu dieser Argumentation *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften, S. 178, der von einer fehlenden Intention des Gesetzgebers spricht.

[850] Dies verkennt auch *Böse*, der – unter Verweis auf *Tiedemann* – ausführt, auch der spanische Gesetzgeber habe die kriminalstrafrechtliche Rechtsnatur im Strafgesetzbuch positiviert, vgl. *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 143.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

reduziert ist. Die Untersuchung ist damit wieder am Ausgangspunkt der objektiv-dogmatischen Legitimationsprüfung angelangt.

dd) Zwischenergebnis

Dem europäischen Gesetzgeber kann aufgrund der fehlenden Unterscheidung von Sanktionskategorien und der fehlenden kriminalstrafrechtlichen Sanktionskompetenz keine imperative Einschätzungsprärogative dergestalt zustehen, dass die Einordnung der Rechtsnatur der Kartellbuße allein verbindlich von seinem Willen abhängt.

b) Keine Anknüpfung an die gesellschaftliche Wertevorstellung

aa) Keine gesellschaftliche Missbilligung von Kartellsanktionen

Zur Feststellung eines Stigmas oder sozial-ethischen Tadels lässt sich möglicherweise an der Wertevorstellung einer europäischen Gesellschaft zur Strafwürdigkeit von Kartellbußen anknüpfen. In diesem Sinne sieht wohl auch GA Jacobs als Zweck einer Strafsanktion:

> „über die schlichte Abschreckung hinaus […] die gesellschaftliche Missbilligung oder ein Unwertsurteil". [Konsequenterweise werde die, Einf. d. Verf.] „Höhe der Sanktion in einer Strafsache häufig der gesellschaftlichen Missbilligung entsprechen, nicht so sehr praktischen Erwägungen."[851]

Wer die europäische Gesellschaft ist, wie man deren Willen feststellen will und weshalb es darauf im Unionsrecht ankommen sollte, lässt Jacobs offen. Denkbar wären Umfragen in der Bevölkerung, den nationalen Regierungen oder (Verfassungs-)Gerichten. Unklar bliebe aber, was eine gesellschaftliche Missbilligung ist und wann sie vorliegt. Erschwerend kommt hinzu, dass die herrschenden Anschauungen über die Bewertung des Unrechtsgehalts einzelner Verhaltensweisen in Grenzbereichen in besonderem Maße dem Wechsel unterworfen sind.[852] Über das mutmaßliche Ergebnis einer solchen Umfrage kann hier daher eigentlich nur spekuliert werden.

Schubert kommt – ohne Belege – dennoch zu dem Ergebnis, dass die „Öffentlichkeit" die Kartellgeldbuße als „neutrale Ordnungswidrigkeit" und nicht als mit sittlichem Unwerturteil aufgeladene Kriminalstrafe empfände.[853]

---

[851] Schlussanträge GA Jacobs v. 3.6.1992 – Deutschland – Rs. C-240/90, ECLI:EU:C:1992:237, Rn. 11.

[852] BVerfGE 27, 18, Rn. 37.

[853] *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 90.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dies läge am Unternehmen als Sanktionsadressaten, das als Kollektiv den wirtschaftlichen Profit auf Kosten anderer Marktteilnehmer gerade als dessen Existenzberechtigung verfolge und daher, im Gegensatz zu natürlichen Personen, als selbstverständlich sowie ethisch neutral empfunden würde.[854] Der Kartellverstoß würde „zur Kenntnis" genommen, sei aber für die Bevölkerung erledigt und würde den Unternehmen auf Dauer nicht wie eine moralische Missbilligung eines Individuums als persönliches Unwerturteil anhaften und nachgetragen werden.[855]

Schubert gesteht ein, dass eine „gewisse Bloßstellungs*wirkung*" der kartellrechtlichen Sanktionen „mit dem Ziel einer Zurechtweisung" in der aktuellen Verhängungspraxis nicht von der Hand zu weisen sei. Er sieht darin aber keine intendierte „Stigmatisierungs*funktion.*"[856]

Tatsächlich ließe sich für ein zunehmendes Gefühl der europäischen Öffentlichkeit dafür, dass Wettbewerbsverstöße gesellschaftlich verwerflich sind, anführen, dass Kommissionsentscheidungen wie Inspektionen bei Unternehmen, die Mitteilung der Beschwerdepunkte und die Bußgeldverhängung

---

854 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 88; Schubert argumentiert an dieser Stelle tautologisch, wenn er ausführt, dass die Kartellbuße keinen sozialethischen Tadel aufweise, weil nur mit dem Ausspruch einer Kriminalstrafe der Ausdruck einer moralischen Missbilligung des Individuums einhergehe. Dies ist weder ein Beleg – der behaupteten – Wahrnehmung einer Kartellsanktion durch die Bevölkerung noch ein Beweis, dass dies bei der Kartellbuße tatsächlich nicht der Fall ist.

855 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 90; Belege für diese Behauptung folgen aber nicht. Auch Überlegungen dazu, dass der Sanktionsadressat – als Kollektiv – anders als eine natürliche Person als Einzeltäter möglicherweise nicht individualisierbar ist, finden sich nicht. Dass die Bevölkerung und der Verbraucher nur eine Überschreitung gegenüber dem Konkurrenten als „unfairen" Wettbewerbsvorteil erblicken, bleibt damit eine bloße Behauptung. Dem Umstand, dass das deutsche Recht (bislang) kein Unternehmensstrafrecht und die Kriminalisierung von Verhalten von Kollektiven kennt und daher der Blick Schuberts möglicherweise rechtssoziologisch voreingenommen ist, wird ebenso wenig Rechnung getragen wie der Tatsache, dass diese Argumentation eine kriminalstrafrechtliche Stigmatisierung des Unternehmens generell ausschlösse, was die Annahme des ersten Vorhergesagten jedenfalls nahelegt. Dafür spricht gleichsam die weitere Argumentation auf S. 89, dass ein Tadel als zusätzliches Element der Strafe nur bei Individuen wirksam und sinnvoll sei. Nähme man dies ernst, wäre das Stigma als Kriterium im Kontext eines Unternehmensstrafrecht indes von vornherein ungeeignet. Unbeantwortet bleibt auch die Frage, ob die Kartellgeschädigten auf der vertikalen Vertriebsebene dem Aufdruck einer „Zurechtweisung" folgen würden bzw. ob dies bei natürlichen Personen auch für die Art der Zuwiderhandlung (Kartellverstoß und andere kriminalisierte Vermögensschädigungen) gilt, ob also eine natürliche Person nur den Mord als moralisch verwerflich ansieht, nicht oder aber sehr viel weniger die Untreue.

856 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 88.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verstärkt veröffentlicht werden.[857] Die betroffenen Unternehmen werden von der exekutiven Vizepräsidenten der Europäischen Kommission und Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager namentlich genannt, deren Zuwiderhandlungen, unlautere Absichten und verursachte Schäden für den Markt eingeordnet und gerügt.[858] Dies alles indiziert jedenfalls den politischen Willen, Wettbewerbsermittlungen und -verstöße öffentlichkeitswirksamer zu brandmarken, zu „stigmatisieren" und mit moralischer Missbilligung aufzuladen.[859] Dies könnte dafürsprechen, dass die „europäische Gesellschaft" Kartellverstöße jedenfalls nicht als reinen Ungehorsam wahrnehmen soll und der Kommission die Ernsthaftigkeit der Strafe absprechen würde. Eine Anknüpfung an der gesellschaftlichen Werteordnung führt auf europäischer Ebene jedoch nicht zu einem harten, belastbaren Abgrenzungskriterium[860] und damit auch nicht weiter.

bb) Stellungnahme

Die Anknüpfung an das gesellschaftliche Werteverständnis im Unionsrecht misslingt. Es ist unklar, was die gesellschaftliche Missbilligung ist, wie man sie feststellt und weshalb sie einen verbindlichen Einfluss auf die Rechtsnatur hat. Im nationalen Recht wurde das normative Kriterium nur hilfsweise zur Unterstreichung der Ermessensentscheidung des Gesetzgebers herangezogen. Auf diese kann es aber – wie gezeigt – nicht ankommen. Selbst das überragende Interesse einer näher zu bestimmenden europäischen Gesellschaft an einer Kriminalisierung, das erst festgestellt werden müsste, begründete keine Strafrechtskompetenz der Union.

---

857 Eine Übersicht kann auf der Website der EU-Kommission eingesehen werden: https://competition-policy.ec.europa.eu/cartels/cases_en (zuletzt besucht am: 30.3. 2023).

858 Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 29.11.2022 über den Bußgeldbescheid i. H. v. 157 Millionen Euro im „Styrolabnehmer" Kartell: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_7168 (zuletzt besucht am: 30.3. 2023).

859 *Slater*, *Thomas* und *Waelbroeck* gehen daher davon aus, dass die Kommission Kartellverstöße öffentlich als Angriff auf die Gesellschaft mit erheblichen Folgen sieht, die beunruhigen und eine Reaktion erfordern, *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 109 ff.

860 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 89, der das Kriterium selbst als gegenüber wirtschaftlichen Kollektiven als untauglich ablehnt, ohne daraus die Konsequenz zu ziehen, es bei der Einordnung einer Sanktion gegenüber wirtschaftlichen Kollektiven als untauglich abzulehnen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Zwischenergebnis

Die Einschätzungsprärogative und das gesellschaftliche Werteverständnis i. S. d. lebendigen Gefühls der ethischen Verwerflichkeit sind als nationale Kriterien zur Abgrenzung der Strafrechtsnatur der Kartellbuße nicht auf das Unionsrecht übertragbar oder führen dort nicht zu objektiv-verbindlichen Ergebnissen.

4. Ergebnis

Das Stigma bzw. der sozial-ethische Tadel, die gesellschaftliche Wertevorstellung einer europäischen Gesellschaft oder eine europäische Einschätzungsprärogative der Union sind als nationale Abgrenzungskriterien strafrechtlicher Sanktionen im engen und weiten Sinne nicht auf das Unionsrecht übertragbar. Die Kriterien sind dogmatisch kaum fundiert, sodass an deren begrifflicher Bestimmtheit schon im nationalen Recht erhebliche Zweifel bestehen. Phänomenologisch ist der sozial-ethische Tadel keinesfalls das objektiv schlechthin konstituierende dogmatische Kriterium einer Kriminalstrafe. Viel eher beschreibt das Stigma den subjektiven Willen des Gesetzgebers als Ergebnis eines kriminalpolitischen bzw. gesellschaftlichen Einschätzungsermessens. Wie man dennoch ohne weitere Ausführungen zu der Behauptung gelangen kann, dass das kartellrechtliche Bußgeld sich „gerade durch seine ethische Wertneutralität“ auszeichnet,[861] ist schleierhaft. Vor dem Hintergrund, dass die Kriterien bereits im deutschen Recht zu unbestimmt erscheinen, um als objektiver Anknüpfungspunkt der Rechtsnaturprüfung zu taugen, ist die Sinnhaftigkeit einer Übertragung des „Stigmas“ auf das Unionsrecht erheblichen Zweifeln ausgesetzt. Dies gilt besonders, weil das „Stigma“ im Unionsrecht – wenn auch ohne dogmatisches Grundgerüst – zur Prüfung der Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte überhaupt verwendet wird. Eine Doppelanwendung auch für den Anwendungs*umfang* ist daher ausgeschlossen.

Übrig bleibt daher der zweifelhafte Versuch einer Anknüpfung am Willen der europäischen Gesellschaft oder des Gesetzgebers. Stellte man allein faktisch auf die formale Einordnung des Gesetzgebers ab, könnte das Kriterium des sozial-ethischen Tadels auch gleich entfallen. In jedem Fall hat der Unionsgesetzgeber im europäischen Kartellrecht kein Auswahlermessen, eine verbindliche Einordnung der Sanktionstypen vorzunehmen, sodass die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers als Kriterium im Unionsrecht keine Anwendung finden kann. Die Verwendung des Stigma-Kriteriums scheint vor diesem Hintergrund von praktischen Erwägungen geleitet zu sein. Die Ver-

[861] *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 47.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schiebungen des Unwerturteils einer strafrechtlichen Sanktion ohne festen Bezugspunkt und qualitative Kriterien gleichen einem Glasperlenspiel, das zur Abgrenzung und Zuordnung der Rechtsnatur einer Norm wenig tauglich ist.[862]

II. Andere nationalrechtliche Abgrenzungskriterien

Neben dem sozial-ethischen Tadel werden weitere nationalrechtliche Kriterien der Strafrechtsabgrenzung auf das Unionsrecht übertragen, die als *conditio sine qua non* des Kriminalstrafrechts gelten.[863] Wils sieht die Kriterien für die europäische Kartellbuße nicht erfüllt.[864] Das europäische Wettbewerbsrecht sehe keine Gefängnisstrafe für Individualpersonen, keinen strafrechtlichen Vorsatz, keine moralische Verurteilung, keine Sanktion in Abhängigkeit zum Schaden, keine kriminalstrafrechtlichen Ermittlungsbefugnisse oder Verteidigungsrechte vor. Die Kommission sei zudem weder eine Staatsanwaltschaft noch ein Gericht. Forrester kommt zum diametral gegensätzlichen Ergebnis, da das Kartellrecht kriminalstrafrechtliche Ermittlungen, ein erhebliches moralisches Stigma, erhebliche Bußen, mögliche nationale Gefängnisstrafen für Individualpersonen und öffentliche Bloßstellungen enthalte.[865] Die vertiefte Auseinandersetzung mit allen Kriterien sprengte den Untersuchungsrahmen und ist zudem nicht erforderlich, sodass die relevantesten Kriterien kursorisch dargestellt werden.

1. Keine Verhängung einer Freiheitsstrafe

Die VO 1/2003 sieht keine Freiheitsstrafen vor. Dies spräche für eine ordnungswidrige Rechtsnatur, da die nationalen Kriminalstrafrechtsordnungen ein Monopol zur Verhängung von Freiheitsstrafen vorsähen.[866]

Hiergegen ist einzuwenden, dass eine Freiheitsentziehung gegen ein Unternehmen und eine juristische Person als Sanktionsadressat des Wettbewerbsrechts faktisch unausführbar ist. Teilweise wird auch dies als Argument einer verwaltungsrechtlichen Rechtsnatur angeführt.[867] Losgelöst von der Frage, ob

---

862 Vgl. auch *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 461.

863 *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 1; vgl. hierzu *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 144.

864 *Wils*, World Competition 28, S. 117, S. 5 ff.

865 *Forrester*, ELR 2011, S. 185, S. 201 f.

866 Vgl. *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 1; vgl. *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 119.

867 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 2888, der die Tatsache genügen lässt, dass die Bußgelder gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verhängt werden

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Individualpersonen für europäische Kartellzuwiderhandlungen nach nationalem Recht eine Freiheitsstrafe drohen kann, schlösse dies auch ein Verhalten im Bereich des Kriminalstrafrechts aus, für das „nur" eine Geldstrafe vorgesehen ist. Zum anderen wird damit die Vermutungsregel des dritten Engel-Kriteriums – die Art der Sanktion – analog zur Strafrechtsabgrenzung herangezogen.[868] Dabei ist nach der Rechtsprechung des EGMR nicht jede Freiheitsentziehung zwingend in den Bereich des „Strafrechts" einzuordnen, es gilt lediglich eine widerlegbare Vermutung.[869] Insoweit konstatiert auch Wils, dass die Freiheitsentziehung ein *hinreichendes*, aber kein *notwendiges* Kriterium einer Kriminalstrafe sei.[870] Die fehlende Freiheitsstrafe sagt daher nichts über die Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße aus.

2. Keine Umwandlung der Geldbuße in eine Freiheitsstrafe

Eng damit verbunden ist die fehlende Umwandelbarkeit einer Geldbuße in eine Freiheitsstrafe. Im deutschen Strafrecht tritt nach § 43 S. 1 StGB gegenüber natürlichen Personen anstelle einer uneinbringlichen Geld*strafe* eine (Ersatz-)Freiheits*strafe*.[871] Bei mit Geld*buße* geahndeten Ordnungswidrigkeiten hingegen kann nach § 96 Abs. 1 OWiG zwar die Erzwingungshaft angeordnet werden; dabei handelt es sich allerdings um ein „Beugemittel", das lediglich der Vollstreckung der Geldzahlung dient und dem kein eigenständiger echter Strafcharakter zukommt.[872] Die Geldbuße bleibt daher als Sanktion bestehen und kann nicht in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden. Diese Möglichkeit besteht bei der europäischen Kartellbuße nicht, die nach Art. 299 Abs. 1 AEUV ein vollstreckbarer Titel ist, dessen Vollstreckung sich gemäß Abs. 2 nach den Vorschriften des Zivilprozessrechts des Staats richtet, in des-

---

und nicht gegen natürliche Personen. Dass anderen Rechtsordnungen die kriminalstrafrechtliche Sanktionierung juristischer Personen geläufig ist, bleibt unberücksichtigt. Letztendlich kann der divergierende Sanktionsadressat aber nur dazu führen, dass das Kriterium als solches für eine objektive Bestimmung der Rechtsnatur ausscheidet.

[868] Vgl. schon oben unter: 2. Teil 2. Kap. § 2 A. II. 1. c); zur Vermutung: EGMR, U. v. 9.10.2003 – Ezeh u. Connors/Vereinigtes Königreich – Nr. 39665/98 u. 40086/98, Rn. 126; EGMR, U. v. 4.10.2007 – Affaire Anghel/Rumänien – Nr. 28183/03, Rn. 52.

[869] EGMR, U. v. 9.10.2003 – Ezeh u. Connors/Vereinigtes Königreich – Nr. 39665/98 u. 40086/98, Rn. 126; vgl. auch § 12 Abs. 1 des österreichischen Verwaltungsstrafgesetzes, der eine Mindestfreiheitsstrafe von zwölf Stunden vorsieht, aber von einer Verwaltungsbehörde verhängt wird.

[870] *Wils*, World Competition 28, S. 117, S. 5; selbst dies ist vor dem Hintergrund der EGMR-Rechtsprechung jedoch nicht überzeugend.

[871] *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, S. 76.

[872] *Nestler*, in: BeckOK-OWiG, § 96 OWiG, Rn. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sen Hoheitsgebiet sie stattfindet.[873] In Deutschland erwirkt die Kommission die Vollstreckungsklausel nach Art. 299 Abs. 3 AEUV beim zuständigen Gerichtsvollzieher nach § 753 Abs. 1 ZPO. Die deutsche Zivilprozessordnung sieht hingegen lediglich bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen eine Erzwingungshaft nach § 802g ZPO vor, für den Fall, dass der Schuldner keine Vermögensauskunft erteilt. Da sich die Kartellgeldbuße folglich nicht in eine Freiheitsstrafe umwandeln lasse, obwohl dies ein Wesensmerkmal der Kriminalstrafe sei, handele es sich um Ordnungswidrigkeitenrecht.[874]

Dagegen spricht, dass fraglich ist, ob es im nationalen Recht *kausal* auf die Umwandelbarkeit ankommt. Dass die dem deutschen Gesetzgeber jederzeit mögliche Streichung des § 43 S. 1 StGB die Einordnung einer Geldsanktion zum Strafrecht im *engeren* und der Geldbuße im *weiteren* Sinne berührte, wird weder behauptet noch nachgewiesen. Jedenfalls schließt das Fehlen einer Umwandlung die „Strafrechtlichkeit" einer Sanktion nach dem EGMR nicht generell aus.[875] Entscheidend ist letztlich aber, dass die Umwandlung im europäischen Unionsrecht keinen Anwendungsbereich hat. Es gibt mit der Kartellbuße lediglich eine Sanktionsart und die Freiheitsstrafe scheidet als Sanktion gegen Unternehmen aus.[876] Fehlt es an einer umwandlungsfähigen Sanktion, kann der individualstrafrechtliche Grundsatz nicht auf das Unionsrecht übertragen werden. Dies spricht objektiv dagegen, die Umwandlung zum maßgeblichen Kriterium der Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße zu machen.

3. Keine Verhängung einer Kriminalstrafe durch eine Verwaltungsbehörde

Zur Differenzierung der strafrechtlichen Rechtsnatur wird zuletzt auf den Charakter der Europäischen Kommission als Verwaltungsbehörde abgestellt.[877] Die Kartellbuße könne keine echte Kriminalstrafe sein, weil diese nach den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zwingend

---

873 Vgl. schon *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 60; *Lorenzmeier*, ZIS 2018, S. 20, S. 24.

874 *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 7; *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 112 f.; vgl. *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 1.

875 EGMR, U. v. 4.3.2014 – Grande Stevens u. a./Italien – Nr. 18640/10, Rn. 97: „the Court […] notes that the fines in question could not be replaced by a custodial sentence in the event of non-payment." Dies betrifft indes nicht die Frage der Unterscheidung des Strafrechts im engeren und weiteren Sinne; vgl. auch *Lorenzmeier*, ZIS 2018, S. 20, S. 25 f.

876 *Möschel*, ECLR 2011, S. 369, S. 371.

877 Für Biermann spricht dieser Umstand sogar für einen „Verzicht auf einen sozial-ethischen, sittlichen Vorwurf der europäischen Geldbuße", weil in den Mitgliedstaaten Bedenken bestehen, einer Verwaltungsbehörde die Verhängung einer Kriminal-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von einem *Gericht* im Anschluss an ein rechtsförmiges Gerichtsverfahren verhängt werden müsste.[878] Die Verhängung durch eine Verwaltungsbehörde sei als Verstoß gegen die Gewaltenteilung nationalverfassungsrechtlich illegitim,[879] aber auch mit Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh, Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar.[880] Nach Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh, der dem Schutzbereich nach dem Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht, hat:

> „Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten *Gericht* [Hervorh. d. Verf.] in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird."

Art. 47 GRCh umfasst als Teilbereich des effektiven Rechtsschutzes jedoch nur den Zugang zum Gericht, der nicht absolut gilt und verhältnismäßig beschränkt werden kann.[881] Auch nach der Rechtsprechung des EGMR ist es mit Art. 6 EMRK vereinbar, wenn eine Verwaltungsbehörde in einem Verwaltungsverfahren eine „Strafe" verhängt, solange die Entscheidung anschließend vollständig gerichtlich überprüfbar ist. Der EGMR führt im *Menarini*-Urteil aus:

> „Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que dans une procédure de nature administrative, une ‚peine' soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction."[882]

---

strafe zu überlassen; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 337.

878 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 57; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 46 f.; vgl. auch Biermann, der dies als Grund gegen den sozial-ethischen Tadel der Kartellbuße anführt, *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 337; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 71; der in Hinblick auf die Argumentation, eine kriminalstrafrechtliche Einordnung sei bereits ausgeschlossen, weil die Union hierfür keine Kompetenz habe, die tautologische Natur dieser unzulässigen Argumentationslinie erkennt und auch entsprechend ablehnt, vgl. a. a. O., S. 72.

879 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 58; vgl. auch *Fromm*, ZIS 2007, S. 279, S. 283; vgl. *Lorenzmeier*, ZIS 2018, S. 20, S. 22.

880 Vgl. schon *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 141, m. w. N.

881 *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 19 u. 29.

882 EGMR, U. v. 27.09.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 59; [deutsch:] „Der Wahrung des Art. 6 EMRK steht nicht entgegen, dass in einem seiner Natur nach verwaltungsrechtlichen Verfahren eine „Strafe" zunächst von einer Verwaltungsbehörde verhängt wird. Die Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde, die selbst nicht die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllt, anschließend der vollen Gerichtsbarkeitskontrolle durch ein Organ der Rechtspflege unterliegt."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dem haben sich die Unionsgerichte in Hinblick auf Art. 47 GRCh angeschlossen.[883] Diese Rechtsprechung gilt jedoch nicht für den harten Kern des Strafrechts.[884] Einigkeit besteht dahin gehend, dass die Europäische Kommission in Gestalt der Generaldirektion Wettbewerb die charta- und konventionsrechtlichen Anforderungen an ein „unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes *Gericht*" nicht erfüllt.[885] Deren Zusammensetzung durch Spruchkörper und Zuständigkeiten ist gesetzlich nicht verbindlich reglementiert.[886] Die Personalunion der Generaldirektion als Ermittlerin, Anklägerin und erstinstanzlicher Richterin, die zudem die Vertreterin der verletzten Partei sein soll, lassen erhebliche Zweifel an deren Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aufkommen.[887] Auch der nachgelagerte Rechtsschutz könne daran nichts ändern, weil – vergleichbar mit dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht – „der Beschwerdeführer bereits das ganze Gewicht der Verwaltungsvorentscheidung gegen sich hat".[888] Die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion wäre dagegen mit Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh, Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, wenn die Generaldirektion Wettbewerb im weiteren Sinne strafrechtliche Sanktionen verhängen würde, solange eine vollständige nachträgliche Kontrolle durch ein Gericht stattfindet.

Gegen die Bestimmung der Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße am Behördencharakter der Generaldirektion Wettbewerb spricht jedoch, dass die

---

[883] EuG, U. v. 16.12.2015 – Martinair Holland – Rs. T-67/11, ECLI:EU:T:2015:984, Rn. 30; EuGH, U. v. 18.7.2013 – Schindler – Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, Rn. 34.

[884] Zu diesem Ergebnis kommt GAin Sharpston, die aufgrund der Jussila-Rechtsprechung, Kartellbußen in den weiteren Bereich des Strafrechts einordnet und davon ausgehend legitimiert, dass strafrechtliche Sanktionen in erster Instanz nicht von einem Gericht, sondern einem administrativen Organ verhängt werden, Schlussanträge, GAin Sharpston v. 10.2.2011 – KME Germany – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 67.

[885] Zu dieser Einschätzung gelangt auch die Europäische Kommission selbst, vgl. EuG, U. v. 27.03.2014 – Saint-Gobain u. a., – Rs. T-56/09 u. a., ECLI:EU:T:2014:160, Rn. 69, sowie die Unionsgerichte, Rn. 77; schon EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique Diffusion française – verb. Rs. 100-103/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 7; EuGH, U. v. 29.10.1980 – Van Landewyck u. a. – Rs. C-209/78 u. a., ECLI:EU:C:1980:248, Rn. 81; EuG U. v. 15.3.2000 – Cimenteries CBR u. a./Kommisson – Rs. T-25/95, Slg. 2000 II-00491, ECLI:EU:T:2000:77, Rn. 717; vgl. zur Kritik am deutschen Kartellverfahren in der Hand einer Verwaltungsbehörde schon: *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 462; vgl. Schlussanträge GAin Sharpston v. 10.02.2011 – KME – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 67.

[886] *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 50 ff.

[887] Vgl. zum deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 462; Verstöße hiergegen können jedoch ohnehin im Rechtsmittelverfahren geheilt werden: *Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 53 ff.; vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 18.

[888] *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 462.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Argumentation Ursache und Wirkung vertauscht und ob ihrer Zirkularität als *petitio principii* tautologisch und damit unzulässig ist.[889] Richtigerweise gibt die Sanktionsart das anzuwendende Verfahrensrecht vor, nicht umgekehrt. Schroth ist daher zuzustimmen, wenn er ausführt:

> „Fines remain criminal law sanctions in their own merit even if they are not imposed by a criminal court."[890]

Die potenziell kriminalstrafrechtliche Rechtsnatur der Geldbuße wird also nicht dadurch vereitelt, dass die Sanktion *de lege lata* in einem Verwaltungsverfahren durch eine Verwaltungsbehörde verhängt wird, sondern die Verhängung müsste dann durch ein Gericht erfolgen. Kausal korrekt formuliert, ist die Verhängung der Kartellsanktion durch eine Verwaltungsbehörde nicht zulässig, *weil*, sondern *nur unter der Bedingung, dass* die Kartellbuße eine Strafe im *weiteren* Sinne ist. Ob diese Bedingung zutrifft, ist die umstrittene Ausgangsthese der Untersuchung. Zum Beweis einer umstrittenen These kann legitimatorisch jedoch nicht auf hiervon abgeleitete Tatsachen zum Beweis der Richtigkeit der These rekurriert werden. Denn diese Tatsachen treffen ihrerseits nur dann zu, wenn die zu beweisende These zutrifft. Daher kann der Versuch aus der Tatsache, dass der Erlass im *engeren* Sinne strafrechtlicher Kartellsanktionen durch die Europäische Kommission als Verwaltungsbehörde *unzulässig* ist, dogmatisch verbindlich abzuleiten, dass es sich um Strafen im *weiteren* Sinne handeln *muss*, nicht überzeugen.[891] F. Meyer weist insoweit zu Recht darauf hin, dass dieses Argument auch so gewendet werden könnte, „dass die Verhängung der Geldbuße durch eine Verwaltungsbehörde gerade aus diesem Grunde illegitim ist".[892] Dies wird im Schrifttum verkannt, wenn Winkler und Schubert formulieren, es käme im Rahmen einer „objektiven Beurteilung" darauf an, ob die kriminalstrafrechtliche Theorie mit der faktischen Ausgestaltung des Kartellverfahrens *de lege lata* – der Verhängung einer Verwaltungssanktion durch eine Verwaltungsbehörde in einem Verwaltungsverfahren, das in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren kontrolliert würde – in Einklang zu bringen sei.[893]

---

[889] Unter einer „petitio principii" oder einem Zirkelbeweis wird der logisch unzulässige Rückschluss zum Beweis einer Behauptung verstanden, die durch Aussagen begründet wird, die von der Behauptung abgeleitet werden und damit deren erst noch zu beweisende Richtigkeit nicht belegen, sondern voraussetzen, vgl. https://www.duden.de/rechtschreibung/Petitio_Principii; vgl. auch *Slater/u. a.*, ECJ 2009, S. 97, S. 119 f.

[890] *Schroth*, Economic offences, S. 186.

[891] Vgl. schon oben § 2, C.

[892] *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 22.

[893] *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 62; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 72 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Stellungnahme

Die dargestellten nationalen strafrechtlichen Abgrenzungskriterien überzeugen nicht. Zum einen ist formal unklar, weshalb nationale Differenzierungskriterien im supranationalen Mehrebenensystem des Unionsrechts gelten. Der erforderliche Transformationsprozess – vom nationalen Recht auf das Unionsrecht – findet in der Debatte bislang kaum statt. Anders als beim stigmatisierenden sozial-ethischen Tadel besteht für die weiteren Kriterien kein Anhaltspunkt, der für eine Übertragbarkeit sprechen würde. Unklar ist damit, weshalb jedes Indiz allein oder gesamtbetrachtend die unionsrechtliche Rechtsnatur der Kartellsanktion imperativ zu determinieren imstande ist. Schubert konstatiert zwar, dass die Grundsätze im unionalen Kartellsanktionsrecht „von den Grundsätzen des geltenden (Kriminal-)Strafverfahrensrechts der Mitgliedstaaten" stark abweiche,[894] weist aber nicht nach, dass dies nicht nur eine deutsche Rechtsansicht ist bzw., weshalb eine Emanzipation der autonom unionsrechtlichen Rechtsnatur der Kartellbuße von vornherein ausgeschlossen sein soll. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Kartellbuße allein deshalb keine Kriminalstrafe sein könne, weil, wie Winkler 1971 behauptet, „nach der noch ganz herrschenden kontinentaleuropäischen Strafrechtsauffassung […] Unternehmen nicht mit Kriminalstrafen belegt werden [können, Einfg. d. Verf.]".[895] Stimmte man dem zu, müsste die Kriminalstrafrechtlichkeit der Kartellbuße heute angenommen werden, weil nach ganz herrschender kontinentaleuropäischer Strafrechtsauffassung – mit der Ausnahme von der Bundesrepublik Deutschland – juristische Personen und Unternehmen kriminalstrafrechtlich belangt werden können.[896] Zu Ende gedacht, müsste die Kartellbuße dann zwingend dem Kriminalstrafrecht zugeordnet werden, obwohl der Union keine Kompetenz übertragen wurde. Dieses Argument wird – dogmatisch zutreffend – nicht bemüht, weil die nationalen Rechtsordnungen für sich genommen die unionsrechtliche Rechtsdogmatik nicht bestimmen können. Nicht überzeugend ist daher auch der Ansatz Winklers, aus den gemeinsamen (strafrechtlichen) Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten im Wege der wertenden Rechtsvergleichung einen allgemeinen Rechtsgrundsatz als dogmatisches Determinierungsinstrument der Rechtsnatur fruchtbar zu machen.[897] Die allgemeinen Rechtsgrundsätze finden – wie auch später in der Untersuchung – Anwendung bei der konkreten lückenfüllenden Ausgestaltung der Genese von Grundrechten oder der Auslegung von deren Anwendungsumfang. Die nationalen Rechtsordnungen sind indessen – weder allein noch als

894 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 73.

895 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 59 f.

896 Vgl. hierzu ausführlich unten: 5. Teil 1. Kap. § 1 C. I. und § 2 A. III. 4.

897 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 85 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gemeinsame Verfassungstradition – in der Lage, die Rechtsnatur einer unionsrechtlichen Sanktion zu bestimmen.

Zum anderen knüpfen die Kriterien unzulässigerweise am Status quo der verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung der Kartellbuße und des -verfahrens an. Dies kann dann nicht überzeugen, wenn die Zulässigkeit der gegenwärtig verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung infrage steht und anhand einer objektiven Prüfung der Rechtsnatur untersucht werden soll. Aus diesem Grund führen auch andere gleich gelagerte rechtsfolgenbezogene Ansätze, die zum Teil allein vom Willen des Verordnungsgebers selbst abhängen, wie die Ausgestaltung der Verfahrensrechte, der Beweismaßstab oder etwa die Trennung von Anklage und Ermittlungsbehörde,[898] die fehlende Umwandlungsfähigkeit oder Eintragung in ein Strafregister, die Behandlung als Vorbestrafter oder das Verbot einer strafrechtlichen *reformatio in peius*,[899] die dem europäischen Kartellrecht fremd sind, nicht weiter.[900] Dass Wils daher als Unterscheidungsmerkmal von Strafsanktionen darauf abstellt, dass Kriminalstrafverfahren einen stärkeren verfahrensrechtlichen Schutz sowie die Trennung der Ermittlungs- und Anklagefunktion vorsehen, mag korrekt sein, beschreibt aber lediglich das Ergebnis einer bereits vorgenommenen Differenzierung und legitimiert nicht dessen Richtigkeit.[901] Andernfalls würde die kompetenzzuweisende Funktion der Rechtsnatur verkannt und die Möglichkeit der Ausgangsthese nicht ernst genommen, dass es sich bei der Kartellbuße um eine Kriminalstrafe handeln und das Kommissionshandeln unzulässig sein *könnte*. Er geht damit am Ausgangspunkt der Untersuchung vorbei, der Frage nämlich, ob durch die Schwere des Eingriffs nicht das Verfahren gerade als Kriminalstrafverfahren ausgestaltet werden *müsste*.

Auch in materieller Hinsicht überzeugt es nicht, ein Kriterium heranzuziehen – etwa Fähigkeit zur Verhängung von Freiheitsstrafen –, wenn dieses von vornherein im Unionsrecht nicht vorgesehen und gegenüber juristischen Personen und Unternehmen nicht umsetzbar ist.

---

898 Vgl. *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 2, der dies richtigerweise als eines der Differnzierungskriterien erkennt, die hier jedoch nicht sinnvoll fruchtbar gemacht werden können.

899 Vgl. *Jescheck*, JZ 1959, S. 457, S. 459; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 73; *Yomere*, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung, S. 47.

900 Vgl. *Niggli/Riedo*, in: Praxis des Kartellgesetzes, S.109 ff.; *Möschel*, ECLR 2011, S. 369, S. 371.

901 *Wils*, World Competition 28, S. 117, S. 119 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Zwischenergebnis

Die nationalstaatlichen Kriterien überzeugen nicht. Zum einen bleibt unklar, ob und weshalb die nationale Sanktionsdogmatik der Mitgliedstaaten im Unionsrecht Anwendung findet. Zum anderen wird zum Nachweis der Rechtsnatur des Kartellverfahrens an der gegenwärtigen verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung angeknüpft. Dies ist als *petitio prinipii* argumentativ unzulässig, weil die Legitimität einer verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung bewiesen werden soll. Der Rückgriff verkennt, dass die Ausgangsthese behauptet, dass das Kartellverfahren *de lege ferenda* als kriminalstrafrechtliches Verfahren geführt werden *müsste*.

D. Ergebnis

Die Untersuchung hat ergeben, dass eine dogmatische Legitimationskontrolle der strafrechtlichen Rechtsnatur des europäischen Kartellermittlungsverfahrens gegenwärtig nicht möglich ist. Für eine präzise Einordnung fehlen gegenwärtig taugliche *Jussila-Kriterien* zur Differenzierung der strafrechtlichen Rechtsnatur, die weder das konventions-, unions- noch das nationale Recht der Mitgliedstaaten vorsehen.[902] Die teils tautologischen, teils unbestimmten Kriterien können nicht zur Abgrenzung der engeren oder weiteren strafrechtlichen Rechtsnatur herangezogen werden. Die Strafrechtsnatur lässt sich daher mit den herkömmlichen Ansätzen dogmatisch nicht genau fassen.[903] Es stellt sich die Frage, was daraus als Gesamtergebnis für eine Schlussfolgerung zu ziehen ist.

4. Kapitel
Gesamtergebnis des zweiten Teils

§ 1 Ergebnisse, Lösungsansätze und Stellungnahme

A. Teil-Legitimationsdefizit des europäischen Kartellermittlungsverfahrens

Das europäische Kartellermittlungsverfahren hat ein Teil-Legitimationsdefizit, soweit die Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte auf die im weiteren Sinne strafrechtliche Rechtsnatur gestützt wird. In Ermangelung tauglicher konventions-, unions- oder nationalrechtlicher Abgrenzungs-

902 *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 1.
903 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 24.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kriterien ist eine Zuordnung zur engen oder weiteren Strafrechtsnatur gegenwärtig nicht möglich.[904] Dabei wäre dies aufgrund der fragmentierten Strafrechtsnatur und der akzessorischen verfahrens- und kompetenzrechtlichen Rechtsfolgen legitimatorisch zwingend erforderlich. Schließlich sind formelle Kartellermittlungsmaßnahmen und Sanktionen hoheitliche Eingriffe. Kann nicht bewiesen werden, dass die europäische Kartellbuße eine Strafsanktion im weiten Sinne ist, können auf dieser Grundlage eine Kompetenz zur Verhängung schwerster Sanktionen und die Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte nicht legitimiert werden. Die rechtsstaatliche Nachweispflicht für die angezweifelte kompetenz- und verfahrensrechtliche Legitimation hoheitlicher Eingriffe durch Kartellermittlungen und -sanktionen liegt bei der Europäischen Union als Hoheitsträger und wirkt zu ihren Lasten.

Daraus folgt nicht, dass Kartellbußen dogmatisch zwingend echte Kriminalstrafen sind. Die Legitimationskontrolle hat sich auf die Begründungskontrolle der Anwendungsreduktion beschränkt und Begründungsfehler ausgemacht. Aus der Feststellung, dass keines der Kriterien zur Bestimmung der Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße tauglich ist, folgt, dass eine eindeutige Bestimmung *de lege lata* unmöglich ist. Die Ausgangsthese, die Kartellbuße sei eine echte Kriminalstrafe, ist damit lediglich nicht falsifizierbar. Dies hinderte die EU nicht daran, eine Sanktionsdogmatik zu entwickeln, anhand derer sie den Nachweis der weiten Strafrechtsnatur führen könnte. Auf die Frage, ob eine Heilung durch die spätere vollständige gerichtliche Kontrolle möglich und diese auch faktisch vollständig durchgeführt wird, kommt es nicht an.

Im Ergebnis hat die Untersuchung damit *de lege lata* ein *kompetenz-* und *verfahrensrechtliches* Teil-Legitimationsdefizit im europäischen Wettbewerbsrecht festgestellt. Ein kompetenzrechtliches Legitimationsdefizit besteht nach hier vertretener Auffassung jedenfalls für die schwersten Kartellsanktionen für Kernbereichsbeschränkungen. Ein verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit besteht nur, soweit die Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren auf die weite Strafrechtsnatur gestützt wird. Andere Legitimationsgründe – wie die Unternehmereigenschaft – bleiben hiervon (noch) unberührt. Insofern rücken die Ansätze zur Lösung des Teil-Legitimationsdefizits in den Vordergrund.

[904] Kaum zu überzeugen vermag es, wenn die gleichen Kriterien herangezogen werden, um den verwaltungsrechtlichen Charakter auszuschließen, den kriminalstrafrechtlichen Charakter aber zu bejahen, vgl. *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 15.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Ansätze zur Lösung des Legitimationsdefizits

Das *kompetenzrechtliche* Teil-Legitimationsdefizit ließe sich durch eine Ausweitung der Sanktionskompetenz auf Kriminalstrafen oder die Anpassung des Kompetenzsystems der EU auflösen. Damit ist in absehbarer Zeit nicht zu rechnen. Alternativ kommt der Nachweis in Betracht, dass auch schwerste Kartellsanktionen Strafen im weiten Sinne sind. Dies erforderte die Entwicklung einer unionsrechtlichen Sanktionsdogmatik mit Abgrenzungskriterien zur objektiven Differenzierung der strafrechtlichen Rechtsnatur. Da die Unionsgerichte das Legitimationsdefizit nicht anerkennen und eine entsprechende Rüge keine Aussicht auf Erfolg verspricht, obliegt diese Aufgabe der Rechtswissenschaft. Diese abstrakt zu entwickeln ist jedoch weder die Aufgabe dieser Untersuchung, die sich auf die Legitimationskontrolle beschränkt, noch ist dies hier erforderlich. Das kompetenzrechtliche Legitimationsdefizit wirkte sich auch dann nicht aus, wenn die Kommission auf die Verhängung schwerster Kartellsanktionen verzichtete.

Auch das *verfahrensrechtliche* Legitimationsdefizit ist in erster Linie nur durch die Entwicklung einer unionsrechtlichen Sanktionsdogmatik und den Nachweis der weiten Strafrechtsnatur lösbar. Alternativ wirkt sich das Verfahrensdefizit nicht aus, wenn das Kartellermittlungsverfahren als Kriminalstrafverfahren geführt würde. Selbst wenn man mit Engelsing und Schneider davon ausginge, dass „Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 über eine Negativ-Aussage näher charakterisierte Rechtsnatur der Sanktion nicht zwingend die Natur und die Einzelheiten des zu ihr führenden Verfahrens“[905] bestimmte, wäre das Legitimationsdefizit allein dann unbeachtlich, wenn die Verfahrensrechte vollständig zur Anwendung kämen. Der Union steht es ohne Weiteres zu, sich für einen überschießenden Grundrechtsschutz und eine überschießende Anwendung der EMRK-Vorschriften zu entscheiden (vgl. Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh). Eine solche überschießende Umsetzung erforderte jedenfalls eine grundlegende Reformierung der Generaldirektion Wettbewerb.[906] Diese müsste auf die Rolle einer Staatsanwaltschaft mit Ermittlungs- und Anklagefunktion beschränkt werden. Die Verhängung einer Kartellbuße müsste einem Gericht (z. B. dem Gericht erster Instanz) nach einem kriminalstrafrechtlich ausgestalteten Gerichtsverfahren vorbehalten bleiben. Zwar wäre der Kompetenzvorwurf damit nicht entkräftet, in rechtpraktischer verfahrensrechtlicher Hinsicht entstünde den sanktionsadressierten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen aber jedenfalls hieraus kein verfahrensrechtlich belangvoller Nachteil. Andernfalls verbliebe lediglich die Möglichkeit, auf die repressive Sanktionierung unter primär legitimatorischer Rechtfertigung der

905 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 26.
906 Vgl. *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 6, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

negativ-generalpräventiven Abschreckung zu verzichten.[907] Geht man davon aus, dass sich die Jussila-Entscheidung auf sämtliche Strafverfahrensrechte bezieht und nicht nur auf die Zulässigkeit der Verhängung strafrechtlicher Sanktionen durch eine Verwaltungsbehörde, wäre die Ausweitung aller Rechte erforderlich.

C. Stellungnahme und Kritik an „Forschungssperrzonen"

Die Umsetzung dieser Lösungsansätze ist höchst unwahrscheinlich. Zu sehr hat sich in der Praxis ein pragmatischer „modus operandi" etabliert, der wenig Interesse an einer objektiv-dogmatischen Fundierung der Rechtsnatur der Kartellbuße als vielmehr am erwünschten Ergebnis hat, frei nach dem Motto: „Entscheidend ist, was hinten rauskommt."[908]

Als dogmatischer Ausgangsfehler entpuppt sich damit die unfundierte Übernahme der *Jussila*-Rechtsprechung des EGMR durch den EuGH in das Unionsrecht. Dabei wird verkannt, dass die Strafrechtsfragmentierung in einen engen und weiten Bereich keine genuin unionsrechtliche Strafrechtsdogmatik ersetzt, sondern voraussetzt. Den Vertragsstaaten steht es nach der EMRK frei, Teile des Strafrechts aufzuspalten und für Teile davon ein geringeres Verfahrensniveau zu etablieren. Genauso zulässig ist es nach der EMRK, davon abzusehen und das Kartellverfahren als echtes Strafverfahren durchzuführen. Völlig losgelöst davon ist indes die Frage, ob den Vertragsstaaten bzw. der Europäischen Union diese Unterscheidung auch nach dem jeweils innerstaatlichen Recht erlaubt ist und dem Gesetzgeber die Kompetenz hierfür zusteht. Dass die Kommission mit Rückendeckung der Unionsgerichte keinen Bedarf sieht, vom – aus ihrer Sicht – gut funktionierenden System abzurücken, ist verständlich. Dort fürchtet man um die Effektivität der Ermittlungen, die durch zusätzliche Anhebungen des – aus ihrer Sicht ohnehin zu unternehmensfreundlich ausgestalteten – Verfahrensniveaus in Mitleidenschaft gezogen würde. Dies kulminiert in der These, dass es der apodiktischen Herleitung der Rechtsnatur nicht bedarf und ein ergebnisorientierter Ansatz unbedenklich sei, *solange* – jedenfalls unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der Unionsgerichte – Einigkeit über Inhalt und Umfang der Verfahrensrechte besteht.

Die Rechtswissenschaft sollte sich damit jedoch nicht zufriedengeben. Auch der praxis- und ergebnisorientierte Ansatz[909] verhindert nicht, dass die Diskussion um die Rechtsnatur der Kartellbuße immer wieder aufflammt und

---

907 Vgl. in diesem Sinne *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 407.

908 Ein Altbundeskanzler Helmut Kohl zugeschriebener Ausdruck aus einer Pressekonferenz vom 31.08.1984.

909 *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 25.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

daher kaum von „Einigkeit“ gesprochen werden kann. Dessen ungeachtet ist es nicht die Aufgabe der Wissenschaft:

> „[…] Mysterien zu pflegen und zu konservieren, sondern die Wahrheit zu suchen und sich ihr soweit es in ihren Möglichkeiten liegt, zu nähern. Sie kennt keine Tabus und sie respektiert keine Sperrzonen der Forschung, wenngleich sie sich der Grenzen rationaler Erkenntnis bewußt bleibt.“[910]

Die Rechtsnatur der europäischen Kartellbuße sollte daher nicht leichtfertig und ergebnisorientiert vorweggenommen und zur Forschungssperrzone erklärt werden. Es sollte kritisch hinterfragt sowie geprüft werden, ob die „eingefahrenen“ Argumente tatsächlich überzeugen können. Insbesondere die ungeprüfte Übertragung nationaler Strafrechtsterminologie oder -dogmatik auf das Unionsrecht leistet daher eher der Vermutung Vorschub, dass die Kompetenz der Union und die größere Flexibilität der Kommission bei der Verhängung von Kartellsanktionen Grund für die Einordnung der Kartellbuße als Strafe im weiteren Sinne sind. Sicher darf der Blick auf die Auswirkungen der praktischen Umsetzung des Wettbewerbsrechts nicht verstellt werden. Das Kartellsanktionsrecht stellt jedoch aufgrund der erreichten Geldbußengröße und der damit verbundenen enormen Intensität des Eingriffs in die Rechte der Unternehmen hohe Anforderungen an die Wahrung rechtsstaatlicher Garantien, die keine Legitimationslücken dulden.[911] Allein auf die pragmatische und politische Machbarkeit gerichtete Argumente vermögen eine juristisch- wissenschaftliche Begründung daher nicht zu ersetzen. Die Kompetenz und der praktische Erhalt der Funktionsfähigkeit der Generaldirektion Wettbewerb sind zwar nicht aus dem Blick zu verlieren, können aber nicht alleinige Legitimationsbasis sein. Auf einer hinreichenden dogmatischen Legitimierung beruht die Legitimität der Staatsgewalt, deren Ausübung nur durch ein konsistentes System zu objektiv nachvollziehbaren und willkürfreien Entscheidungen führt.

Dass nach der Untersuchung die theoretische Möglichkeit besteht, dass die Kommission keine Sanktionskompetenz zur Verhängung schwerster Kartellsanktionen haben könnte und das Verfahren den charta- und konventionsrechtlichen Anforderungen nicht genügen könnte, muss daher beunruhigen. Dadurch bleibt offen, ob eine Kompetenzverschiebung zulasten der Mitgliedstaaten stattfindet, die als ultra-vires-Akt unionsrechtswidrig und daher ungültig wäre.[912] Die ungeklärte Kompetenzfrage erodiert den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung und damit die Anerkennung der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge. Dabei bildet der Grundsatz die Rechtfertigungs- und Legitimationsbasis für die Übertragung hoheitlicher Kompetenzen der Mit-

910 *Isensee*, Das Volk als Grund der Verfassung, S. 73.

911 *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 459.

912 BVerfG, U. v. 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 u. a. – „EZB-Urteil“, Rn. 154.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gliedstaaten auf die Union und nach dem BVerfG für den Einschnitt in den demokratischen Legitimationszustand der durch die EU ausgeübten öffentlichen Gewalt.[913] Der Gerichtshof darf sich daher seiner Kontrollfunktion hinsichtlich der Kompetenz der Verbandskompetenz der EU besonders dann nicht verschließen, wenn fundamentale Belange der Mitgliedstaaten durch den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung berührt sind.[914] Insbesondere muss die Zuständigkeit von Unionsorganen der vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegen und kann nicht der Kommission überlassen bleiben.[915] Die Weigerung einer effektiven Kompetenzkontrolle und -entscheidung am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit[916], birgt die latent persistierende Gefahr fehlender Akzeptanz der Mitgliedstaaten und letztlich der Nichtanwendung des Unionsrechts.[917]

Ziel dieser dogmatischen Kritik ist es jedoch nicht, die Arbeit der Generaldirektion Wettbewerb oder des Europäischen Gerichtshofes zu diskreditieren. Der Blick auf die bereits dargestellten wirtschaftlichen Folgen horizontaler *hard-core*-Kartellverstöße für den Wettbewerb, die Grundfreiheiten und den gemeinsamen Binnenmarkt darf nicht verloren gehen. Ziel ist es, für einen ehrlichen Umgang mit den dogmatischen Schwächen des Unionsrechts zu werben und unnötige Angriffsflächen potenzieller Legitimationskritik zu reduzieren, anstatt von ihnen abzulenken und „Tabus und Sperrzonen" zu errichten. Andernfalls verschlösse man sich vor der Erkenntnis, dass als unangemessene empfundene Strafen gesellschaftliche „Störgefühle" auslösen können, weil die Intensität von Strafen eine symbolisch-kommunikative Funktion zwischen positiv-generalpräventiven Zielen der Normgeltung und des Rechtsfriedens sowie gesellschaftlichen „Gerechtigkeitswerten" zukommt.[918] Die Langzeitfolgen eines aufgestauten Störgefühls gilt es daher nicht zu unterschätzen. Eine Aufarbeitung oder gar Befriedung des seit Langem latent persistierenden Konflikts ist jedoch nur möglich, wenn man die Schwachstellen ernst nimmt und den Finger kritisch in diese Wunden legt. Die EU würde sich dann selbst in der Rolle als rechtsstaatliches Legitimationsobjekt ernst nehmen. In jedem Fall bleibt sie dafür begründungspflichtig, dass sie zur Verhängung schwerstwiegender Kartellsanktionen legitimiert ist.

---

913 BVerfG, U. v. 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 u. a. – „EZB-Urteil", Rn. 158.

914 BVerfG, U. v. 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 u. a. – „EZB-Urteil", Rn. 142.

915 BVerfG, U. v. 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 u. a. – „EZB-Urteil", Rn. 145, unter Verweis auf die dort angegebene Rechtsprechung.

916 BVerfG, U. v. 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 u. a. – „EZB-Urteil", Rn. 163.

917 Vgl. insoweit auch *Wieland*, NJW 2009, S. 1841, S. 1844, der das Gesamtprojekt „europäische Integration" durch eine ausweitende EuGH-Rechtsprechung und Kompetenzentziehung zulasten der Mitgliedstaaten gefährdet sieht.

918 Vgl. für das Individualstrafrecht *Kubiciel*, in: Verfahrensgerechtigkeit für Unternehmen, S. 85.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dogmatische Zweifel und Ungenauigkeiten hieran dürfen aus rechtsstaatlicher Sicht nicht zulasten von Unternehmen wirken.

§ 2 Folgen für den Fortgang der Untersuchung

Aufgrund der festgestellten Teil-Legitimationsdefizite der *Rechtsnatur* der Kartellsanktion ließe sich die Untersuchung vermeintlich bereits an dieser Stelle abbrechen. Dies griffe jedoch zu kurz. Die Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren wird auch auf die *Unternehmereigenschaft* der Sanktionsadressaten gestützt. Das Haftungssubjekt der Verordnung Nr. 1/2003 ist das Unternehmen. Selbst wenn man – wie vorgeschlagen – das Kartellermittlungsverfahren kriminalstrafrechtlich ausgestaltete, weil man etwa eine Aufspaltung der Rechtsnatur der Kartellbuße und des -verfahrens zuließe,[919] bliebe unklar, inwieweit die strafrechtlichen Verfahrensrechte natürlicher Personen im Kriminalstrafverfahren auch für Unternehmen bzw. juristische Personen gelten. Die Rechtsposition von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen wäre möglicherweise durch die Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte unzulässig beeinträchtigt. Es gilt daher zu überprüfen, ob und in welchem Umfang – selbst aufgrund der Einordnung der Kartellbuße als Strafsanktion im weiteren Sinne – die gegenwärtige Reduktion des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte aufgrund des besonderen Haftungssubjekts legitim ist oder zu einem Legitimationsdefizit führt. Dies gilt es im nachfolgenden Teil zu überprüfen.

[919] Auf die Frage, ob eine Aufspaltung kompetenzrechtlich überhaupt möglich ist, kommt es vorliegend nicht an, weil bereits gezeigt wurde, dass keine dogmatische Überprüfung der Korrektheit der Einordnung möglich ist. Ein verfahrensrechtlicher Nachteil entstünde Unternehmen und Unternehmensvereinigungen dagegen nur, wenn die Buße als Kriminalstrafe und das Verfahren als Quasistrafe eingeordnet werden sollte, da nur dann die Verfahrensrechte reduziert wären. Die Untersuchung liegt aber gerade andersherum.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Teil

Dogmatische Legitimationskontrolle der Geltungs- und Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren aufgrund der „Unternehmereigenschaft“

Der dritte Teil widmet sich dem zweiten Begründungsansatz der Geltungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren – der *Unternehmereigenschaft* der Kartellsanktionsadressaten. Im Unterschied zum nationalen Individualstrafverfahren der Mitgliedstaaten ist das Haftungssubjekt im europäischen Wettbewerbsrecht das „Unternehmen“ im unionskartellrechtlichen Sinne. Die Unternehmereigenschaft wird zur Legitimationsgrundlage, um strafrechtliche Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellvorermittlungsverfahren nicht bzw. nur abgeschwächt anzuwenden. Das Unionsrecht könnte gegenüber „Unternehmen“ ein reduziertes Grundrechtsschutzniveau vorsehen, wodurch invasivere Grundrechtseingriffe gerechtfertigt sein könnten.[1] Die Legitimitätskontrolle einer derartigen Reduktion bedarf zunächst der Darstellung des unionsrechtlichen Unternehmerbegriffs (1. Kapitel), bevor die gegenwärtige Legitimationsbegründung der Geltungs- und Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte am Beispiel des nemo tenetur-Grundsatzes untersucht werden kann (2. Kapitel). Die Tragfähigkeit der Begründung ist sodann dogmatisch-legitimatorisch zu überprüfen (3. Kapitel).

1. Kapitel

Der unionsrechtliche Unternehmensbegriff

Die Normadressaten europäischer Kartellsanktionen sind nach Art. 101 Abs. 1, Art. 103 Abs. 1 AEUV, Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 *Unternehmen* und *Unternehmensvereinigungen*.[2] Gegen sie richten sich auch die förmlichen Ermittlungsbefugnisse der Befragung und Nachprüfung nach Art. 18 Abs. 3

[1] Vgl. in diesem Sinne *Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 102.

[2] *Nowak*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 17, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sowie Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003. Nach überwiegender Ansicht werden strafrechtliche Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren aufgrund der Unternehmereigenschaft reduziert. Sie kommen nicht wie gegenüber natürlichen Personen im nationalen Strafrecht zur Anwendung. Dies erfordert eine Darstellung des autonom unionsrechtlichen Unternehmerbegriffs. Da es sich bei Unternehmensvereinigungen nur um Vereinigungen von Unternehmen handelt, bedarf der Begriff keiner gesonderten Darstellung.[3]

§ 1 Begriff, Zurechnung und Grundrechtsberechtigung des Unternehmensträgers

A. Autonom unionsrechtlicher Unternehmensbegriff

Da die Verträge keine Legaldefinition des „Unternehmen" enthalten,[4] wird der Begriff von den Unionsgerichten in ständiger Rechtsprechung autonom unionsrechtlich und kartellrechtlich *funktional* definiert als:

> „[…] jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art der Finanzierung."[5]

Dieses weite Verständnis liegt auch Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 der ECN+-Richtlinie zugrunde, die den Begriff im Anwendungsbereich des Unionsrechts vereinheitlicht.[6] Auf eine Gewinnerzielungsabsicht oder den Umfang der Tätig-

---

[3] Der Begriff „Unternehmensvereinigung" ist nicht legaldefiniert. Annäherungen finden sich jedoch in den Schlussanträgen von GA Léger v. 10.7.2001 – Wouters – Rs. C-309/99, ECLI:EU:C:2001:390, Rn. 61; vgl. auch *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 71; nach *Kling*, in: Kartellrecht, § 4, Rn. 20, m. w. N., kommt dem Begriff keine eigenständige Bedeutung zu, da sie als ein beliebig strukturierter Verbund mehrerer „Unternehmen" begriffen werden, dessen Zweck in der Wahrnehmung von Mitgliederinteressen besteht.

[4] Allein nach Art. 1 Protokoll Nr. 22 zum EWR, Abl. L1/3 v. 3.1.1994, „gilt als Unternehmen jedes Rechtssubjekt, das eine kommerzielle oder wirtschaftliche Tätigkeit ausübt".

[5] EuGH, U. v. 25.03.2021 – Deutsche Telekom – Rs. C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 72; EuGH, U. v. 25.11.2020 – GEA Group – Rs. C-823/18 P, ECLI:EU:C:2020:955, Rn. 64; EuGH, U. v. 11.6.2020 – Dôvera zdravotná poist'ovňa u. a. – Rs. C-262/18 P u. a., ECLI:EU:C:2020:450, Rn. 28; EuGH, U. v. 14.3.2019 – Skanska Industrial Solutions – Rs. C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 36 u. 47; EuGH, U. v. 23.4.1991 – Höfner u. Elser – Rs. C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21; EuGH, U. v. 10.9.2009 – Akzo Nobel – Rs. C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 Rn. 54, m. w. N.; Schlussanträge GA Kokott v. 3.07.2007 – ETI – Rs. C-280/06, EU:C:2007:404, Rn. 69; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 11; *Kling*, in: Kartellrecht, § 4, Rn. 18.

[6] Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten in Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

keit kommt es nicht an.[7] Als wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit „personeller, materieller oder immaterieller Mittel“ wird das Unternehmen nach dem Grundsatz der Unbeachtlichkeit der Rechtsform unabhängig von der rechtlichen Zusammensetzung durch natürliche oder juristische Personen konstituiert.[8] Ausgeschlossen werden nach diesem weiten Verständnis natürliche Personen, soweit sie nicht ausnahmsweise dem Unternehmerbegriff unterfallen, private Verbraucher, Arbeitnehmer und die hoheitliche, nicht wirtschaftliche Tätigkeiten öffentlicher Unternehmen (vgl. Art. 106 AEUV).[9] Das „Unternehmen“ beschreibt damit nur die Eigenschaft der Unternehmensträger, die unternehmerisch tätig sein müssen.[10] Bezeichnet wird nicht der Handelnde, sondern das Vermögen eines Unternehmensträgers.[11] Zu unterscheiden ist mit dem funktionalen Unternehmensbegriff damit zwischen dem *Unternehmen* als am Markt agierende kartellverantwortliche Einheit und damit als Rechtsobjekt und deren Rechtsträger – i. d. R. eine *juristischen Person* – als Rechtssubjekt.[12] Das aus dem nationalen Recht bekannte Rechtsträgerprinzip findet damit gerade keine Anwendung.[13] Das unionsrechtliche Unternehmen als Normadressat von Wettbewerbsreglungen und Verantwortlicher von Kartellverstößen und der Unternehmensträger als Adressat der Bußgeldentscheidung, dem die „Bußgeldzahlungslast“ zukommt, sind nicht zwingend identisch.[14] Für die Untersuchung kommt es weniger auf das Unternehmen

---

Funktionierens des Binnenmarkts, Abl. 2019 L 11/3; vgl. hierzu *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 20 f.; ein ggf. bestehendes nationales Rechtsträgersystem muss daher nach dem effet-utile-Grundsatz mindestens unangewendet bleiben.

[7] *Kling*, in: Kartellrecht, § 4, Rn. 18; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 101 AEUV, Rn. 25.

[8] EuGH, U. v. 25.03.2021 – Deutsche Telekom – Rs. C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 72; EuGH, U. v. 14.3.2019 – Skanska Industrial Solutions – Rs. C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 36 f.; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV, Rn. 51 ff.; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 54.

[9] *Zimmer*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 12; *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 97; *Kling*, in: Kartellrecht, § 4, Rn. 19, m. w. N.; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 101 AEUV, Rn. 25.

[10] *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 11; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV, Rn. 53.

[11] *Rittner/u. a.*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, § 6, Rn. 671 f.

[12] *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 100; *Kling*, in: Kartellrecht, § 4, Rn. 18.

[13] *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 15 f.

[14] Schlussanträge GAin Kokott v. 3.07.2007 – ETI – Rs. C-280/06, ECLI:EU:C:2007:404, Rn. 68; vgl. auch *Kienapfel*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 20.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

oder die spezifischen Eigenschaften der juristischen Person an, die sich hinsichtlich ihrer Entstehung, Vertretung oder der Rechtspersönlichkeit nach dem nationalen Recht richten. Entscheidend ist vielmehr der Zurechnungsakt.

B. Zurechnung von Kartellzuwiderhandlung an den Unternehmensträger

Im Ausgangspunkt haftet das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit nach dem Grundsatz der persönlichen Haftung und hat für kartellrechtliche Zuwiderhandlungen einzustehen.[15] Nach überwiegender Ansicht bedarf das Unternehmen keiner nationalrechtlicher Rechtspersönlichkeit und -fähigkeit und braucht daher nicht Träger von Rechten und Pflichten zu sein.[16] Für den Vollzug der Kartellsanktion bedarf es daher der Zurechnung bzw. Haftung für das Vergehen des Unternehmens zu einem Zurechnungssubjekt.[17] Diese können als Personengesellschaften oder Körperschaften juristische oder natürliche Personen sein.[18] Konkrete Beschlüsse, Adressaten von Bußgeld- oder Ermittlungsverfügungen sowie Parteien im behördlichen oder gerichtlichen Verfahren müssen damit bereits wegen ihrer ggf. notwendigen Vollstreckung Unternehmens*träger* sein.[19] Für die Zurechnung maßgeblich ist der aus dem Rechtsstaats- und Schuldprinzip[20] abgeleitete Grundsatz der persönlichen

---

15 EuGH, U. v. 6.10.2021 – Sumal – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 42, m. w. N.

16 *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV, Rn. 53; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 55; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 20; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 11; nach dem EuGH ist die Rechtspersönlichkeit von Unternehmen jedenfalls kein konstituierendes Element des Unternehmens, vgl. U. v. 28.6.2005 – Dansk Rørindustri – Rs. C-189/02 P, ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 114 ff.

17 *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV, Rn. 53; *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 167; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 12, mit den Hintergründen zur bußgeldrechtlichen Verantwortung; EuGH, U. v. 8.7.1999 – Anic Partecipazioni – Rs. C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, Rn. 47 u. 72 ff.

18 *Kienapfel*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 20, m. w. N.; *Dannecker*, NZWiSt 2022, S. 85, S. 85 ff.

19 Rechtsakte der Kommission, die eine Zahlung auferlegen, sind vollstreckbare Titel und müssen sich gegen natürliche oder juristische Personen richten, Art. 299 Abs. 1 AEUV; Schlussanträge GAin Kokott v. 3.07.2007 – ETI – Rs. C-280/06, ECLI:EU:C:2007:404, Rn. 69, Fn. 53, m. w. N.

20 Schlussanträge GA Ruiz-Jarabo Colomer v. 11.2.2003 – Aalborg Portland – Rs. C-204/00 P, ECLI:EU:C:2003:63:85, Rn. 63 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verantwortlichkeit.[21] Durch die Anknüpfung am Handelnden, der sein zukünftiges Marktverhalten beeinflussen kann, soll die effektive Durchsetzung der Wettbewerbsregeln garantiert und Dritte generalpräventiv abgeschreckt werden.[22] Der Grundsatz wird durch das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität flankiert, das verhindern soll, dass Sinn und Zweck der Kartellsanktion – die effektive Durchsetzung des Wettbewerbsrechts – nicht durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen unterminiert wird, die die Zurechenbarkeit des Verhaltens zur wettbewerbsrechtlich verantwortlichen Person verhindern.[23] Davon zu trennen ist die Zurechnung des kartellwidrigen schuldhaften Verhaltens natürlicher Personen an das Unternehmen zur Begründung eines Wettbewerbsverstoßes.[24] Insgesamt folgt das kartellrechtliche Unternehmenshaftungsmodell weniger dogmatischen als viel mehr praktischen Erwägungen. Zum einen werden nationale Konzeptionen der Entstehung, Haftung oder Zurechnungsprobleme zwischen dem Unternehmen und juristischen Personen eingeebnet. Zum anderen fehlt dem Unternehmen die rechtliche Verfasstheit, sodass es für die Verfahrensdurchführung – etwa der Zustellung der Mitteilung der Beschwerdepunkte oder der Parteistellung im Verfahren – eines Rückgriffs auf die Gesellschaft und deren Organe bedarf.[25] Diese Gesellschaften müssten, um sich auf die strafrechtlichen Verfahrensrechte berufen zu können, grundrechtsberechtigt sein.

C. Grundrechtsberechtigung von Gesellschaften als Unternehmensträger

Die Menschen- und Grundrechte der EMRK oder GRCh beziehen sich im Ausgangspunkt jedoch auf natürliche Personen als Träger von Rechten und Pflichten. Gleiches gilt für nationale Grundrechte. Sie gewährleisten abstrakt, dass durch staatliches Handeln nicht unverhältnismäßig in Rechtspositionen privater Rechtssubjekte eingegriffen wird (negativ-abwehrrechtliche Funktion), die Eröffnung der Teilhabe an staatlichen Leistungen und Einrichtungen

---

[21] EuGH, U. v. 8.7.1999 – Anic Partecipazioni – Rs. C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, Rn. 145.

[22] Schlussanträge GAin Kokott v. 3.07.2007 – ETI – Rs. C-280/06, EU:C:2007:404, Rn. 72.

[23] In Betracht kommen etwa die Änderung der Rechtsform, Fusionen oder Umstrukturierungen, vgl. Schlussanträge GAin Kokott v. 3.07.2007 – ETI – Rs. C-280/06, ECLI:EU:C:2007:404, Rn. 74 ff., m. w. N.

[24] *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 56 ff.; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben et al., Europäisches Unionsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 21; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 16.

[25] *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 168.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(positive Leistungs- und Teilhabefunktion) sowie Mindestanforderungen an die organisations- und verfahrensrechtliche Ausgestaltung staatlichen Handelns (Verfahrensfunktion), um die effektive Umsetzung dieser Rechte zu gewährleisten.[26] Für die grundsätzliche Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des Privatrechts als Unternehmensträgergesellschaften spricht zwar, dass der EuGH den Art. 47 Abs. 1 und 2 der Charta verwendeten Begriff der „Person" nicht auf natürliche Personen beschränkt.[27] Das Ziel der Anwendungserweiterung vor Augen, erscheint es daher grundsätzlich angemessen, die Schutzfunktionen der Grund- und Menschenrechte – insbesondere die hier relevanten verfahrensrechtlichen Garantien – auch auf juristische Personen auszuweiten. Die Anwendbarkeit der Verfahrensrechte gegenüber juristischen Personen muss jedoch für jedes Verfahrensrecht individuell bestimmt werden.

§ 2 Fazit

Für die Untersuchung kommt es entscheidend darauf an, ob bzw. in welchem Umfang die Eigenschaft der Unternehmensträger als „Unternehmen" oder als juristische Personen die Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte legitimiert. Hierzu soll der gegenwärtige Stand der Anwendungsreduktion induktiv dargestellt werden.

2. Kapitel

Legitimationsansätze der Geltungs- und Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren – aufgrund der „Unternehmereigenschaft"

Zur Legitimation der Geltungs- und Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren wird teilweise *pauschal* an der Unternehmereigenschaft – dem faktischen Unterschied zwischen natürlichen und juristischen Personen – angeknüpft (§ 1). Legitimationsansätze, die *spezifisch* am konkreten Verfahrensrecht anknüpfen, finden sich beim nemo tenetur-Grundsatz (§ 2).

---

26 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 19, Rn. 1 ff.

27 *Röben*, in: EMRK/GG, Teil I, Kap. 5, B, IV, Rn. 67; EuGH, U. v. 22.12.2010 – DEB – Rs. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, Rn. 38.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 1 Allgemeiner Legitimationsansatz

A. Unternehmensfaktische Legitimation – *eo ipso*

Die Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren wird teilweise pauschal mit der faktischen Unternehmereigenschaft der Sanktionsadressaten legitimiert.[28] Die Kartellbuße richte sich gegen „Unternehmen", die sich nicht in der Position einer im Strafprozess angeklagten – nach dem mitgliedstaatlichen Strafrecht zumeist, allerdings nicht zwingend natürlichen – Person befänden.[29] Diese faktische wesensmäßige Unterschiedlichkeit natürlicher und juristischer Personen erfordere eine Ungleichbehandlung in Hinblick auf den strafprozessualen Grundrechtsschutz *eo ipso*. So führt GA Ruiz-Jarabo Colomer aus, dass:

> „[…] sich nicht alle Garantien, die im Rahmen des Strafrechts, in dem sich der strafende Staat einerseits und der Einzelne, dem die Zuwiderhandlung vorgeworfen wird, andererseits, gegenüberstehen, entwickelt worden sind, pauschal auf das Wettbewerbsrecht übertragen lassen, sondern im Hinblick auf das Haftungssubjekt Unternehmen angepasst werden müsse. Diese Garantien sollten gerade dieses Machtungleichgewicht ausgleichen. Im Wettbewerbsrecht werden diese Parameter verändert, denn die Gemeinschaft der Einzelpersonen, die die Gesellschaft bilden und aus Verbrauchergruppen bestehen, soll vor mächtigen Organisationen geschützt werden, die über erhebliche Mittel verfügen. Diesen Zuwiderhandelnden die gleichen Verfahrensgarantien zugute kommen zu lassen wie dem bedürftigsten Einzelnen, wäre nicht nur ein Hohn, sondern es würde im Grunde der Schutz – hier der wirtschaftliche Schutz – des Einzelnen als hauptsächliches Opfer wettbewerbswidriger Handlungen verkürzt. Daher halte ich es für wichtig, dass die Verfahrensbestimmungen dem spezifischen Zuständigkeitsrahmen angepasst sind."[30]

Wils verlangt daher einen „Balanceakt" im Sinne einer praktischen Konkordanz zwischen der Effektivität der Durchsetzung der Art. 101 und 102 AEUV und dem Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte, der sich keinesfalls am traditionellen Kriminalstrafrecht orientieren dürfe, sondern die besondere Natur der Kartellrechtsdurchsetzung zu berücksichtigen habe.[31] Eine abstrakte rechtliche Fundierung dieser pauschalen und rechts-

---

[28] *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 30; *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 17 ff.; vgl. auch EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 29, in Bezug auf das Aussageverweigerungsrecht für natürliche und juristische Personen.

[29] *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 30 f.

[30] Schlussanträge GA Ruiz-Jarabo Colomer v. 17.10.2002 – Volkswagen – Rs. C-338/00 P, ECLI:EU:C:2002:591, Rn. 66.

[31] *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 19; vgl. auch EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 33, „Erhalt der praktischen Wirksamkeit"; kritisch in Hinblick auf die Verweigerung eines Aussageverwei-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

politischen Argumente, die allein auf die faktische Unterschiedlichkeit zwischen natürlichen und juristischen Personen abstellt, fehlt aber.[32]

Die Literatur führt utilitaristisch aus, juristische Personen seien „künstliche Schöpfungen nach Maßgabe einer von der Rechtsordnung aus Zweckmäßigkeitsgründen zugelassenen Rechtsform“[33] und nicht mit der Menschenwürde verwoben, weshalb der Gesetzgeber in deren Ausgestaltung der Schutzintensität des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes frei sei.[34] Es bestünde eine Beweislastumkehr für eine „Lockerung grundrechtlicher Fesseln“ für juristische Personen, die nicht durchschlage:

> „[…] wenn es eine sachliche Rechtfertigung dafür gibt. Diese Rechtfertigung liegt darin, dass Kartellgeldbußen bei juristischen Personen als Instrument der Corporate Governance anzusehen und damit von der Sanktionierung natürlicher Personen fundamental verschieden sind.“[35]

Die Kartellsanktion bezweckten allein, dem Unternehmen, dessen Rechtspflicht es sei, monetäre oder Reputationsschäden zu minimieren, wirtschaftliche Anreize für Kartellzuwiderhandlungen zu nehmen.[36] Die „Steuerung des Unternehmensverhaltens durch finanzielle Sanktionen den skrupulöseren rechtlichen Maßstäben des Strafprozesses unterwerfen zu wollen“ sei daher wenig überzeugend.[37] Diese Idee beruhe auf einer fehlgeleiteten Analogie der Bestrafung natürlicher Personen, die verkenne, dass es allein auf Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte ankomme. Die Differenzierung setze sich auf prozeduraler Ebene fort, sodass nicht ersichtlich sei, weshalb Unternehmen gegen eine:

> „[…] bilanzielle Delle, die […] eine maximal 10% des Umsatzes betragende Kartellgeldbuße zufügt, das ganze Arsenal des strafprozessualen Rechtsschutzes benötigen.“[38]

---

gerungsrechts aufgrund der „Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit der Ermittlungsbefugnisse“ *Ost*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 4 VO 1/2003, Rn. 29.

[32] An der bloßen Unterschiedlichkeit zwischen natürlichen und juristischen Personen anzuknüpfen, überzeugt in dieser pauschalen Art bereits deshalb nicht, weil auch natürliche Personen „Unternehmen“ i. S. d. Art. 101 AEUV sein können, vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 26.

[33] BVerfGE 35, 348, Rn. 22, in Bezug auf die Kapitalgesellschaft.

[34] *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 22.

[35] *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 21 f.

[36] *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 22.

[37] *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 22.

[38] *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 24.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Unternehmen verzichteten rein wirtschaftspolitisch rational auf das schwerfällige Instrument des Strafprozesses.[39] Strafprozessuale Verfahrensrechte sind demnach nicht anpassungslos auf Unternehmen übertragbar.

B. Stellungnahme

Der allgemeine Legitimationsansatz überzeugt nicht. Faktische Wesensunterschiede natürlicher und juristischer Personen mögen deren verfahrensrechtliche Gleichsetzung wettbewerbspolitisch oder wirtschaftspragmatisch in Zweifel ziehen. Sie ersetzen aber keine individuelle Einzelgrundrechtsprüfung, die den persönlichen und sachlichen Schutzbereich strafrechtlicher Verfahrensrechte für juristische Personen auslegt.[40] Weder die GRCh noch die EMRK enthalten übergreifende Regelungen zur Grundrechtsberechtigungen natürlicher oder juristischer Personen.[41] Es fehlt damit eine gesetzliche Grundlage, um juristischen Personen pauschal Fundamentalgarantien vorzuenthalten. Wenn überhaupt, spräche für eine pauschale Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen, dass die Grundrechtecharta ausdrücklich nur in Hinblick auf den Zugang zu Dokumenten, den Bürgerbeauftragten und das Petitionsrecht (Art. 42–44 GRCh) zwischen natürlichen und juristischen Personen differenziert.[42] Art. 47 und 48 GRCh gelten jedoch dem Grunde nach für „jede Person“ bzw. „jeden Angeklagten“. Die Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen ist folglich für viele strafrechtliche Einzelrechte in der GRCh und der EMRK anerkannt.[43] Sie kann spezifisch aufgrund des Schutzzwecks des Einzelrechts oder der divergierenden grundrechtlichen Gefährdungslage reduziert werden. Nicht überzeugend ist daher etwa, auf den im Vergleich zu natürlichen Personen üblicherweise besseren Zugang zu juristischer Sachkunde oder besseren finanziellen Mitteln zur Verteidigung abzustel-

---

39 *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 24.

40 Vgl. EuGH, U. v. 22.12.2010 – DEB – Rs. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, Rn. 36 ff., in Bezug auf Prozesskostenhilfe nach Art. 47 Abs. 3 GRCh; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Rn. 61.

41 Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Rn. 60.

42 *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck Grundgesetz, Art. 19 GG, Rn. 328, mit weiteren Nachweisen zum Grundrechtekonvent.

43 Etwa die Unschuldsvermutung: *Jarass*, GRCh, Art. 48 GRCh, Rn. 12; *Eser/Kubiciel*, in: Charta der Grundrechte, Art. 48 GRCh, Rn. 13; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 48 GRCh, Rn. 2 und Rn. 5, zur Akteneinsicht, Anwesenheit eines Verteidigers und viele weitere; vgl. zur EMRK und den Einzelgarantien des fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK wie das Recht auf Gehör, Anwesenheit, Waffengleichheit oder Akteneinsicht statt vieler: *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 6; dies erkennt kritisch auch Ackermann an *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 21, der auch insoweit pauschal von einer „der Grundrechtsträgereigenschaft“ spricht, die aber stets grundrechtsspezifisch zu prüfen sei.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

len,[44] die beide gleichsam untauglich sind, grundrechtliche Schutzreduktionen fundamentaler Verfahrensrechte zu rechtfertigen.[45] Unternehmen sind daher nicht pauschal aufgrund der Wesensverschiedenheit zu natürlichen Personen für die Geltung der Grundrechte beweisbelastet. Umgekehrt sind Kartellsanktionen hoheitliche und legitimationsbedürftige Eingriffe in Grundrechtspositionen von Unternehmen. Die Beweislast für die Legitimität der Reduktion verbleibt damit beim Träger hoheitlicher Gewalt. Ob Unternehmen „das ganze Arsenal des strafprozessualen Rechtsschutzes *benötigen*"[46], ist eine verfassungs- und rechtsstaatliche Frage, die nicht von wirtschaftspraktischem Utilitarismus geleitet beantwortet werden kann und darf. Die Wesensverschiedenheit ist daher für sich genommen kein hinreichendes Argument, in verfahrensrechtlicher Hinsicht auf die Legitimation der Reduktion strafrechtlicher Fundamentalgarantien zu verzichten.

C. Zwischenergebnis

Ein allgemeiner Legitimationsansatz, der nur die faktischen Unterschiede zwischen natürlichen und juristischen Personen aufzeigt, reicht nicht hin, um Unternehmen fundamentale strafrechtliche Verfahrensrechte vorzuenthalten. Die Zulässigkeit[47] der Verfahrensrechtereduktion unterstellt, müsste die Legitimationskontrolle – über den bloß faktischen Unterschied der Sanktionsadressaten hinaus – die *unternehmensspezifischen* Rechtsgrundlagen und Begründungen untersuchen, auf denen der sachliche Schutzbereich der Art. 6 EMRK und Art. 47, 48 GRCh reduzierbar ist. Daran fehlt es im Konventions- und Unionsrecht.[48] Möglich bleibt es, die Anwendungsreduktion der einzelnen Verfahrensgarantien der Art. 6 EMRK, Art. 47 und Art. 48 GRCh auf ihre unternehmensspezifische Begründung hin zu untersuchen. Daraus ließen sich ggf. gesamtbetrachtend Rückschlüsse ableiten.

---

44 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 23.

45 Zum einen verkennt dies, dass im Ausnahmefall „Unternehmen" i. S. d. materiellen Wettbewerbsrechts auch Einzelpersonen sein können, denen ein finanzieller und juristischer Vorteil nicht zur Verfügung steht. Zum anderen kann die Rechtsmäßigkeit eines Sanktionsverfahrens nicht von den finanziellen oder juristischen Verteidigungsrechten der Adressaten abhängen. Anpassungen lassen sich insoweit nur über den Abschreckungseffekt der Strafe und damit die Sanktion an sich erreichen.

46 *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 24.

47 Hierfür ließe sich anführen, dass der EGMR bei der Gesamtbetrachtung der Verfahrensfairness die Unternehmereigenschaft berücksichtigt: „Moreover, it is mindful of the fact that as a rule, the financial penalties applicable in this field are not imposed on natural persons but on corporate entities […]", EGMR, U. v. 14.2.2019 – SA-Capital/Finland – Nr. 5556/10, Rn. 78.

48 Weder die EMRK noch die GRCh sehen eine Art. 19 Abs. 3 GG vergleichbare Regelung vor.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 2 Spezifischer Legitimationsansatz

Der spezifische Legitimationsansatz muss die unternehmensbezogene Begründung untersuchen, mit der der Geltungs- und Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte reduziert wird. Hierfür kommen jedoch nicht alle Verfahrensrechte in Betracht. Einige – etwa der Zugang zu einem Gericht, der Öffentlichkeitsgrundsatz, das Akteneinsichtsrecht oder das Konfrontationsrecht – werden nicht im untersuchungsgegenständlichen Kartellvorermittlungsverfahren relevant. Andere werden nicht spezifisch aufgrund der *Unternehmereigenschaft* reduziert.[49] Zum Teil wird allein[50] oder kombiniert auf die nicht im strikten Sinne strafrechtliche Rechtsnatur des Kartellverfahrens abgestellt.[51] Nach hier vertretener Ansicht kann an der Rechtsnatur aber weder allein noch kombiniert zur Legitimation der Verfahrensrechtereduktion angeknüpft werden.[52] Kombiniert man beide Kriterien, lässt sich zudem die unternehmensspezifische Reduktionsbegründung nicht herausarbeiten.[53]

---

[49] Der Zugang zu einem Gericht wird nur in Hinblick auf die im weiteren Sinne strafrechtliche Rechtsnatur auf den nachgelagerten Rechtsschutz reduziert, vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 213 und spielt im Kartellvorermittlungsverfahren keine Rolle; das Akteneinsichtsrecht wird erst nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte gewährleistet, vgl. *ders.*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 226; das so ausgestaltete Konfrontationsrecht wird in Hinblick auf die komplexe Beweisermittlung und die Unzulässigkeit gerechtfertigt, das spätere Urteil fallentscheidend allein auf Zeugen vom Hörensagen zu stützen, *ders.*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 239 f.

[50] Vgl. bereits die vorherige Fn. sowie auch in Hinblick auf Verfahrensgrundsätze EuG, U. v. 8.7.2008 – AC-Treuhand – Rs. T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 113: „[…] der Grundsatz der Gesetzlichkeit der Straftatbestände und Strafen (nullum crimen, nulla poena sine lege), […] nicht unbedingt dieselbe Tragweite haben müssen wie im Fall ihrer Anwendung auf eine Situation, die dem Strafrecht im strikten Sinne unterliegt"; EuG, U. v. 13.7.2011 – Schindler – Rs. T-138/07, ECLI:EU:T:2011:362, Rn. 52 ff., in Hinblick auf das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz; *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 33.

[51] *Engelsing/Schneider*, in: MüKo-EUWettbR, Band 1, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 30 f., die die abgeschwächte Unschuldsvermutung damit begründen, dass Kartellbußen „nicht gegen natürliche Personen" verhängt werden und „Verfahren nach Art. 23 gerade keine Strafprozesse sind".

[52] Vgl. oben unter 2. Teil 4. Kap.

[53] Erneut zeigt sich die dogmatische Unausgereiftheit des Unionssanktionsrechts, auf die bereits in der Einleitung hingewiesen wurde. Es ist gegenwärtig nicht möglich, zu sagen, inwieweit Verfahrensrechte spezifisch aufgrund der Rechtsnatur, der Unternehmereigenschaft oder einer Gesamtbetrachtung beider Reduktionsgrundlagen weniger streng anwendbar sind. Auch wenn man davon ausgeht, dass die Rechtsnatur die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens mit anschließendem gerichtlichen Rechtsschutz legitimiert und darüber hinaus für die Reduktion weiterer Verfahrensrechte verbraucht ist, dürfte die Rechtsnatur an dieser Stelle konsequenterweise keine Erwähnung finden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eine solche findet sich jedoch beim Recht zu schweigen – „nemo tenetur se ipsum accusare" – in seinen Ausprägungen als Aussageverweigerungsrecht und der Mitwirkungsfreiheit.[54] Als kriminalstrafprozessualer Kerngrundsatz des fairen Verfahrens ist das Schweigerecht darüber hinaus im Kartellvorermittlungsverfahren und bei der förmlichen Befragung nach Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003 sowie der Nachprüfung nach Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 besonders relevant. Aus diesen Gründen ist es zielführend, die Untersuchung nachfolgend auf die unternehmensspezifische Begründung für die Reduktion des Schweigerechts im Kartellermittlungsverfahren zu fokussieren. Hierzu soll der Inhalt des nemo tenetur-Grundsatzes für natürliche Personen rekapituliert werden (A.), um sodann die unternehmensspezifischen Legitimationsansätze der Geltungs- und Anwendungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes herauszuarbeiten (B.). Die Rechtsprechung hat in der Literatur aber auch Kritik erfahren (C.).

A. Inhalt des nemo tenetur-Grundsatzes

Der „nemo tenetur se ipsum accusare"-Grundsatz enthält für Beschuldigte das umfassende Recht zu schweigen, mithin die Aussage und Mitwirkung zu verweigern. Obwohl der Grundsatz zum Kernbereich des fairen Verfahrens gezählt wird[55] und als elementares Strukturprinzip des rechtsstaatlichen Verfahrens gilt,[56] ist er ausdrücklich weder in Art. 47 Abs. 2 GRCh oder Art. 48 Abs. 1 GRCh, Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 EMRK noch in der VO Nr. 1/2003 ausdrücklich verankert.[57] Für natürliche Personen ist der Grundsatz lediglich in Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbpR positiviert[58] und wird für diese in ständiger

---

[54] „Niemand ist verpflichtet, sich selbst zu beschuldigen"; dazu ausführlich sogleich, vgl. hier nur EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 46 u. 48: Die Rechtsprechung zur Selbstbelastungsfreiheit natürlicher Personen wird durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Wettbewerbsregeln der Union nicht infrage gestellt. Denn diese Rechtsprechung betrifft Verfahren, „[…] die zur Verhängung von Sanktionen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen führen können. Sie kann bei der Festlegung der Tragweite des Rechts, zu schweigen, von natürlichen Personen, gegen die, wie im Fall von DB, ein Verfahren wegen Insidergeschäften durchgeführt wird, nicht entsprechend angewandt werden."

[55] EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 68; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 241; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 442; *Thanos*, Die Reichweite der Grundrechte, S. 111 ff., m. w. N.

[56] *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 140.

[57] Das in den Vorarbeiten zu Art. 9 Abs. 4 VO Nr. 17/62 konzeptualisierte Aussageverweigerungsrecht wurde vom Rat verworfen, *Thanos*, Die Reichweite der, S. 114, m. w. N.; vgl. für einen Überblick über die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes im Mehrebenensystem: *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 371, m. w. N.

[58] Nach Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbpR darf jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte nicht „gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtsprechung des EuGH und EGMR als ein allgemeiner Grundsatz anerkannt.[59] Beschuldigte natürliche Personen dürfen in strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Verfahren nicht gezwungen werden, sich durch aktive Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten selbst einer rechtswidrigen Tat zu belasten.[60] Sie genießen ein umfassendes *Aussageverweigerungsrecht* und *Mitwirkungsfreiheit* gegenüber Ermittlungsbehörden.[61] Die staatliche Verpflichtung des Beschuldigten, Unterlagen unter Verkürzung des Schweigerechts an die Ermittlungsbehörde zusammenzustellen oder herauszugeben, ist daher mit Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar.[62] Erst recht darf die Mitwirkung nicht durch unmittelbare Gewalt, mittelbaren Druck oder Täuschung behördlich erzwungen werden.[63] Dies betrifft auch die Sanktionsdrohung für den Fall einer Auskunftsverweigerung in einem Verwaltungssanktionsverfahren.[64] Weniger

---

[59] So schon EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 68; EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 38; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig, u. a., Rn. 129, m. w. N.

[60] *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 241.

[61] EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 71; EGMR, U. v. 21.12.2000 – Heaney and McGuinness/Irland – Nr. 34720/97, Rn. 40; EGMR, U. v. 5.11.2002 – Allan/Vereinigtes Königreich – Nr. 48539/99, Rn. 44; EGMR, U. v. 11.7.2006 – Jalloh/Deutschland – Nr. 54810/00, Rn. 102; EGMR, U. v. 14.10.2010 – Brusco/Frankreich – Nr. 1466/07, Rn. 44; *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 129.

[62] EGMR, U. v. 25.2.1993 – Funke/Frankreich – Nr. 10828/84, Rn. 41 ff.; EGMR, U. v. 3.5.2001 – J.B./Schweiz – Nr. 31827/96, Rn. 65 ff., betreffend das unzulässige Herausgabeverlangen von selbstbelastenden Unterlagen; EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 70.

[63] Die Selbstbelastungsfreiheit schützt so auch die staatlichen Ermittlungsbehörden: „Their [*the right to remain silent and the privilege against self-incrimination*] rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities“, zuletzt EGMR, U. v. 13.9.2016 – Ibrahim u. a./Vereinigtes Königreich – Nr. 50541/08 u. a., Rn. 266, m. w. N.; *Zu Druck und Zwang*: EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 68, 70; EGMR, U. v. 21.12.2000 – Heaney and McGuinness/Irland – Nr. 34720/97, Rn. 53 ff.; EGMR, U. v. 11.7.2006 – Jalloh/Deutschland – Nr. 54810/00, Rn. 100 ff.; EGMR U. v. 1.6.2010 – Gäfgen/Deutschland – Nr. 22978/05, Rn. 162-164; EGMR, U. v. 6.6.2020 – Magee/Vereinigtes Königreich – Nr. 28135/95, Rn. 43 ff.; zu *Täuschung* EGMR, U. v. 5.11.2002 – Allan/Vereinigtes Königreich – Nr. 48539/99, der das Einschleusen eines Zellenspitzels betraf, vgl. Rn. 11 ff., Rn. 52 f.

[64] Der genaue Umfang ist aus der Rechtsprechung nicht präzise ableitbar: Im Urteil *Funke* (EGMR, U. v. 25.2.1993 – Funke/Frankreich – Nr. 10828/84) wurde die Anwendbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit auch ohne strafrechtliche Verfolgungsmöglichkeit oder Verfolgungstätigkeit bejaht, Rn. 41 ff.; EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 70 ff.; EGMR, U. v. 3.5.2001 – J.B./Schweiz – Nr. 31827/96, Rn. 44, unter Verweis auf eine offenkundig strafrechtliche Sanktion, vgl. Rn. 48; EGMR, U. v. 21.4.2009 – Marttinen/Finland – Nr. 19235/03, Rn. 65, mit dem Hinweis darauf, dass es einer tatsächlichen Verwendung der selbstbe-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eindeutig sind die Schutzzwecke des nemo tenetur-Grundsatzes. Sie reichen vom Schutz der Willensfreiheit und vor Fehlurteilen sowie des Untersuchungsgrundsatzes, der staatliche Ermittlungsbehörden zwingt, den Nachweis der Schuld ohne die Mitwirkung des Beschuldigten zu erbringen,[65] hin zu prozessualen Ansätzen der effektiven Verteidigung.[66]

Ob der nemo tenetur-Grundsatz im Sinne eines umfassenden Schweigerechts auch für juristische Personen und Unternehmen im unionsrechtlichen Sinne gilt, ist aber umstritten. Der EGMR hat dies bislang nicht ausdrücklich entschieden, der EuGH hat es abgelehnt. Zur Festlegung dessen Tragweite in Sanktionsverfahren gegen Unternehmen dürfe die Rechtsprechung bezüglich natürlicher Personen nicht entsprechend angewandt werden.[67] Bei den hier relevanten förmlichen Auskunftsverlangen nach Art. 18 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 VO 1/2003 sind Unternehmen daher verpflichtet, „alle erforderlichen Auskünfte [zu] erteilen" und müssen bei förmlichen Nachprüfungsanordnungen nach Art. 20 Abs. 4 S. 1 VO 1/2003 über die Duldung der Nachprüfung hinaus angeforderte Unterlagen vollständig herausgeben.[68] Erwägungsgrund Nr. 23 der VO 1/2003 präzisiert, dass Unternehmen nicht gezwungen werden dürfen, eine Zuwiderhandlung einzugestehen, sie aber verpflichtet sind, Fragen zu beantworten und Unterlagen herauszugeben, auch wenn diese Auskünfte zum Beweis der Zuwiderhandlung verwendet werden.[69] Diese mit dem *Orkem*-Urteil begründete Rechtsprechung reduziert den nemo tenetur-Grundsatz damit auf ein – wenig scharf konturiertes – „Geständnisverweigerungsrecht". Die legitimatorische Begründung für die Geltungs- und Anwendungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes sind nachfolgend zu untersuchen.

---

lastenden Beweismittel nicht bedarf; EGMR, U. v. 21.12.2000 – Heaney and McGuinness/Irland – Nr. 34720/97, Rn. 44; vgl. aber die wohl *a. A.* in EGMR, U. v. 8.4.2004 – Weh/Österreich – Nr. 38544/97, Rn. 56, der eine rein entfernte und hypothetische Möglichkeit einer kriminalstrafrechtlichen Verfolgung, ohne hinreichend konkrete Verbindung, nicht genügen lässt; *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 133 f.; nicht erfasst ist damit der Fall, dass – wie im europäischen Kartellverfahren nach überwiegender Auffassung – ein Verwaltungsverfahren selbst bereits die Kriterien des Art. 6 EMRK erfüllt.

[65] *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 422, m. w. N.; vgl. auch EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 68.

[66] *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 140.

[67] Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss zu EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 48.

[68] *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 43; beschuldigte Unternehmen im unionsrechtlichen Sinne und deren Mitarbeiter haben nur bei einfachen – nicht zwingenden – Auskunfts- und Nachprüfungsbeschlüssen nach Art. 18 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 VO 1/2003 ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht, vgl. hierzu bereits oben unter 1. Teil 1. Kap. § 2 B. II. 3. u. 5.

[69] Erwägungsgrund Nr. 23 der Verordnung Nr. 1/2003.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Unternehmensspezifische Legitimationsansätze der Geltungs- und Anwendungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes

Die *Geltungsreduktion* des nemo tenetur-Grundsatzes im Kartellermittlungsverfahren wird nach ständiger Rechtsprechung der Unionsgerichte damit legitimiert, dass der Grundsatz für Unternehmen keine Anwendung fände.[70] Lediglich zur und aus der Wahrung der Verteidigungsrechte wird ein „Geständnisverweigerungsrecht" gewährleistet. Die *Anwendungsreduktion* dieses Verteidigungsrechts ergebe sich daraus, dass ein umfassendes Auskunfts- und Mitwirkungsverweigerungsrecht eine ungerechtfertigte Einschränkung der Kommission bei der Überwachung und Durchsetzung der Wettbewerbsregeln im gemeinsamen Binnenmarkt anzusehen und abzulehnen sei.[71] Die Rechtsprechung der Unionsgerichte soll in Hinblick auf die unternehmensspezifische legitimatorische *Begründung* der Geltungs- und Anwendungsreduktion untersucht werden.

I. Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Geltungs- und Anwendungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren

1. Urteil *Orkem* v. 1989 – keine Verpflichtung zum Eingeständnis von Zuwiderhandlungen

Mit dem *Orkem*-Urteil, das die Frage der Unverhältnismäßigkeit eines Auskunftsverlangens betraf, begründete der EuGH die inzwischen gefestigte Rechtsprechung, wonach der nemo tenetur-Grundsatz für Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren nicht gelte. Der Grund sei, dass die VO Nr. 17/62 Unternehmen nur bestimmte besondere Garantien ausdrücklich anerkenne, zu denen das Recht sich „dem Vollzug dieser Maßnahme mit der Begründung zu entziehen, daß ihr Ergebnis den Beweis für eine von ihm begangene Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln erbringen", nicht gehöre.[72] Die Verordnung verpflichte viel eher zur aktiven Mitwirkung.[73]

---

[70] Vgl. hierzu sogleich ausführlicher; an dieser Stelle zuletzt nur: EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 46, und die dort angegebene Rechtsprechung, vgl. *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 17.

[71] Vgl. *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 100; vgl. auch *Lamberigts*, Corporations, S. 184 f.

[72] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 26 f.

[73] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 27.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Selbstbelastungsfreiheit ergäbe sich auch nicht aus den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, zu denen auch die Grundrechte gehörten.[74] Auch die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gewährten ein Recht zur Verweigerung der Zeugenaussage gegen sich selbst nur beschuldigten natürlichen Personen im Rahmen eines Strafverfahrens, nicht aber juristischen Personen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts.[75] Etwas anderes ergäbe sich auch nicht aus Art. 6 EMRK, auf den sich Unternehmen zwar berufen könnten, der aber weder dem Wortlaut noch der Rechtsprechung des EGMR nach ein Aussageverweigerungsrecht statuiere.[76] GA Darmon meint zudem, Art. 6 EMRK sei lediglich in Verfahren vor einem Gericht und nicht in Verwaltungsverfahren anwendbar.[77] Zuletzt ergäbe sich eine Selbstbelastungsfreiheit für Unternehmen auch nicht aus Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbPR, der sich nur auf gerichtliche Strafverfahren bezöge.[78] Da Unternehmen kein vollständiges Aussageverweigerungsrecht aus dem nemo tenetur-Grundsatz zustünde, sei die Kommission:

> „[…] um der Erhaltung der praktischen Wirksamkeit des Artikels 11 Absätze 2 und 5 der Verordnung Nr. 17 willen berechtigt, das Unternehmen zu verpflichten, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und ihr erforderlichenfalls die in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln, selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen.“[79]

Ein Aussageverweigerungsrecht ergäbe sich aber aus dem Erfordernis der *Rechte der Verteidigung*, die der Gerichtshof als fundamentalen Grundsatz der Gemeinschaftsrechtsordnung ansieht.[80] Wenngleich sich bestimmte Verteidigungsrechte lediglich auf das kontradiktorische Verfahren bezögen, seien andere bereits im Voruntersuchungsverfahren zu berücksichtigen, soweit die Ansprüche andernfalls in nicht wiedergutzumachender Weise beeinträchtigt wären.[81] Über den Hebel des effektiven Schutzes einer Beeinträchtigung der

---

[74] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 28.

[75] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 29.

[76] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 30.

[77] Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 134 ff., m. w. N.

[78] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 31.

[79] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 34; vgl. zuletzt EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 46; vgl. für einen Überblick auf die Rechtsprechungsentwicklung auch die Darstellung in Schlussanträge GA *Pikamäe* v. 27.10.2020 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 89 ff.

[80] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 32 ff.

[81] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387 Rn. 33.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verteidigungsrechte begrenzte der EuGH den Umfang der aktiven Aussage- und Mitwirkungspflicht von Unternehmen gegenüber der Kommission. Den Erhalt der praktischen Wirksamkeit des Auskunftsverlangens und die unzulässige Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte abwägend, folge daraus, die Kommission dürfe:

> „[…] dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegen, Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müßte, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat."[82]

Dieses Abwägungsergebnis ist bis heute in Erwägungsgrund Nr. 23 der VO 1/2003 kodifiziert. Insgesamt ist das Unternehmen damit im Kartellvorermittlungsverfahren verpflichtet, aktiv an der Ermittlung mitzuwirken und selbstbelastende Beweismittel – bis zur Grenze des Eingeständnisses der Zuwiderhandlung – an die Kommission mitzuteilen. Indirekt lässt sich durch die Aussagefreiheit für Eingeständnisse ableiten, dass die Herausgabepflicht von Schriftstücken unbegrenzt gilt, auch wenn diese den Nachweis der Zuwiderhandlung erbringen.[83] Die Abwägungsgründe oder weshalb und anhand welcher Kriterien die Differenzierung zwischen zulässiger aktiver Aussage- und Herausgabepflicht selbstbelastender Beweismittel und einem unzulässigen Zuwiderhandlungseingeständnis möglich sein sollte, lässt sich weder dem Urteil noch den Ausführungen des Generalanwalts entnehmen. In der Entscheidung gelangt der EuGH dennoch „anhand dieser Kriterien" zu dem Ergebnis, dass die Kommission mit ihrem Auskunftsverlangen in Bezug auf dem Zweck der Preiserhöhung, Verkaufsquoten und -zielen oder deren Kontrollmethoden das Unternehmen unzulässig verpflichtet hat, die Zuwiderhandlung einzugestehen.[84] Der Gerichtshof und das Gericht erster Instanz haben die *Orkem*-Judikatur zum nemo tenetur-Grundsatz in den folgenden Jahren immer wieder bestätigt und weiter präzisiert.[85]

---

[82] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387 Rn. 35.

[83] So *Thanos*, Die Reichweite, S. 119, jedoch ohne, dass sich dies ausdrücklich aus dem Urteil ergeben würde. In späteren Urteilen wird diese Ansicht jedoch ebenfalls vertreten, vgl. EuG, U. v. 20.4.1999 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. T-306/94 u. a., ECLI:EU:T:1999:80, Rn. 446.

[84] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 38 ff.

[85] Vgl. EuGH, U. v. 10.11.1993 – Otto BV – Rs. C-60/92, ECLI:EU:C:1993:876, Rn. 10 ff., die jedoch die Geltung der Selbstbelastungsfreiheit im Zivilprozess betraf und damit hier nicht von Relevanz ist, vgl. hierzu ausführlich auch *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 485 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Urteil *Société Générale* v. 1995 – Auskunftspflicht über tatsächliche Angaben

Das EuG griff im *Société Générale*-Urteil die *Orkem*-Entscheidung auf. Das Schweigerecht für Unternehmen wurde im Voruntersuchungsverfahren – ohne weitergehende Begründung – abgelehnt.[86] Dies überrascht, da der EGMR 1993 im *Funke*-Urteil das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten – anders als in *Orkem* angenommen – inzwischen aus Art. 6 Abs. 1 EMRK hergeleitet hat.[87] Zwar erging das Urteil in Bezug auf eine natürliche Person; eine Auseinandersetzung mit dem Urteil und der Frage, inwieweit dies die Grundlage der *Orkem*-Entscheidung und damit die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen verändert, findet indes nicht statt. Die Wahrung der Verteidigungsrechte verbietet weiterhin lediglich deren nicht wiedergutzumachende Beeinträchtigung, die Zuwiderhandlung durch einen Zwang einzugestehen.[88]

Anders als im *Orkem*-Urteil wies das Gericht die Rüge der Klägerin zurück, das Auskunftsverlangen enthalte faktisch einen solchen Eingeständniszwang und verletze daher die Verteidigungsrechte.[89] Grund dafür sei, dass die geforderten Antworten „rein tatsächlicher Art“ seien. Eine Definition der „rein tatsächlichen Auskünfte“ enthält das Urteil nicht. Auch fehlen dogmatische Begründungen, weshalb diese generell keinen Eingeständniszwang enthalten und wie man diese von unzulässigen Antworten differenziert. Bedenklicher erscheint, dass die Einhaltung der Verfahrensrechte *ex-post* mit den faktisch gegebenen Antworten der Klägerin legitimiert wird:

> „[…] bleiben die geforderten Antworten rein tatsächlicher Art. […] Die Richtigkeit dieser Feststellung wird durch die Antworten der Klägerin auf den dem Auskunftsverlangen beigefügten Fragebogen bestätigt, die nur aus tatsächlichen Angaben bestehen und keine Selbstbeschuldigung enthalten.“[90]

Anders formuliert, sind die Fragen rein tatsächlicher Art und damit zulässig, weil das Unternehmen nur tatsächliche und damit nicht selbstbeschuldigende Antworten gab. Ein solches Rechtsschutzverständnis verkennt, dass Nichtigkeitsklagen vor den Unionsgerichten nach Art. 263 Abs. 1 AEUV gegen potenziell ein Eingeständnis verlangendes Auskunftsverlangen der Kom-

---

[86] EuG, U. v. 8.3.1995 – Société Générale – Rs. T-34/93, ECLI:EU:T:1995:46, Rn. 72.

[87] Vgl. EGMR, U. v. 25.2.1993 – Funke/Frankreich – Nr. 10828/84, Rn. 44.

[88] EuG, U. v. 8.3.1995 – Société Générale – Rs. T-34/93, ECLI:EU:T:1995:46, Rn. 72 ff.

[89] EuG, U. v. 8.3.1995 – Société Générale – Rs. T-34/93, ECLI:EU:T:1995:46, Rn. 74 ff.

[90] EuG, U. v. 8.3.1995 – Société Générale – Rs. T-34/93, ECLI:EU:T:1995:46, Rn. 75 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mission nach Art. 278 AEUV keine aufschiebende Wirkung haben.[91] Die Kläger sind daher nach Art. 23 Abs. 1 lit. b VO 1/2003 bußgeldbewehrt verpflichtet, auch solche ggf. unzulässige Fragen zu beantworten. Ohne klare Abgrenzungskriterien die Rechtmäßigkeit der Frage im Nachhinein anhand der getätigten Antworten zu prüfen, lässt Unternehmen ohne rechtliche Leitplanken und effektiven Rechtsschutz zurück, der nur über Beweisverbote erhalten werden kann. Die Möglichkeit nach Art. 4 Abs. 2 lit. b der „best-practice"-Leitlinien, dem Anhörungsbeauftragten unter Verweis auf die Selbstbelastungsfreiheit eine Frage des Auskunftsverlangens der Kommission vorzulegen, besteht ausweislich des Wortlauts und des systematischen Vergleichs zu Art. 4 Abs. 2 lit. c der Leitlinien lediglich für *einfache* Auskunftsverlangen nach Art. 18 Abs. 2 VO 1/2003.[92]

3. Urteil „PVC" v. 1999 – kein uneingeschränktes Aussageverweigerungsrecht

Erst zehn Jahre später, im *Limburgse Vinyl Maatschappij-Urteil* kurz „PVC"-Urteil (für Polyvinylchlorid), führte das EuG Abwägungsgründe für die reduzierte Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes an.[93] In Ermangelung eines in der Verordnung Nr. 17/62 „ausdrücklich verankerten Rechts zur Verweigerung der Aussage" bilden das *Orkem*-Urteil und die „Wahrung der Verteidigungsrechte" den etablierten dogmatischen Ausgangspunkt hierfür.[94] Erneut unterbleibt eine Auseinandersetzung mit der *Funke*-Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK und deren Auswirkungen auf die *Orkem*-Entscheidung. Dabei mahnen die Klägerinnen diesmal – neben Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbpR – sogar ausdrücklich die Geltung eines Aussageverweigerungsrechts nach Art. 6 EMRK sowie die Berücksichtigung der *Funke*- und der inzwischen ergangenen *Saunders*-Rechtsprechung des EGMR zur Selbstbelastungsfreiheit an, die „nicht außer Acht" gelassen werden dürfe.[95] Im *Saunders*-Urteil leitet der EGMR den nemo tenetur-Grundsatz – „obwohl nicht

[91] Vgl. *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 487.

[92] Beschluss des Präsidenten der Europäischen Kommission über Funktion und Mandat des Anhörungsbeauftragten in bestimmten Wettbewerbsverfahren v. 13.10. 2011, Abs. L 275/29.

[93] EuG, U. v. 20.4.1999 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. T-306/94 u. a., ECLI:EU:C:1999:80, Rn. 448.

[94] EuG, U. v. 20.4.1999 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. T-306/94 u. a., ECLI:EU:C:1999:80, Rn. 445.

[95] EuG, U. v. 20.4.1999 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. T-306/94 u. a., ECLI:EU:C:1999:80, Rn. 429, unter Verweis auf EGMR, U. v. 25.2.1993 – Funke/Frankreich – Nr. 10828/84, Rn. 44; EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 69, 71, 76.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

speziell genannt" – nicht nur erneut aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ab. Er lehnt gleichsam das Argument der Regierung ab, dass kein Verstoß vorläge, weil „keine der Aussagen tatsächlich selbstbelastend" waren.[96] Das stellt das *Société Générale*-Urteil infrage. Zudem werden „reine Informationen über Sachfragen" nicht aus dem Anwendungsbereich der Selbstbelastungsfreiheit genommen:

> „In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 (art. 6), the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating. Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature – such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact – may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case […]."[97]

Obwohl sich damit die Grundlagen der *Orkem*-Entscheidung geändert zu haben scheinen, schweigt das EuG dazu, ob und wie sich diese Rechtsprechung – die gegenüber natürlichen Personen erging – auf die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber Unternehmen auswirkt. Es hält an der Wahrung der Verteidigungsrechte als einziger dogmatischen Grundlage eines Aussageverweigerungsrechts fest, ohne dies dogmatisch zu präzisieren. In Hinblick auf dessen Geltungsumfang betont das EuG die Bedeutung der Kommission, durch Ermittlungsbefugnisse die Einhaltung der Wettbewerbsregeln im Binnenmarkt zu garantieren.[98] Vor diesem Hintergrund ginge:

> „Die Anerkennung eines Rechts auf uneingeschränkte Aussageverweigerung, […] über das hinaus, was für die Wahrung der Rechte der Verteidigung der Unternehmen erforderlich ist, und wäre eine nicht gerechtfertigte Behinderung der Kommission bei der Erfüllung der […] Aufgabe, über die Einhaltung der Wettbewerbsregeln im Gemeinsamen Markt zu wachen. Die Unternehmen haben sowohl bei ihren Antworten auf die Auskunftsverlangen als auch anschließend im Verwaltungsverfahren, wenn die Kommission die Eröffnung eines solchen gegebenenfalls beschließt, in jeder Hinsicht Gelegenheit, sich insbesondere zu den Schriftstücken, die sie vorlegen mußten, oder zu ihren Antworten auf Auskunftsverlangen der Kommission zu äußern."[99]

Zum einen kam es auf den Geltungsumfang des Aussageverweigerungsrechts hier nicht an, weil es sich um einfache Auskunftsverlangen handelte

---

[96] EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 70 f. „the Government have emphasised, before the Court, that nothing said by the applicant in the course of the interviews was self-incriminating."

[97] EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 71.

[98] EuG, U. v. 20.4.1999 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. T-306/94 u. a., ECLI:EU:C:1999:80, Rn. 443.

[99] EuG, U. v. 20.4.1999 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. T-306/94 u. a., ECLI:EU:C:1999:80, Rn. 448.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und keine bußgeldbewehrte Aussagepflicht bestand.[100] Zum anderen wird der Abwägungsprozess zur Schaffung praktischer Konkordanz zwischen der Wahrung der Verteidigungsrechte und dem „Erhalt der praktischen Wirksamkeit" nicht offengelegt. Die Ausführungen präzisieren das Kriterium aus dem *Orkem*-Urteil daher nicht und gestalten die Grenzen des Aussageverweigerungsrechts kaum nachvollziehbarer.[101] Unklar bleibt etwa, weshalb die Verteidigungsrechte stets auf das erforderliche Minimum beschränkt werden oder warum gerade *Orkem* – vor dem Hintergrund der EGMR-Rechtsprechung – das punktgenau zulässige Mindestmaß darstellt. Artikel 27 Abs. 2 VO 1/2003 spricht immerhin davon, dass die Verteidigungsrechte der Parteien in vollem Umfang gewahrt werden müssen. Empirische und unternehmensspezifische Begründungen oder Nachweise, dass die Gewährung eines umfassenden oder nur erweiterten Schweigerechts tatsächlich zu einer bzw. einer belangvollen Behinderung der Kommission bei der Erfüllung ihrer Aufgaben führt, fehlen. Unklar ist auch, wie die spätere Gelegenheit zur Äußerung im Gerichtsverfahren verhindern soll, dass ein Recht im Voruntersuchungsverfahren in *nicht wiedergutzumachender* Weise[102] verletzt wird, was als Argument zirkulär und offenkundig wenig durchdacht erscheint. Es erscheint jedenfalls fraglich, inwieweit es den sich zuvor selbstbelastenden Unternehmen im späteren Gerichtsverfahren gelingen soll, sich argumentativ gegen die selbst vorgebrachten Beweismittel effektiv zu verteidigen.

4. Urteil *Mannesmannröhren-Werke* v. 2001 – gleichwertiges Schutzniveau

Im *Mannesmannröhren*-Urteil rügte die Klägerin eine Verletzung ihrer Verteidigungsrechte aufgrund eines erzwungenen – bußgeldbewährten – Auskunftsverlangens über unzulässige Fragen.[103] Erneut wird ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK gerügt.[104] Die in der EMRK gewährleisteten Grundrechte seien als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen.[105] Art. 6 Abs. 1 EMRK sei für „jedermann", also natürliche und juristische Per-

---

100 EuG, U. v. 20.4.1999 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. T-306/94 u. a., ECLI:EU:C:1999:80, Rn. 452, 455. Unter der VO 17/62 war ein vorheriges einfaches Auskunftsverlangen notwendig.

101 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 488.

102 Eben dies ist jedoch die relevante Fallgruppe, vgl. EuG, U. v. 20.4.1999 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. T-306/94 u. a., ECLI:EU:C:1999:80, Rn. 446.

103 EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 22 ff.

104 EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 33.

105 EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 41 ff., mit den Einzelgründen für die Anwendbarkeit.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sonen anwendbar und enthalte einen deutlich über die im *Orkem*-Urteil anerkannten Grundsätze hinausgehenden Schutz in Sanktionsverfahren, die eine „strafrechtliche Anklage" beträfen wie das europäische Kartellermittlungsverfahren.[106] Aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ergäbe sich damit das Recht, „jegliche aktive Handlung" zu verweigern, „mit der sie sich im Ermittlungsverfahren unmittelbar selbst belasten müsste".[107] Dies entspricht einem vollständigen Aussageverweigerungsrecht für Unternehmen. Dem könne die Kommission nicht behauptend entgegenhalten:

> „[…] ihre Fähigkeit zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben und die Umsetzung des gesamten Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft hingen davon ab, ob sie die von einem Verfahren betroffenen Unternehmen zu einer Selbstbezichtigung zwingen dürfe oder nicht."[108]

Das EuG bestätigt zunächst die bisherige Judikatur.[109] Es gäbe kein absolutes Auskunftsverweigerungsrecht,[110] da die Verordnung ein solches Recht nicht ausdrücklich anerkenne, sondern Unternehmen aktiv zur Mitwirkung verpflichte.[111] Eine unternehmensspezifische Begründung erfolgt nicht. Dem Einwand der Konventionswidrigkeit wird entgegengehalten, dass die EMRK nicht unmittelbar gelte, sondern ihr nur besondere Bedeutung bei der Bestimmung der Grundrechte als allgemeinen Rechtsgrundsätze zukomme.[112] Eine Neubewertung der *Orkem*-Rechtsprechung findet nicht statt. Ein Aussageverweigerungsrecht ergibt sich damit weiterhin nur aus der Beschränkung der Untersuchungsbefugnisse der Kommission aufgrund der Wahrung der Verteidigungsrechte. Deren Anwendungsumfang verbiete die Anerkennung eines absoluten Auskunftsverweigerungsrechts, das über das hinausginge, was zur Erhaltung der Verteidigungsrechte der Unternehmen erforderlich sei und zu einer ungerechtfertigten Behinderung der Kommission führen würde.[113] Das Gericht war jedoch aufgerufen, die konkreten Einzelfragen der Kommission

---

[106] EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 33 ff.

[107] EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 39.

[108] EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 44.

[109] EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 62 ff.

[110] EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 66.

[111] EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 62.

[112] EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 59 f.

[113] EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 66.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zu den „Zusammenkünften zwischen den Herstellern“ zu überprüfen, welche die Klägerin nur teilweise beantwortete.[114] Zulässig seien demnach Fragen nach dem Ort der Zusammenkünfte, den teilnehmenden Unternehmen und Personen, die die Unternehmen vertreten, Reisedokumenten, sämtlichen Einladungen, Tagesordnungspunkten, Protokollen, interne Vermerken, Berichten und allen anderen Unterlagen, die sich im Besitz des Unternehmens oder der Angestellten befänden und die Zusammenkunft beträfen.[115] Unzulässig sei hingegen die Frage, welche Themen bei der Zusammenkunft besprochen wurden.[116]

In Ermangelung dogmatischer Abgrenzungskriterien fällt es dem Gericht sichtlich schwer, die im *Orkem*-Urteil aufgestellte Unterscheidungsprämisse zwischen vorhandenen *Tatsachenangaben* und *Eingeständnissen* rechtspraktische Geltung zu verleihen.[117] Die Entscheidung, ob und wann die Frage nach Details zu Treffen, Teilnehmenden oder Tagesordnungspunkten bereits tatsächlich vorhanden sind, ist damit kaum zwingend.[118] Unmittelbare Konkretisierungsvergleiche mit der EMRK oder der im Dezember 2000 proklamierten Grundrechtecharta lässt das Gericht nicht zu.[119] Dennoch böte der so verstandene unionsrechtliche Grundrechtsschutz durch die Wahrung der Verteidigungsrechte jedermann Anspruch auf einen fairen Prozess und im Wettbewerbsrecht einem dem Art. 6 EMRK *gleichwertigen* Schutz.[120] Das EuG setzt sich aber nicht mit der Rechtsprechung des EGMR zum nemo tenetur-Grundsatz nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auseinander. Es bleibt daher unklar, ob die „Wahrung der Verteidigungsrechte“ einen gleichwertigen Schutz gegenüber Unternehmen im Verwaltungsverfahren gewährleisten. Zu einer Präzisierung der dogmatischen Grundlagen der Geltungsreduktion der Selbstbelastungsfreiheit trägt das Urteil nicht bei.

---

114 EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 6, mit den Einzelfragen.

115 EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 6, 70.

116 EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 71.

117 EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 67 ff.; so auch *Barthelmeß/Rudolf*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 18 VerfVO, Rn. 43; *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Bacher/Hempel/Wagner-von Papp BeckOK Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 33.

118 Vgl. auch *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 489.

119 EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 76 f.

120 EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 77.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

5. Urteil „PVC“ v. 2002 – Gleichstellungs- und Zwangselement

Im Rechtsmittelverfahren *Limburgse Vinyl Maatschappij* gegen das *PVC*-Urteil des EuG hat der EuGH erneut zur Selbstbelastungsfreiheit judiziert.[121] Die Klägerinnen rügten, das Gericht habe verkannt, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK nach der *Funke*- und *Saunders*-Rechtsprechung des EGMR das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten, etabliert habe.[122] Unternehmen dürften danach nicht gezwungen werden, sei es durch die Beantwortung von Fragen oder die Herausgabe von Schriftstücken, Beweise für ihre Zuwiderhandlung zu liefern.[123]

In Hinblick auf die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes im Kartellvorermittlungsverfahren führt der EuGH aus, das EuG habe sich *nicht* den Ausführungen im *Orkem*-Urteil angeschlossen, wonach Art. 6 EMRK weder dem Wortlaut noch der Rechtsprechung des EGMR nach ein Recht zuerkennt nicht gegen sich selbst als Zeuge auszusagen.[124] Obschon der EuGH die *Orkem*-Rechtsprechung damit wohl insoweit für unhaltbar hält und konzediert, dass durch die genannten Urteile des EGMR:

> „[…] unstreitig […] neue Entwicklungen eingetreten sind“[125]

unterbleibt eine Prüfung, ob sich damit aus Art. 6 Abs. 1 EMRK Folgen für die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes im Kartellvorermittlungsverfahren ergeben. Auch welche Entwicklungen dies sind und weshalb diese Rechtsprechung bei der Auslegung des Unionsrechts Geltung beansprucht, lässt der EuGH offen. Er stellt sogleich auf die Herleitung aus den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts ab. Danach habe das Gericht mit dem *Orkem*-Urteil:

> „[…] das Recht eines Unternehmens anerkannt, von der Kommission im Rahmen von Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 nicht gezwungen zu werden, seine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung zuzugeben.“[126]

---

121 EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P u. a.; ECLI:EU:C:2002: 582, Rn. 258 f.

122 EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P u. a.; ECLI:EU:C:2002: 582, Rn. 259.

123 EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P u. a.; ECLI:EU:C:2002: 582, Rn. 259 ff.

124 EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P u. a.; ECLI:EU:C:2002: 582, Rn. 271.

125 EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P u. a.; ECLI:EU:C:2002: 582, Rn. 274.

126 EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P u. a.; ECLI:EU:C:2002: 582, Rn. 273.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Überraschend und ohne weitere Begründung stellt der EuGH aber in Hinblick auf den Geltungsumfang einer Auskunftsverweigerung – neu und abweichend von der *Orkem*-Entscheidung – nicht auf das Eingeständnis einer Zuwiderhandlung ab. Er erweitert das Aussageverweigerungsrecht nuanciert auf Antworten des Adressaten, die „tatsächlich dem Eingeständnis einer Zuwiderhandlung gleichkäme, so dass die Verteidigungsrechte beeinträchtigt würden“[127]. Wann eine Aussage dogmatisch einem Eingeständnis *gleichkommt*, bleibt unklar.

Beide Entwicklungen bewirken keine ersichtlichen Konsequenzen für die Geltung oder den Umfang des Auskunftsverweigerungsrechts, da der EuGH das *Zwangselement* als eine wesentliche Voraussetzung eines Aussageverweigerungsrechts einführt:

> „Das Urteil Orkem/Kommission und die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte stimmen jedoch darin überein, dass auf den Verdächtigen Zwang ausgeübt worden sein muss, um von ihm bestimmte Informationen zu erlangen, und dass geprüft werden muss, ob das Recht, um das es in diesen Entscheidungen geht, tatsächlich beeinträchtigt wurde.“[128]

Auch eine Konkretisierung des Zwangselements findet sich nicht. Schubert leitet hieraus dennoch ab, dass der EuGH die Herleitung des nemo tenetur-Grundsatzes aus Art. 6 Abs. 1 EMRK nunmehr gutheißt und über das rein formale Eingeständnis der Zuwiderhandlung Antworten auf Tatsachen vom Aussageweigerungsrecht umfasst sind, aus denen sich unmittelbar eine Zuwiderhandlung ergibt.[129] Dass die EGMR-Urteile *Funke* und *Saunders* gegen natürliche Personen erging, findet hingegen keine Berücksichtigung. Nur indirekt unterscheidet der EuGH zwischen einfachen und förmlichen Auskunftsentscheidung. Dies deckt sich mit den oben gemachten Feststellungen, dass lediglich förmliche Auskunftsentscheidungen durch ihr Zwangselement einen Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit darstellen können. Dennoch liegt die Darlegungs- und Beweislast über den Zwang beim Unternehmen. Beidem seien die Klägerinnen nicht nachgekommen, da sie versäumen darzulegen, welche selbstbelastenden Antworten nur unter Zwang im Rahmen einer förmlichen Auskunftsentscheidung an die Kommission übermittelt und wie diese Antworten im Rahmen der Beweiswürdigung des EuG erstinstanzlich verwer-

---

[127] EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P u. a.; ECLI:EU:C:2002: 582, Rn. 273.

[128] EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P u. a., ECLI:EU:C:2002: 582, Rn. 275; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 495 f.; *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 202 f.

[129] Dies nur vermutend: *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 496; vgl. auch *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 202.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tet wurden.[130] Eine weitergehende Prüfung des EuGH werde folglich durch die Rechtsmittelführer verunmöglicht.[131] Insgesamt bleibt für den Rechtsanwender ein inkonsistentes Bild zum Geltungsumfang der Selbstbelastungsfreiheit zurück, die in der Begründungsarmut der durch den EuGH aufgestellten Kriterien begründet liegt.

6. Urteil *Tokai Carbon* v. 2004 – keine Rechtsprechungsanpassung

Auch in der Entscheidung *Tokai Carbon* bestätigt das EuG den Verdacht, dass keine wirkliche Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR stattfindet.[132] Nach der Ablehnung eines absoluten Auskunftsverweigerungsrechts, das über die Wahrung der erforderlichen Verteidigungsrechte hinausginge, konstatiert das EuG immerhin, dass seit den Urteilen *Orkem* und *Mannesmannröhren* „neue Entwicklungen" eingetreten seien.[133] Da der Gerichtshof im Urteil im *PVC*-Urteil daraufhin keine Änderung der Rechtsprechung vorgenommen habe, sieht das EuG keine Notwendigkeit, eine neuerliche Prüfung vorzunehmen.[134] Letztlich sei eine Verletzung der Verteidigungsrechte und des Anspruchs auf ein faires Verfahren ausgeschlossen, weil im Wettbewerbsrecht ein dem Art. 6 EMRK gleichwertiger Schutz bestünde. Dies schließt das EuG aus dem Umstand, dass der Adressat eines Auskunftsverlangens – in Hinblick auf das rechtliche Gehör – später im gerichtlichen Verfahren beweisen könne, dass die gemachten Antworten eine andere Bedeutung hätten.[135] Damit bestätigt das EuG die bisherige Rechtsprechungslinie, ohne neue Begründungsakzente zu setzen.

---

130 EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P u. a., ECLI:EU:C:2002: 582, Rn. 279.

131 EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. C-238/99 P u. a., ECLI:EU:C:2002:582, Rn. 290.

132 EuG, U. v. 29.4.2004 – Tokai Carbon u. a. – Rs. T-236/01 u. a., ECLI:EU:T:2004: 118, Rn. 402 ff.

133 EuG, U. v. 29.4.2004 – Tokai Carbon u. a. – Rs. T-236/01 u. a., ECLI:EU:T:2004: 118, Rn. 405.

134 EuG, U. v. 29.4.2004 – Tokai Carbon u. a. – Rs. T-236/01 u. a., ECLI:EU:T:2004: 118, Rn. 405.

135 EuG, U. v. 29.4.2004 – Tokai Carbon u. a. – Rs. T-236/01 u. a., ECLI:EU:T:2004: 118, Rn. 406.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

7. Urteil *DB/Consob* v. 2021 – ungleiches Schutzniveau für natürliche und juristische Personen

Zuletzt hat der EuGH das Verhältnis der Selbstbelastungsfreiheit für natürliche und juristische Personen im *DB/Consob*-Urteil präzisiert.[136] Aufgrund seiner Komplexität soll der Sachverhalt vor der rechtlichen Würdigung des Gerichtshofs dargestellt werden.

a) Sachverhalt

Die italienische Wettbewerbsbehörde (Consob) führte Ermittlungen gegen „DB" – eine natürliche Person – wegen des Verdachts auf Insidergeschäfte nach Art. 14 der VO 596/2014. Nach Art. 14 Abs. 3 RL 2003/6 bzw. Art. 30 Abs. 1 lit. b VO 596/2014 mussten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die zuständigen Behörden bei der Verweigerung der Ermittlungszusammenarbeit über angemessene verwaltungsrechtliche Sanktionen verfügen. Die Umsetzungsvorschrift Art. 187quindecies Abs. 1 und Abs. 1bis des sog. italienischen Einheitstextes sah vor, dass jeder bestraft wird, „der nicht fristgemäß den Anfragen der Consob entspricht und nicht mit diesen Behörden zum Zweck der Erfüllung ihrer jeweiligen Aufsichtsfunktionen zusammenarbeitet oder die Ausübung derselben verzögert".[137] Für den Fall der Zuwiderhandlung einer natürlichen Person war eine Verwaltungsgeldbuße von 10.000 Euro bis fünf Millionen Euro vorgesehen. DB weigerte sich, unter Verletzung seiner Mitwirkungspflichten an ihn gerichtete Fragen zu beantworten und folgte Ladungen der Consob nicht. DB wurde daraufhin nach Art. 187 Abs. 1bis des italienischen Einheitstextes u. a. mit einer Geldbuße i. H. v. 50.000 Euro belegt, wogegen DB Einspruch erhob.[138]

Der italienische Verfassungsgerichtshof (Corte suprema di cassazione) hatte u. a. Zweifel an der Vereinbarkeit der italienischen Umsetzungsvorschrift Art. 187quindecies mit dem Unionsrecht.[139] Das in Art. 6 EMRK anerkannte Recht zu schweigen könnte einer bußgeldbewährten Selbstbelastungs- und Mitwirkungspflicht in strafrechtsähnlichen Verwaltungsverfahren entgegenstehen. Der EuGH sei aber bislang nicht darauf eingegangen:

---

[136] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 1; vgl. für einen Überblick *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 100 f.

[137] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 13.

[138] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 15, 17.

[139] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 19.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] ob Art. 47 und 48 GRCh im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 EMRK vorschrieben, das Recht, zu schweigen, im Rahmen von Verwaltungsverfahren anzuerkennen, die zur Verhängung von Sanktionen strafrechtlicher Natur führen könnten."[140]

Der Verfassungsgerichtshof legte dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsersuchens daher die Frage vor, ob die Art. 14 Abs. 3 RL 2003/6 bzw. Art. 30 Abs. 1 lit. b VO 596/2014 dahin gehend auszulegen seien, dass es den Mitgliedstaaten gestattet sei, eine natürliche Person, die sich weigert, auf Fragen der zuständigen Behörde zu antworten, aus denen sich ihre Verantwortlichkeit für eine mit Verwaltungssanktionen „strafrechtlicher" Natur bewehrte Zuwiderhandlung ergeben kann, nicht mit einer Sanktion zu belegen. Der EuGH hat dies bejaht.

b) Rechtliche Würdigung des Gerichtshofs

Der Gerichtshof leitet die Selbstbelastungsfreiheit für natürliche Personen ausdrücklich aus einer Gesamtschau der Art. 47 Abs. 2 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 48 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK ab, die nach den Erläuterungen der Charta einen sich hinsichtlich ihrer Bedeutung und Tragweite entsprechenden Schutzbereich bildeten.[141] Die formell nicht als Teil des Unionsrecht geltende EMRK fände als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts nach Art. 6 Abs. 3 EUV sowie der Homogenitätsklausel des Art. 52 Abs. 3 GRCh bei der Auslegung der Grundrechtecharta Anwendung. Die Rechtsprechung des EGMR sei als Mindestschutzstandard materiell zu berücksichtigen.[142] Dieser habe ein Schweigerecht des „Angeklagten" anerkannt, das vor missbräuchlichem Zwang der Behörden bewahren und Justizirrtümer vermeiden solle. Die Anklage solle ihre Argumentation ohne Rückgriff auf Beweise untermauern, die durch Zwang, Druck oder Missachtung des Willens des Angeklagten erlangt wurden.[143]

Der EuGH bekennt sich damit erstmals ausdrücklich zur Herleitung des nemo tenetur-Grundsatzes für natürliche Personen aus der Grundrechtecharta und der EMRK und stellt sich – wie im *PVC*-Urteil angedeutet – gegen die gegensätzliche Behauptung in *Orkem*. Ob diese Herleitung des nemo tenetur-Grundsatzes auch für Unternehmen im Kartellermittlungsverfahren gilt, blieb

[140] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 26.

[141] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 36 f., 46.

[142] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 37.

[143] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 38 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

im Urteil selbst offen. Die Frage, ob dies geboten ist, weil die Schutzzwecke wie *Zwang*, *Justizirrtumsvermeidung*, *Druck* oder die *Missachtung des Willens des Angeklagten* auch Unternehmen gegenüber gelten, war nicht unmittelbar Gegenstand des Verfahrens.

GA *Pikamäe* verneinte dies jedoch in den Schlussanträgen. Aus der „Art und Weise", in der der EGMR das Aussageverweigerungsrecht erläutert habe, ergäbe sich „sehr deutlich", dass die Schutzzwecke sich auf den „Willen des Angeklagten" bezögen.[144] Es sei der Telos, den „Respekt vor der Person und ihrer Entschlussfreiheit durch die Verhinderung der Ausübung behördlichen Zwangs auf die Willensfreiheit" in den Mittelpunkt der Zielsetzung des Auskunftsverweigerungsrechts zu setzen.[145] GA Pikamäe schlussfolgert daraus, dass der EGMR das Auskunftsverweigerungsrecht als „Bestandteil der Menschenwürde" verstehe, das aus diesem Grund nicht ohne Weiteres auf juristische Personen übertragen werden könne.[146]

In Hinblick auf die Tragweite des nemo tenetur-Grundsatzes für natürliche Personen liegt nach dem EuGH jedenfalls eine Verletzung vor:

> „[…] wenn ein Verdächtiger, dem bei einer Aussageverweigerung Sanktionen drohen, entweder aussagt oder wegen seiner Weigerung bestraft wird."[147]

Das Schweigerecht könne zudem:

> „[…] bei vernünftiger Betrachtung nicht auf Eingeständnisse von Fehlverhalten oder auf Bemerkungen, die unmittelbar die befragte Person belasten, beschränkt werden, sondern erstreckt sich auch auf Informationen über Tatsachenfragen, die später zur Untermauerung der Anklage verwendet werden und sich damit auf die Verurteilung dieser Person oder die gegen sie verhängte Sanktion auswirken können."[148]

Diese Grundsätze seien auch in Verwaltungsverfahren zur Verhängung von Verwaltungssanktionen strafrechtlicher Natur anwendbar, die nach den auf das Unionsrecht übertragenen Engel-Kriterien des EGMR über die Anwendung strafprozessualer Verfahrensrechte entscheiden.[149] Materiellrechtlich

---

[144] Schlussanträge GA Pikamäe – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 97 f.

[145] Schlussanträge GA Pikamäe – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 99.

[146] Schlussanträge GA Pikamäe – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 99.

[147] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 39, unter Verweis auf: EGMR, U. v. 13.9.2016 – Ibrahim u. a./Vereinigtes Königreich – Nr. 50541/08 u. a., Rn. 267.

[148] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 40.

[149] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 42, m. w. N.; vgl. hierzu ausführlich schon oben unter: 2. Teil 2. Kap. § 2 A. II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werde die Kooperationsverweigerung allerdings nicht umfänglich gewährleistet. So sind auch natürliche Personen verpflichtet:

> „[…] zu einer von ihnen [den zuständigen Behörden, Erläuterung d. Verf.] anberaumten Anhörung zu erscheinen", und sind nicht berechtigt, „[…] die Durchführung der Anhörung zu verzögern."[150]

Es findet jedoch keine qualitativ-inhaltliche Reduktion des Schweigerechts statt. Anders als bei der Herleitung des nemo tenetur-Grundsatzes macht der EuGH – aus Klarstellungsgründen – Ausführungen zur Übertragbarkeit des so abgesteckten Schweigerechts auf Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren. Danach könnten Unternehmen zum Nachweis einer Wettbewerbsverletzung verpflichtet werden, alle erforderlichen Auskünfte über Tatsachen zu erteilen und Schriftstücke zu übermitteln, selbst wenn diese verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten u. a. dieses Unternehmens zu erbringen.[151] Der Vergleich erfolgt hier aber unter umgekehrten Vorzeichen, da die Kommission und die italienische Regierung argumentiert hatten, dass das Auskunftsverweigerungsrecht für natürliche Personen auf denjenigen Verfahrensstand abgesenkt werden soll, das gegenüber Unternehmen besteht.[152] Hier geht es aber umgekehrt um die Frage, ob der Standard für natürliche Personen auf Unternehmen übertragbar ist. Insoweit betont der EuGH, dass die Rechtsprechung zum Auskunftsverweigerungsrecht im Wettbewerbsrecht aus zweierlei Gründen unbeachtlich sei.[153] Zum einen könne das Unternehmen nicht verpflichtet werden, Antworten zu geben, durch welche „das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestanden" werden müsse. Gemeint ist damit wohl, dass auch gegenüber Unternehmen ein angemessener Schutz bestünde. Zum anderen betreffe das Kartellrecht Verfahren zur Verhängung von Sanktionen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Die Rechtsprechung für Unternehmen könne daher:

> „[…] bei der Festlegung der Tragweite des Rechts, zu schweigen, von natürlichen Personen, gegen die, wie im Fall von DB, ein Verfahren wegen Insidergeschäften durchgeführt wird, nicht entsprechend angewandt werden."[154]

Daraus lässt sich unmittelbar schließen, dass der EuGH eine Absenkung des Auskunftsverweigerungsrechts gegenüber natürlichen Personen auf das Ni-

---

150 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 41.

151 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 46, und die dort angegebene Rechtsprechung.

152 Vgl. Schlussanträge GA Pikamäe – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 94,107, der sich dem entgegenstellt.

153 Vgl. hierzu auch: *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 101 f.

154 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 48.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

veau, wie es gegenüber Unternehmen gewährt wird, nicht toleriert. GA Pikamäe begründet dies damit, dass die *Jussila*-Doktrin, wonach strafrechtliche Verfahrensrechte „nicht unbedingt in ihrer ganzen Strenge anzuwenden" sind, sich nicht auf alle Garantien des Art. 6 EMRK und insbesondere nicht auf das Aussageverweigerungsrecht als „Kern" des fairen Verfahrens bezöge.[155] Auch die *Menarini*-Doktrin, wonach die Verfahrensrechte in Verwaltungsverfahren – im Gegensatz zum Kriminalstrafverfahren – mit anderen Modalitäten angewendet werden können, gelte nicht absolut, sondern werde vom EGMR im Kontext des fairen Verfahrens gesamtbetrachtend gewürdigt.[156] Der hier relevante Fall einer Anhebung gegenüber Unternehmen auf das Niveau, wie es gegenüber natürlichen Personen gewährt wird, bleibt offen.

c) Stellungnahme

Der EuGH setzt sich in *DB/Consob* erstmals inhaltlich mit der Rechtsprechung des EGMR zum Recht zu schweigen nach Art. 6 EMRK auseinander. Dessen Schutzzwecke knüpfen für GA Pikamäe „sehr deutlich" an der Willensfreiheit und damit an der Menschenwürde natürlicher Personen an. Dies verhindere eine Übertragung und Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes auf juristische Personen. Ob sich der EuGH, der die „Menschenwürde" im Urteil nicht erwähnt, dieser Begründung anschließt, ist unklar. Seit *Orkem* handelt es sich aber jedenfalls um einen neuen unternehmensspezifischen Begründungsansatz, der daher in die Legitimationskontrolle einzubeziehen ist.

8. Zusammenfassung der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte findet der nemo tenetur-Grundsatz im europäischen Kartellermittlungsverfahren für Unternehmen keine Anwendung.[157] Unternehmen sind daher grundsätzlich zur Mitwirkung

---

[155] Schlussanträge GA Pikamäe – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 108 ff., EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43, „the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency."

[156] Schlussanträge GA Pikamäe – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 115; EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 62: „Par ailleurs, la Cour rappelle que la nature d'une procédure administrative peut différer, sous plusieurs aspects, de la nature d'une procédure pénale au sens strict du terme. Si ces différences ne sauraient exonérer les Etats contractants de leur obligation de respecter toutes les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6, elles peuvent néanmoins influencer les modalités de leur application."

[157] Zu diesem Ergebnis gelangt auch die ganz überwiegende Ansicht der Literatur. Statt aller: *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Bacher/Hempel/Wagner-von Papp BeckOK Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 31; *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 65.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verpflichtet. Das *Orkem*-Urteil gibt die Gründe bis heute fast unverändert vor.[158] Sie findet auch nach dem Inkrafttreten der Charta Anwendung, da sich auch die Unionsgerichte auf diese Entscheidungen berufen.[159] Eine Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit ergibt sich danach weder ausdrücklich aus der VO 1/2003 – es besteht eine sekundärrechtliche Mitwirkungspflicht –, den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten noch aus dem sonstigen Unions- oder Konventionsrecht.[160] Zwar leitet der EuGH diese Rechte inzwischen – unter Verweis auf den EGMR – aus einer Gesamtschau der Art. 47 Abs. 2 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 48 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK her. Dies gilt nach dem Generalanwalt Pikamäe jedoch nicht für juristische Personen. Die vom EGMR vorgegebenen Schutzzwecke des Aussageverweigerungsrechts – Zwang, Justizirrtumsvermeidung, Druck oder die Missachtung des Willens des Angeklagten – zielten auf den Willen des Angeklagten und damit die Menschenwürde ab, die eine Anwendung auf juristische Personen ausschlösse. Damit verbleibt ein sich aus der Wahrung der Verteidigungsrechte ergebendes „Geständnisverweigerungsrecht".[161] Inhaltlich darf dem Unternehmen danach nicht die Verpflichtung auferlegt werden, Antworten zu geben, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission beweisbelastet ist oder die einem Eingeständnis gleichkommen. Rein tatsächliche und vorhandene Angaben müssen indes erteilt werden, auch wenn diese mittelbar dazu dienen, das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen Wettbewerbsregeln zu beweisen. Umfasst sind hiervon die Mitteilungen über Zusammenkünfte, die teilnehmenden Unternehmen und Personen, Einladungen, Tagesordnungen, Protokolle und sonstige Unterlagen, die einen Bezug zum Zusammentreffen aufweisen.[162] Die Begründung hierfür lautet, dass ein vollständiges Aussageverweigerungsrecht über das hinausginge, was für die Wahrung der Rechte der Verteidigung der Unternehmen erforderlich ist und eine nicht gerechtfertigte Behinderung der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts und der Kommission bei der Wahrneh-

---

[158] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 46, unter Verweis auf das Urteil *Orkem*.

[159] Die Anwendbarkeit der Rechtsprechung zur Herleitung eines allgemeinen Unionsgrundrechts im Wege der Rechtsfortbildung ist umstritten, der EuGH bezieht sich jedoch selbst auf die Urteile, vgl. EuGH, U. v. 28.1.2021 – Qualcomm – Rs. C-466/19 P, ECLI:EU:C:2021:76, Rn. 143; EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 46; EuG, U. v. 14.03.2014 – Buzzi Unicem – Rs. T-297/11, ECLI:EU:T:2014:122, Rn. 56 u. 59.

[160] *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 17–22 VO 1/2003, Rn. 25.

[161] *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 242.

[162] EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 6, 70; vgl. *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 17–22 VO 1/2003, Rn. 28.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mung ihrer Aufgaben wäre, den Binnenmarkt zu schützen. Der EuGH räumt dem Interesse an der effektiven Funktionsfähigkeit der Kartellermittlung damit überragenden Vorrang vor den Interessen des Unternehmens ein, sich nicht selbst zu belasten.[163] In der Praxis hat der Adressat eines Auskunftsverlangens, der sich unter Berufung auf den Schutz vor Selbstbelastung weigert, Auskünfte zu erteilen, das Recht, die Angelegenheit an den Anhörungsbeauftragten weiterzuleiten.[164]

II. Zwischenergebnis

Der unionsgerichtliche Rechtsprechungsüberblick hat die unternehmensspezifischen Begründungsansätze herausgearbeitet, auf deren Grundlage die *Geltungsreduktion* des nemo tenetur-Grundsatzes im Kartellvorermittlungsverfahren legitimiert wird. Der nemo tenetur-Grundsatz fände danach keine Anwendung, weil er sich weder ausdrücklich aus der Verordnung Nr. 1/2003, den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten oder Art. 48 GRCh ergäbe. Eine Herleitung wie gegenüber natürlichen Personen aus Art. 47 Abs. 2 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 48 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK scheide aufgrund des fehlenden Menschenwürdebezugs für juristische Personen aus.

Soweit aus der Wahrung der Verteidigungsrechte ein beschränktes Auskunftsverweigerungsrecht hergeleitet wird, fehlt aber eine *unternehmensspezifische* Begründung in Hinblick auf den *Anwendungsumfang*. Zwar wird behauptet, ein vollständiges Aussageverweigerungsrecht ginge über das erforderliche Maß der Verteidigungsrechte hinaus und stelle eine ungerechtfertigte Behinderung der Kommission beim Schutz des Binnenmarkts dar. Es fehlen allerdings unternehmensspezifische Begründungen oder Nachweise dafür, weshalb die Verteidigungsrechte der Unternehmen aufgrund ihrer Unternehmereigenschaft reduzierbar sind. Unklar ist auch, weshalb die Abwägung zwischen effektiven Verteidigungsrechten und effektiven Ermittlungsbefugnissen ihren praktischen Konkordanzpunkt gerade beim „Geständnisverweigerungsrecht“ hat, wie es die Unionsgerichte ausgestalten. Insgesamt ist die Rechtsprechung der Unionsgerichte zur Geltung und zum Umfang der Selbst-

---

163 *Barthelmeß/Rudolf*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u. a., Art. 18 VO 1/2003, Rn. 46.

164 Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, Abl. 2011, C 308/6, Rn. 36. Zudem kann Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV zum EuG erhoben und die Aussetzung der Durchführung der Handlung nach Art. 278 S. 2 AEUV beantragt werden. Die Darlegungs- und Beweislast einer unzulässigen Zugrundelegung selbstbelastender Auskünfte im erstinstanzlichen Verfahren obliegt im Rechtsmittelverfahren den Klägerinnen und Klägern.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

belastungs- und Mitwirkungsfreiheit im europäischen Kartellermittlungsverfahren in der Literatur auch auf Kritik gestoßen.

C. Kritik der Literatur an der Rechtsprechung zum Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren

In der Literatur werden die Vorenthaltung des nemo tenetur-Grundsatzes und dessen Geltungsumfang gegenüber Unternehmen überwiegend kritisiert.[165] Dies betrifft insbesondere die zu restriktiv empfundene Auslegung des Art. 6 EMRK durch den EuGH.[166] Dieser habe nicht berücksichtigt, dass der EGMR das Recht des Angeklagten zu schweigen inzwischen aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 EMRK hergeleitet habe.[167] Obwohl der EuGH in *Orkem* das Gegenteil behauptet und ihm damit ein wesentlicher Argumentationsgrund für die Vorenthaltung des nemo tenetur-Grundsatzes im Kartellermittlungsverfahren wegbrach, habe er seine Rechtsprechung nie überdacht.[168] Diese Kritik dürfte sich mit dem *DB/Consob*-Urteil, mit dem der EuGH diese frühere Ansicht aufgegeben hat, erledigt haben.[169] Er leitet das Recht zu schweigen aus einer Gesamtschau der Art. 47 Abs. 2 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 48 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK ab. Die Kritik verschiebt sich damit auf die Begründung, das Schweigerecht aufgrund der Menschenwürdeanknüpfung nicht auf Unternehmen zu übertragen. Der EGMR speise den Schutzzweck des fairen Verfahrens und des nemo tenetur-Grundsatzes, anders, als der EuGH annimmt, nicht – zumal nicht ausschließlich – aus der Menschenwürde.[170] Dass juristische Personen und Unternehmen aus diesem Grund bereits nicht dem persönlichen Schutzbereich des Art. 6

---

165 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 41; *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 370 ff.; *G. Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 17, m. w. N.

166 *Ost*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 4 VO 1/2003, Rn. 29; *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 33 sowie ausführlich in Rn. 41; *Weiß*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Art. 27 VO 1/2003, Rn. 37, fügt an, Art. 27 Abs. 2 VO 1/2003 lasse ein Aussageverweigerungsrecht „schmerzlich vermissen"; *Niggemann*, in: Streinz/Michl EUV/AEUV, Nach Art. 103 AEUV, EU-Kartellverfahren, Rn. 69.

167 *Hirsbrunner*, in: Groeben/Schwarze/Hatje Europäisches Unionsrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 14; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 502, m. w. N.

168 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 502, m. w. N.

169 Vgl. *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 43, der auf weitere Stimmen aufmerksam macht, die dies bereits nach der Funke-Entscheidung des EGMR geschlossen haben.

170 Vgl. generell zum zurückhaltenden Umgang des EuGH und EGMR mit der Menschenwürde: *Gebauer*, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme, S. 332 ff.; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 249, 251.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 1 EMRK unterstünden, sei von der Spruchpraxis des EGMR nicht gedeckt.[171] Die Willensfreiheit sei kein Hinweis auf die Schutzfokussierung der Selbstbelastungsfreiheit auf den Willen natürlicher Personen, sondern die Ausgangsbasis einer wirksamen Ausübung der Verteidigungsrechte schlechthin.[172] Der EGMR leite die Selbstbelastungsfreiheit zudem sowohl aus dem fairen Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK als auch der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK ab. Dieser Kombinationsansatz lasse sich sowohl auf natürliche als auch juristische Personen übertragen, da beide in Hinblick auf die effektive Verteidigungs- und Kooperationsautonomie einer vergleichbaren grundrechtlichen Gefährdungslage ausgesetzt seien.[173] Auch die anderen Ablehnungsgründe, etwa die Geltung eines Auskunftsverweigerungsrechts in den Mitgliedstaaten, überzeuge nicht, da dies keine zwingende Voraussetzung eines Rechtsgrundsatzes sei.[174] Gleiches gelte für das Argument der praktischen Wirksamkeit, die den fundamentalen Charakter verkenne, den der Gerichtshof dem Schutz des rechtlichen Gehörs zukommen lasse.[175] Die grundsätzliche Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen auch im Kartellermittlungsverfahren sei damit unausweichlich.[176]

Die alternative Herleitung eines begrenzten Auskunftsverweigerungsrechts aus dem „Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte“ als fundamentaler Grundsatz der Gemeinschaftsordnung ist dagegen dogmatisch kaum präzisiert. Diese Unbestimmtheit wirkt sich auf den materiellen Umfang des Auskunftsverweigerungsrechts aus. Eine Unterscheidung zwischen unzulässigem Geständniszwang und zulässiger Mitwirkung durch Tatsachenauskünfte lasse sich kaum ausmachen und hänge vom Verteidigungsgeschick der Kommission ab.[177] Auch die später vom EuG als unzulässig herausgearbeiteten Fragen der Kommission – etwa über Zusammenkünfte im Urteil Mannesmannröhren-Werke – ließen sich aus tatsächlichen Angaben ableiten.[178] Insgesamt sei eine uneingeschränkte Vorlagepflicht von Unterlagen und Dokumenten daher abzulehnen.[179]

---

171 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 251.

172 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 251.

173 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 251.

174 Vgl. *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 17–22 VO 1/2003, Rn. 42.

175 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 501, m. w. N.

176 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 252.

177 *Barthelmeß/Rudolf*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Rn. 43; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 501, m. w. N.; *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Bacher/Hempel/Wagner-von Papp BeckOK Kartellrecht, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 33; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 244.

178 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 246.

179 *Barthelmeß/Rudolf*, in: Loewenheim u. a., Kartellrecht, Rn. 46.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 3 Zwischenergebnis

Die Legitimität der unternehmensspezifischen Geltungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes im Kartellermittlungsverfahren gegen Unternehmen ist umstritten. Der Europäische Gerichtshof hält im Wesentlichen am über drei Jahrzehnte alten *Orkem*-Dogma fest,[180] obschon sich die Fundamente der Entscheidung massiv verschoben haben. Damit wird der Rechtszustand vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta zementiert, als der EuGH davon ausging, dass Art. 6 EMRK kein Recht anerkennt, nicht gegen sich selbst aussagen zu müssen, indem die faktische Pönalisierung der Kartellbuße längst nicht so weit fortgeschritten war wie heute.[181] Obschon der EuGH das Schweigerecht aus Art. 6 EMRK gegenüber natürlichen Personen anerkennt, findet eine Auseinandersetzung mit der Übertragbarkeit auf juristische Personen kaum statt. Es wird oft nur auf deren faktische Unterschiedlichkeit verwiesen. Ob Art. 47 und Art. 48 GRCh autonom unionsrechtliche ausgelegt einen über den Mindeststandard des Art. 6 Abs. 1 EMRK hinausgehendes Schutzniveaus verlangen, wird nicht geprüft, sondern mit dem Hinweis auf die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts abgetan.[182] Unabhängig von der nunmehr zu prüfenden Tragfähigkeit verdient die ungenügende dogmatische Begründung zur Quasi-Aufhebung eines der elementarsten strafverfahrensrechtlichen Struktursteine zur Verhängung punitiver Sanktionen jedenfalls keinen Applaus.

3. Kapitel

Die dogmatische Legitimationskontrolle der Geltungs- und Anwendungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes im europäischen Kartellermittlungsverfahren aufgrund der Unternehmereigenschaft

Das zweite Kapitel hat die unternehmensspezifischen Begründungsansätze der Geltungs- und Anwendungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes im europäischen Kartellermittlungsverfahren gegenüber Unternehmen herausge-

---

[180] Vgl. EuGH, U. v. 14.7.2005 – ThyssenKrupp – Rs. C-65/02 P u. a., ECLI:EU:C:2005:454; EuG, U. v. 9.4.2019 – Qualcomm – Rs. T-371/17, ECLI:EU:T:2019:232, Rn. 180 ff.; EuGH, U. v. 25.1.2007 – Dalmine – Rs. C-407/04 P, ECLI:EU:C:2007:53, Rn. 34; EuGH, U. v. 29.6.2006 – SLG Carbon – Rs. C-301/04 P, ECLI:EU:C:2006:432, Rn. 404 f.

[181] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 30.

[182] EuG, U. v. 14.03.2014 – Buzzi Unicem – Rs. T-297/11, ECLI:EU:T:2014:122, Rn. 60; EuG, U. v. 28.4.2010 – Amann & Söhne – Rs. T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, Rn. 325 ff.; EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 66.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

arbeitet. Die Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit wird abgelehnt, weil die Verordnung 1/2003 (A.) bzw. die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (B.) kein ausdrückliches Schweigerecht vorsähen und sich dieses sich nicht aus der GRCh (C.) oder der EMRK (D.) ergäbe. Soweit sich ein solches Recht aus der Gesamtschau der Art. 47 Abs. 2 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 48 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK für natürliche Personen ergibt, sei dies nicht ohne Weiteres auf juristische Personen übertragbar. Der Schutztelos des Art. 6 EMRK knüpfe nämlich an der Menschenwürde an. Die Legitimationsansätze gilt es zu überprüfen.

§ 1 Die Legitimationsansätze der Geltungsreduktion

A. Kein ausdrückliches Schweigerecht nach der VO 1/2003

Die VO 1/2003 enthält kein ausdrückliches Schweigerecht.[183] Aus der Entstehungsgeschichte der VO 17/62 ergibt sich, dass der Unionsgesetzgeber ein solches Recht nicht vorsehen wollte.[184] Zwar sind nach Art. 27 Abs. 2 VO 1/2003 die Verteidigungsrechte in vollem Umfang zu wahren. Ausdrücklich genannt wird indes nur das Akteneinsichtsrecht. Erwägungsgrund 23 der VO 1/2003 weist lediglich auf ein Verbot des Eingeständniszwangs hin. Dieser Umstand erlaubt jedoch aufgrund der Normhierarchie des Unionsrechts keinen verbindlichen Rückschluss auf die Geltung eines Schweigerechts. Zum einen könnte sich ein Recht aus der Grundrechtecharta ergeben, die nach Art. 6 Abs. 1 EUV zum Primärrecht gehört und deren „Anwendung" nach Art. 6 Abs. 3 i. V. m. nach Art. 51 Abs. 1 GRCh den Rat als grundrechtsverpflichteter Verordnungsgeber und Organ der Union bei der Durchführung des sekundärrechtlichen Unionsrechts bindet.[185] Zum anderen gehört das Verteidigungsrecht des Unternehmens zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die die Kommission zu berücksichtigen hat und nicht letztverbindlich ausgestal-

[183] Vgl. zu dieser Argumentation EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 26, sowie oben unter 2. Kap. § 2 B. I. 1.

[184] Vgl. ausführlich bereits Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 90 ff., sowie Schlussanträge GA Warner v. 20.1.1981 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1981:90, S. 1621.

[185] *Schorkopf*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 6 EUV, Rn. 30a; zu diesem Ergebnis gelangt natürlich auch GA Darmon in Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 94: „Wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber ein solches Recht ausschließen wollte – was feststeht –, bedeutet dies, daß das Gemeinschaftsrecht insgesamt gesehen ein solches Recht nicht kennt?" – „Vielmehr handelt es sich darum, ob im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft anwendbare Rechtsgrundsätze, die formell außerhalb der Verordnung Nr. 17 angesiedelt sind, diese Verordnung nicht gewissermaßen überlagern."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ten kann.[186] Aus dem Umstand, dass die VO 1/2003 kein ausdrückliches Schweigerecht enthält, kann also legitimatorisch nicht geschlussfolgert werden, dass ein solches Recht sich nicht aus höherrangigem Unionsrecht ergibt und im Kartellermittlungsverfahren Anwendung findet.

B. Kein ausdrückliches Schweigerecht in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

Ein Aussageverweigerungsrecht ergibt sich nach dem EuGH auch nicht als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.[187] Diese würden ein Schweigerecht lediglich gegenüber natürlichen Personen und nur im Rahmen von (Kriminal-)Strafverfahren anerkennen. Der EuGH nimmt die umfassende Rechtsvergleichung jedoch nicht selbst vor, sondern stützt sich auf die Ausführungen des GA Darmon in den Schlussanträgen zum *Orkem*-Urteil.[188] In der Literatur wurde einerseits kritisiert, dass der EuGH nicht ausführe, weshalb die Existenz eines solchen Rechts in den Mitgliedstaaten eine zwingende Voraussetzung eines solchen Rechtsgrundsatzes sei.[189] Andererseits ist unklar, ob der von GA Darmon im Jahr 1989 vorgenommene Rechtsvergleich der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen heute zum gleichen Ergebnis käme.[190] Richtigerweise kann ohne dogmatisches Fundament und neuerliche rechtsvergleichende Untersuchung nicht unmittelbar von der Rechtslage der Mitgliedstaaten auf das Unionsrecht geschlossen werden.[191] Unabhängig hiervon erging die *Orkem*-Entscheidung vor dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta, die ein Schweigerecht unmittelbar enthalten könnte und daher auch sogleich geprüft werden kann. Die Frage, ob die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten für Unternehmen ein Schweigerecht und Mitwirkungsfreiheit vorsehen, kann an dieser Stelle aber zunächst zurückgestellt werden.

---

186 *Immenga/Mestmäcker*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, 2. Verteidigungsrechte im Kartellverfahren, Rn. 29.

187 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 28 f.

188 Schlussanträge GA Darmon v.18.5.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 99 ff.

189 *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 42, m. w. N.

190 Vgl. hierzu das 5. Teil; ablehnend: *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 42, der für diese „Tatsache“ aber keinen Nachweis anführt.

191 Insoweit ist Hennig zuzustimmen: *Hennig*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 17 – 22 VO 1/2003, Rn. 42.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Kein ausdrückliches Schweigerecht aus der Grundrechtecharta

Der nemo tenetur-Grundsatz ist weder in Art. 47 Abs. 2 GRCh noch in Art. 48 Abs. 1 GRCh ausdrücklich normiert.[192] Der EuGH leitet das Recht zu schweigen für natürliche Personen aber aus einer Gesamtschau der Art. 47 Abs. 2 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 48 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK ab.[193] Zu untersuchen ist daher, ob der persönliche Schutzbereich der Art. 47 und 48 GRCh auch für juristische Personen eröffnet ist und ob die Verteidigungsrechte den nemo tenetur-Grundsatz ihnen gegenüber vorsehen.[194]

I. Persönlicher Schutzbereich des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen nach der Grundrechtecharta

Die persönlichen Schutzbereiche der Art. 47 GRCh und Art. 48 GRCh sind gegenüber juristischen Personen und Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren eröffnet.[195] Insbesondere sind Unternehmen „Angeklagte" i. S. d. Art. 48 GRCh, weil aufgrund der Art und Schwere der Kartellsanktion bereits ab der Einleitung förmlicher Kartellermittlungsmaßnahmen ein jedenfalls strafrechtsähnliches Verfahren gegen sie geführt wird.[196] Der EuGH hat die Geltung „der Verteidigungsrechte" nach Art. 48 Abs. 2 GRCh zudem als fun-

---

192 Schlussanträge GA Pikamäe – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 49; vgl. für einen Überblick über die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes im Mehrebenensystem: *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 371, m. w. N.; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 241.

193 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 37; vgl. ausführlich oben unter 2. Kap. § 2 B. I. 7.

194 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 421 ff.; *Vocke*, Ermittlungsbefugnisse, S. 115 ff.

195 Vgl. hierzu schon oben ausführlich unter: 2. Teil 2. Kap. § 2 B. II. u. III.; *Nehl*, in: FK, Band 1, GRCh, Rn. 15. Dass sich Unternehmen und juristische Personen dem Grunde nach auf die Charta der Grundrechte berufen können, ergibt sich bereits aus Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh, der im systematischen Vergleich zu Art. 42 GRCh und Art. 44 GRCh nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen unterscheidet, *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck Grundgesetz, Art. 19 GG, Rn. 328; *Schröder*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 48 GRCh, Rn. 6; *Jarass*, GRCh, Art. 48 GRCh, Rn. 12; der EuGH hat dies anerkannt vgl. statt vieler: EuGH, U. v. 9.11.2010 – Volker und Markus Schecke u. a. – verb. Rs. C-92/09 u. a., ECLI:EU:C:2010:662, Rn. 87; *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 21; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck Grundgesetz, Art. 19 GG, Rn. 328, m. w. N.

196 Vgl. hierzu schon ausführlich oben 2. Teil 2. Kap. § 2 B.; *Schröder*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 48 GRCh, Rn. 4 u. 6; *Jarass*, GRCh, Art. 48 GRCh, Rn. 8; *Eser/Kubiciel*, in: Charta der Grundrechte, Art. 48 GRCh, Rn. 29.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

damentales Justizgrundrecht im Kartellverfahren anerkannt.[197] Welche „Verteidigungsrechte" Art. 48 Abs. 2 GRCh als Einzelrechte gewährleistet, ist dem Wortlaut jedoch nicht zu entnehmen. Zwar sollen nach Ansicht der Literatur die Verteidigungsrechte als konkretisiertes Einzelrecht auch den nemo tenetur-Grundsatz enthalten.[198] Der EuGH hat – wie die Rechtsprechungsübersicht gezeigt hat – ein Schweigerecht jedoch nur für natürliche, nicht aber für juristische Personen anerkannt.[199] Insgesamt ist daher unklar, ob der persönlich eröffnete Schutzbereich der Art. 47 und Art. 48 GRCh den nemo tenetur-Grundsatz für Unternehmen enthält.

Der EuGH liest die Vorschriften über das Kohärenzgebot des Art. 52 Abs. 3 GRCh[200] jedoch mit der EMRK,[201] die nach Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeiner Grundsatz Teil des Unionsrechts seien.[202] Charta und EMRK kämen die gleiche Bedeutung und Tragweite zu.[203] Dies trifft jedenfalls für den nemo tenetur-Grundsatz zu. Nach den Erläuterungen zur Grundrechtecharta entspricht Art. 47 Abs. 2 GRCh dem Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 48 GRCh dem Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 EMRK.[204] Der EuGH müsse daher:

> „bei seiner Auslegung der durch Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 der Charta garantierten Rechte die entsprechenden durch Art. 6 der EMRK in dessen Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte garantierten Rechte als Mindestschutzstandard berücksichtigen."[205]

Da die Unionsgerichte das Recht zu schweigen nicht ausschließlich anhand der Grundrechtecharta herleiten, fehlt es an einer unionsrechtlichen Begründung, ob oder ob nicht die Art. 47 GRCh und 48 GRCh in persönlicher Hin-

---

197 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 92 und die dort angegebene Rechtsprechung.

198 *Blanke*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 48 GRCh, Rn. 5; *van Voet Vormizeele*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 48 GRCh, Rn. 9, der sich aber auf die Rechtsprechung des EuGH in *Orkem* und *Mannesmannröhren-Werke* beruft, die ein solches Recht aber gerade nicht vorsehen.

199 Vgl. oben unter 2. Kap. § 2 B.; vgl. auch EuG, U. v. 20.4.2010 – Amann & Söhne – Rs. T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, Rn. 326; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 241.

200 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 102.

201 *Eser/Kubiciel*, in: Charta der Grundrechte, Art. 48 GRCh, Rn. 28.

202 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 36.

203 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 36; vgl. schon EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 77.

204 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte v. 14.12.2007, Abl. C 300/17, S. 29 f.

205 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 37.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sicht ein Schweigerecht für Unternehmen und juristische Personen vorsehen. Zwar stellt das EuG im *Buzzi Unicem*-Urteil, das den Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit eines förmlichen Auskunftsverlangens nach Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003 betraf, auf den Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte nach Art. 48 Abs. 2 GRCh, sowie das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 47 Abs. 2 GRCh ab.[206] Es konstatiert aber lapidar:

> „[Die Auskunftsbefugnisse, Anm. d. Verf.] verstoßen auch nicht gegen die Art. 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union."[207]

Über Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh werden Art. 6 EMRK und die Rechtsprechung des EGMR sogleich als alleiniger Mindeststandard herangezogen.[208] Die Pflicht zur Beantwortung rein tatsächlicher Fragen „kann" die tragenden Grundsätze der Wahrung der Verteidigungsrechte in Art. 48 Abs. 2 GRCh und den Anspruch auf einen fairen Prozess in Art. 47 GRCh nicht verletzen, da diese einem dem Art. 6 EMRK gleichwertigen Schutz gewährleisteten, denn:

> „nichts hindert den Adressaten eines Auskunftsverlangens daran, später im Verwaltungsverfahren oder in einem Verfahren vor dem Unionsrichter zu beweisen, dass die in seinen Antworten mitgeteilten Tatsachen oder die übermittelten Schriftstücke eine andere als die ihnen von der Kommission beigemessene Bedeutung haben."[209]

Ob die Charta nach Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh einen weitergehenden Schutz gewährt, haben die Unionsgerichte bislang nicht geprüft.[210]

II. Zwischenergebnis

Die persönlichen Schutzbereiche der Art. 47 GRCh und Art. 48 GRCh sind für Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren eröffnet. Ob die Verteidigungsrechte für juristische Personen ein Schweigerecht beinhalten, ist weder der Charta noch der Rechtsprechung der Unionsgerichte zu entnehmen. Der EuGH nimmt eine unmittelbare Herleitung lediglich aus Art. 6 EMRK

---

[206] EuG, U. v. 14.3.2014 – Buzzi Unicem – Rs. T-297/11, ECLI:EU:T:2014:122, Rn. 62, wobei hier lediglich auf den Schutzgehalt des Art. 6 EMRK abgestellt wird; die Entscheidung Buzzi Unicem wurde jedoch vom EuGH, U. v. 10.3.2016 – Buzzi Unicem – Rs. C-267/14 P, ECLI:EU:C:2016:151 aufgehoben.

[207] EuG, U. v. 14.03.2014 – Buzzi Unicem – Rs. T-297/11, ECLI:EU:T:2014:122, Rn. 61.

[208] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 36 ff.; vgl. hierzu EuG, U. v. 28.4.2010 – Amann & Söhne – Rs. T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, Rn. 326 ff.

[209] EuG, U. v. 14.3.2014 – Buzzi Unicem – Rs. T-297/11, ECLI:EU:T:2014:122, Rn. 62.

[210] Schlussanträge GA Wahl v. 15.10.2015 – Buzzi Unicem – Rs. C-267/14 P, ECLI:EU:C:2015:696, Rn. 72 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vor.[211] Die EMRK wird „nur“ als Rechtserkenntnisquelle zur Auslegung der Bedeutung und Tragweite der Charta herangezogen. Unklar ist, weshalb der in Art. 6 EMRK vorgesehenen „Mindeststandard“ auf das Unionsrecht übertragen wird, ohne eine eigene oder weitergehende Auslegung der „Verteidigungsrechte“ vorzunehmen. Letztlich kann auf dieser Grundlage eine dogmatische Legitimationskontrolle des Geltungsumfangs des nemo tenetur-Grundsatzes nach der Grundrechtecharta nicht ohne die Darstellung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR erfolgen.

D. Kein ausdrückliches Schweigerecht aus der EMRK

Der nemo tenetur-Grundsatz ist in Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 EMRK nicht ausdrücklich normiert.[212] Der EGMR sieht das international anerkannte Recht[213] jedoch in ständiger Rechtsprechung als das „Herzstück“ des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK verbürgt.[214] Der EuGH hat seine Rechts-

---

211 Herleitung und Verstoß offengelassen in EuGH, U. v. 18.07.2013 – Schindler – Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, Rn. 44; EuG U. v. 20.5.2015 – Timab Industries – Rs. T-456/10, ECLI:EU:T:2015:296, Rn. 120; EuGH, U. v. 28.1.2021 – Qualcomm – Rs. C-466/19 P, ECLI:EU:C:2021:76, Rn. 143.

212 Die Präambel der EMRK verweist indes auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen, die die Menschenwürde explizit nennt; vgl. hierzu auch *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 102; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 138.

213 Art. 14 Abs. 3 lit. g des internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte statuiert: „Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat in gleicher Weise im Verfahren Anspruch auf folgende Mindestgarantien: er darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen.“ Dessen Geltung für Verwaltungsverfahren zur Verhängung punitiver Sanktionen gegen Unternehmen ist jedoch fraglich und scheint für juristische Personen ausgeschlossen, da Art. 2 des Fakultativprotokolls Nr. I zum IPbpR, wie Art. 2 Abs. 1 IPbpR, die Prozessführungsbefugnisse für individuelle Rechte erkennbar nicht für juristische Personen und Personenvereinigungen vorsieht, vgl. *Queck*, Die Geltung des, S. 105 f.; der EGMR verweist auch auf Art. 21 des ICTY-Statuts i. V. m. der Verfahrensregel Nr. 42 A iii): „the right to remain silent, and to be cautioned that any statement the suspect makes shall be recorded and may be used in evidence.“[deutsch:] „das Recht zu schweigen und darauf hingewiesen zu werden, dass jede Aussage des Verdächtigen aufgezeichnet und ggf. als Beweis gegen ihn verwendet werden kann“, sowie Art. 55 Abs. 2 lit. b des Rom Statuts hin, vgl. EGMR, U. v. 13.9.2016 – Ibrahim u. a./Vereinigtes Königreich – Nr. 50541/08 u. a., Rn. 216 ff.

214 Inhaltlich divergierende Anforderungen ergeben sich hieraus indes nicht erkennbar, sodass auf eine Unterscheidung verzichtet wird: EGMR, U. v. 25.2.1993 – Funke/Frankreich – Nr. 10828/84, Rn. 44, die Frage nach dem Verstoß gegen die Unschuldsvermutung offenlassend, Rn. 45; EGMR, U. v. 8.2.1996 – Murray/Vereinigtes Königreich – Nr. 18731/91, Rn. 45; EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 68, der die Selbstbelastungsfreiheit „closely linked“, ([deutsch:] „eng verbunden“), mit der Unschuldsvermutung sieht; EGMR, U. v. 20.10.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auffassung in *Orkem*, dass „aus der Rechtsprechung des EGMR“ kein Aussageverweigerungsrecht anerkannt wird, daher in *DB/Consob* selbst zu Recht aufgegeben.[215] Das Argument ist damit als Legitimationsgrundlage einer Verfahrensrechtereduktion obsolet. Fraglich bleibt, ob der persönliche Schutzbereich des Art. 6 EMRK für juristische Personen eröffnet ist und dieser den nemo tenetur-Grundsatz ihnen gegenüber vorsieht.

I. Persönlicher Schutzbereich des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen nach der EMRK

Der persönliche Schutzbereich des Art. 6 EMRK ist gegenüber juristischen Personen und Unternehmen im unionsrechtlichen Sinne im Kartellvorermittlungsverfahren eröffnet.[216] Der EGMR hat zudem gegenüber natürlichen Personen ausdrücklich anerkannt, dass „die Fair-trial-Garantien“ des Art. 6

1997 – Serves/Frankreich – Nr. 82/1996/671/893, Rn. 46; EGMR, U. v. 21.12.2000 – Heaney and McGuinness/Irland – Nr. 34720/97, Rn. 40; EGMR, U. v. 21.12.2002 – Quinn/Irland – Nr. 36887/97, Rn. 40; EGMR, U. v. 3.5.2001 – J.B./Schweiz – Nr. 31827/96, Rn. 46; EGMR, U. v. 5.11.2002 – Allan/Vereinigtes Königreich – Nr. 48539/99, Rn. 44; EGMR, U. v. 8.4.2004 – Weh/Österreich – Nr. 38544/97, Rn. 39; EGMR, U. v. 4.10.2005 – Shannon/Vereinigtes Königreich – Nr. 6563/03, Rn. 32, m. w. N.; EGMR, U. v. 11.7.2006 – Jalloh/Deutschland – Nr. 54810/00, Rn. 100; EGMR, U. v. 29.6.2007 – O’Halloran und Francis/Vereinigtes Königreich – Nr. 15809/02 u. 25624/02, Rn. 53; EGMR, U. v. 10.3.2009 – Bykov/Russland – Nr. 4378/02, Rn. 92; EGMR, U. v. 21.4.2009 – Marttinen/Finland – Nr. 19235/03, Rn. 60; EGMR, U. v. 14.10.2010 – Brusco/Frankreich – Nr. 1466/07, Rn. 44; EGMR, U. v. 7.4.2015 – O’Donnell/Vereinigtes Königreich – Nr. 16667/10, Rn. 48; EGMR, U. v. 13.9.2016 – Ibrahim u. a./Vereinigtes Königreich – Nr. 50541/08 u. a., Rn. 266; *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 127; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 138; *Gaede*, in: Christoph Knauer MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 318, m. w. N. Für eine ausführliche Darstellung des Konzepts der Selbstbelastungsfreiheit siehe *Lamberigts*, Corporations, S. 165 ff.

[215] Vgl. oben unter 2. Kap. § 2 B. I. 7.; EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 30; EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 38.

[216] Vgl. schon ausführlich oben unter 2. Teil 2. Kap. § 2 A.; EGMR, U. v. 27.9.2011 – Menarini/Italien – Nr. 43509/08, Rn. 44: „[…] la Cour estime que l’amende infligée à la société requérante a un caractère pénal, de sorte que l’article 6 § 1 trouve à s’appliquer, en l’occurrence, sous son volet pénal“,[deutsch:] „[…] ist der Gerichtshof der Ansicht, dass die gegen die beschwerdeführende Gesellschaft verhängte Geldbuße strafrechtlicher Natur ist, sodass Art. 6 § 1 in diesem Fall unter seinem strafrechtlichen Aspekt Anwendung findet“; gegen Unternehmen richtet sich eine strafrechtliche Anklage ab dem Zeitpunkt, ab dem förmliche Kartellermittlungsmaßnahmen von der Kommission angewandt werden; vgl. auch *Dölling/u. a.*, Gesamtes Strafrecht, Vorb. zu §§ 1 ff., Rn. 67; *Lohse/Jakobs*, in: Barthe/Gericke KK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 7; *Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 33; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig, u. a., Rn. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

EMRK im nationalen Wettbewerbsrecht Anwendung finden.[217] Dazu gehört grundsätzlich auch der nemo tenetur-Grundsatz[218], den der EuGH gegen natürliche Personen in Sanktionsverfahren im Unionsrecht anwendet.[219] Der EGMR hat aber noch nicht ausdrücklich entschieden, ob der nemo tenetur-Grundsatz als Einzelrecht auch juristischen Personen zusteht.[220] Die Rechtsfrage ist daher umstritten.

1. Keine Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen

Die Anwendbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes als Einzelrecht des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK wird für juristische Personen teilweise verneint. GA Pikamäe begründet dies in seinen Schlussanträgen zum *DB/Consob*-Urteil des EuGH mit der Rechtsprechung des EGMR zur Selbstbelastungsfreiheit. Letzterer leite das Schweigerecht aus dem „Respekt vor der Person und ihrer Entschlussfreiheit" her und stelle die „Willensbildung dieser Person in den Mittelpunkt der Zielsetzung des Auskunftsverweigerungsrechts". Das Schweigerecht knüpfe damit an der Menschenwürde an.[221] Diese Auslegung werde durch das Sondervotum von Richter Martens und Kuris im Urteil *Saunders* des EGMR bestätigt. Diese argumentieren, dass das Schweigerecht zwar auch Amtsmissbrauch und Justizirrtümern entgegenwirken soll.[222] Das Schweigerecht zum „Kernbereich des fairen Verfahrens" zu

---

217 EGMR, U. v. 1.10.2019 – Carrefour/Frankreich – Nr. 37858/14, Rn. 42; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 241, m. w. N.

218 *Duttge/Waschkewitz*, in: Dölling u. a., Gesamtes Strafrecht, Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK, Rn. 81; *Lohse/Jakobs*, in: Barthe/Gericke KK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 50.

219 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 34 ff. u. 38 ff.; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 241.

220 Zu diesem Ergebnis kommt auch GA *Pikamäe* in Schlussanträge v. 27.10.2020 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 97; *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 32. Das potenziell entscheidungserhebliche Urteil EGMR U. v. 2.10.2014 – Delta Pekárny/Tschechische Republik – Nr. 97/11, das die Verhängung einer Geldsanktion wegen der Zuwiderhandlung enthielt, im Kartellverfahren Geschäftsunterlagen und -räume zugänglich zu machen (Rn. 12), wurde nicht relevant; in Ermangelung der Ausschöpfung des Rechtswegs durch die Gesellschaft war die Beschwerde unzulässig, der Gerichtshof nicht zu einer materiellen Entscheidung in der Sache berufen, vgl. Rn. 114, Art. 35 Abs. 1 und Abs. 4 EMRK; vgl. auch *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 371; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 241; *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 103.

221 Schlussanträge GA *Pikamäe* v. 27.10.2020 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 98 f.

222 Englisch: „pressure and miscarriages of justice", Sondervotum Richter Martens und Richter Kuris zum EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 8; *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 102.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

erheben, sei indessen nur gerechtfertigt, wenn dessen Telos zudem am „Respekt der Würde und der Freiheit des Menschen“ festgemacht werde.[223] Für GA Pikamäe „scheint“ die Bedeutung, die dem Auskunftsverweigerungsrecht von der genannten Rechtsprechung beigelegt worden ist, nicht ohne Weiteres auf juristische Personen übertragen werden zu können.[224] Gemeint ist damit wohl, dass juristischen Personen kein intrinsischer Menschenwürdegehalt zukommt, sodass juristische Personen vom persönlichen Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit ausgeschlossen wären.[225] Wils hat sich dem angeschlossen[226] und verweist zur Richtigkeit dieser Behauptung auf das deutsche Bundesverfassungsgericht. Dieses halte den Schutz vor dem Zwang zur Selbstbezichtigung nach Art. 19 Abs. 3 GG dem Wesen nach nicht auf juristische Personen übertragbar.[227] Die Selbstbelastungsfreiheit werde aus der Menschenwürde – gemeint ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG[228] – hergeleitet, die vor einem Zwiespalt schützen soll, zu dem der Zwang zur Selbstbezichtigung führen würde.

> „Dieser Bezug schließt eine Erstreckung auf juristische Personen aus. Eine Lage, wie sie der Zwang zur Selbstbezichtigung für natürliche Personen heraufbeschwört, kann bei ihnen nicht eintreten. Sie bilden ihren Willen nur durch Organe und unterliegen im Hinblick auf Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten nur einer eingeschränkten Verantwortlichkeit. Begeht ein Organwalter unter Verletzung von Pflichten der juristischen Person eine solche Tat, so ist allein er Täter. Gegen die juristische Person kann lediglich gemäß § 30 OWiG eine Geldbuße festgesetzt werden, die aber weder einen Schuldvorwurf noch eine ethische Mißbilligung enthält, sondern einen Ausgleich für die aus der Tat gezogenen Vorteile schaffen soll.“[229]

---

223 „However, these rationales hardly justify the Court’s qualification of these two immunities as lying at the heart of the notion of fair procedure“, „In this context I note that legal writers and courts have frequently accepted a further rationale. Its formulations vary, but they all essentially boil down to the proposition that respect for human dignity and autonomy requires that every suspect should be completely free to decide which attitude he will adopt with respect to the criminal charges against him“, Sondervotum Richter *Martens* und Richter *Kuris* zum EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 9; Schlussanträge GA *Pikamäe* v. 27.10.2020 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 99.

224 GA *Pikamäe* v. 27.10.2020 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 99.

225 Vgl. kritisch: *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 103.

226 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 32; auch in der US-Verfassung stünde juristischen Personen keine Selbstbelastungsfreiheit zu, a. a. O.

227 BVerfGE v. 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96 – Rn. 82 ff.

228 BVerfGE v. 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96 – Rn. 81; BVerfG E. v. 31.3.2008 – 2 BvR 467/08 – Rn. 2, m. w. N.

229 BVerfGE v. 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96 – Rn. 84; nach der Objektformel verbietet es die Menschenwürde des Beschuldigten, durch die Erzwingung seiner Mitwirkung zum bloßen Mittel staatlicher Wahrheitsfindung erniedrigt zu werden, vgl. BVerfG, B. v. 7.7.1995 – 2 BvR 326/92 = NStZ 1995, 555.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wils argumentiert damit unternehmensspezifisch, dass die Selbstbelastungsfreiheit sich spezifisch nur auf natürliche Personen bezieht und deren Würde vor unzulässigem physischen oder psychologischen Druck durch Mitwirkungs- und Aussagepflichten schützen will. Zwischen natürlichen und juristischen Personen zu differenzieren, ergebe daher „besonders Sinn",[230] da diese besondere Zwangslage auf Unternehmen nicht zuträfe, die schriftliche Erklärungen durch externe Rechtsanwälte oder mit deren Hilfe zur Beantwortung von Auskunftsverlangen abgäben.[231] Nach dieser Auffassung ist der persönliche Schutzbereich des Art. 6 EMRK zwar eröffnet – das Recht zu schweigen besteht als Ausfluss des fairen Verfahrens aber aufgrund des Menschenwürdeschutzes jedoch nicht für juristische Personen.

2. Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen

Die Geltung des persönlichen Anwendungsbereichs des nemo tenetur-Grundsatzes nach Art. 6 Abs. 1 EMRK wird teilweise auch auf juristische Personen erstreckt. Hierfür spreche, dass im Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK „jede Person" grundrechtsberechtigt sei, gegen den sich eine strafrechtliche Anklage richte.[232] Dies schließt punitive Verwaltungssanktionsverfahren ein,[233] was dafürspreche, dass der EGMR den nemo tenetur-Grundsatz als prozessuales Verteidigungsrecht[234] auslege. Dies gelte nach dem EGMR auch für juristische Personen,[235] jedenfalls soweit die Grundrechte ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind.[236] Dies sei beim nemo tenetur-Grundsatz – den der EGMR zudem grundsätzlich im Fair-trial-Grundsatz verankert[237] – aufgrund der vergleichbaren grundrechtsspezifischen Gefährdungslage natürlicher und juristischer Personen der Fall.[238] Diese ergebe

---

230 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 32.

231 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 33.

232 *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 14.

233 Siehe oben 2. Teil 2. Kap. § 1.

234 *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 372.

235 EGMR, U. v. 24.9.1997 – Garyfallou Aebe/Griechenland – Nr. 18996/91, Rn. 35.

236 *Schäfer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 34 EMRK, Rn. 39 f.; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 17, Rn. 5; *Queck*, Die Geltung, S. 10 f.; *Weiß*, NJW 1999, S. 2236, S. 2237; vgl. aber *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 20; vgl. hierzu auch *Kempf*, in: Unternehmensstrafrecht, S. 350; dies entspricht der Grundrechtsgeltung nach Art. 19 Abs. 3 GG.

237 EGMR, U. v. 8.2.1996 – John Murray/Vereinigtes Königreich – Nr. 18731/91, Rn. 45; das erkennt auch der EuGH an, im U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 38.

238 *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 140; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig, u. a., Rn. 137; *Weiß*, NJW 1999, S. 2236, S. 2236; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 241.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sich aus dem Fairnessprinzip sowie der Unschuldsvermutung als den Teilaspekten des Wesens der Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit.[239] Zwar stehe eine Leitentscheidung für den nemo tenetur-Grundsatz noch aus – andere spezifische Einzelausprägungen des Fair-trial-Grundsatzes, etwa den Zugang zu einem Gericht[240], die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts[241], das Recht auf eine öffentliche Verhandlung[242], die Waffengleichheit[243] oder den Schutz vor überlangen Verfahren bei Unternehmen[244], habe der EGMR aber bereits auf Unternehmen erstreckt.[245]

Die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes könne auch nicht in Hinblick auf die Menschenwürde vereint werden. Zwar sei es zutreffend, dass juristischen Personen nicht allein aufgrund ihrer Existenz ein intrinsischer Wert zukomme und diese sich daher nicht auf den Menschenwürdeschutz berufen könnten.[246] Anders als Generalanwalt Pikamäe behauptet,[247] leite der EGMR den Kernbereich des nemo tenetur-Grundsatzes bislang jedoch nicht aus der Menschenwürde ab.[248] Das von ihm angeführte „Sondervotum" zweier EGMR-Richter zum Urteil Saunders/Vereinigtes Königreich könne per definitionem weder der Kammer noch dem EGMR zugerechnet werden.[249] Das übrige Fallrecht des EGMR zum nemo tenetur-Grundsatz lasse diesen Rückschluss jedenfalls nicht zu.[250] Folgte man dieser Ansicht, wäre der nemo tenetur-Grundsatz als Fair-trial-Garantie des Art. 6 EMRK auch auf juristische Personen übertragbar. Über das Kohärenzgebot des Art. 52 Abs. 3 GRCh könnten sich Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren auf die Aussage- und Mitwirkungsfreiheit berufen.

---

239 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 103 f.

240 EGMR, U. v. 28.7.1999 – Immobiliare/Italien – Nr. 22774/93, Rn. 74.

241 EGMR, U. v. 29.7.2004 – San Leonard Band/Malta – Nr. 77562/01, Rn. 48 u. 65 f., jedoch in Bezug auf ein zivilrechtliches Verfahren.

242 EGMR, U. v. 27.7.2006 – Coorplan-Jenni u. a./Österreich – Nr. 10523/02, Rn. 63 ff.

243 EGMR, U. v. 18.3.2008 – Dacia/Moldau – Nr. 3052/04, Rn. 50, 72, 77 ff.

244 EGMR, U. v. 9.11.2004 – Marpa Teeland u. a./Niederlande – Nr. 46300/99, Rn. 64.

245 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 103, m. w. N.

246 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 103.

247 Vgl. schon oben unter 2. Kap. § 1 B. I. 7.; Schlussanträge GA Pikamäe – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 97 f.

248 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 103; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, S. 249.

249 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 103.

250 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 105.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Zwischenergebnis

Die Geltungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes im europäischen Kartellermittlungsverfahren wird damit legitimiert, dass der EGMR diesen mit der Menschenwürde verknüpft, was eine Übertragung auf Unternehmen ausschlösse. Diese Begründung muss nachfolgend einer dogmatischen Legitimationskontrolle unterzogen werden.

II. Dogmatische Legitimationskontrolle

Die Geltungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes aufgrund seiner Menschenwürdeanknüpfung in Art. 6 EMRK hält einer dogmatischen Legitimationskontrolle nicht stand.

1. Keine Leitentscheidung des EGMR

Im Ausgangspunkt ist zu konstatieren, dass der EGMR nicht entschieden hat, ob der nemo tenetur-Grundsatz für juristische Personen gilt.[251] Darin stimmen alle Ansichten überein.[252] Nimmt man dies ernst, kann der Rechtsprechung des EGRM bereits aus diesem Grund keine unumstößliche Verbindlichkeit attestiert werden. Erst recht überzeugt es nicht, wenn GA Pikamäe im Folgesatz behauptet, der EGMR verstünde das Schweigerecht ausschließlich als „Bestandteil der Menschenwürde".[253] Gäbe es eine solche Leitentscheidung und stünde fest, dass juristische Personen kein intrinsischer Menschenwürdegehalt und damit auch nicht der nemo tenetur-Grundsatz zustünde, wäre die Rechtsfrage indirekt entschieden.

2. Keine ausschließliche Menschenwürdeanknüpfung

Argumentativ will der Generalanwalt die Menschenwürdeanknüpfung des Schweigerechts dennoch aus dem *Saunders*-Urteil des EGMR ablesen, der den *Willen* zum primären Schutztelos der Selbstbelastungsfreiheit erklärt:

---

251 *Gebauer*, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme, S. 332 ff.

252 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 103: „Eine feststellende Leitentscheidung des EGMR zur Geltung von nemo tenetur für juristische Personen steht jedoch noch aus"; Schlussanträge GA *Pikamäe* – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 97: „Anders als der Gerichtshof hat sich der EGMR nach meiner Kenntnis nie dazu geäußert, ob sich eine juristische Person in einem gegen sie geführten Straf- oder Verwaltungsverfahren zur Verhängung von Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufen kann."

253 Schlussanträge GA *Pikamäe* – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 99.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Das Recht, sich nicht selbst zu belasten, zielt jedoch in erster Linie darauf ab, den Willen des Beschuldigten zu respektieren, zu schweigen."[254]

Zum einen wird dabei aber nicht begründet, weshalb juristische Personen in erheblichen grundrechtseingreifenden Sanktionsverfahren in Hinblick auf selbstinkriminierende Unterlagen keinen „Willen zu schweigen" haben oder haben können. Dies ist scheinbar nicht erforderlich, weil die „Willensbildung und Entschlussfreiheit" sogleich mit dem „Respekt der *Würde* und der Freiheit des Menschen" gleichgesetzt wird.[255] Ließe man dies zu und stellte primär auf den „natürlichen Willen" als Schutzzweck ab, wäre eine vergleichbare grundrechtliche Gefährdungslage gegenüber juristischen Personen wohl ausgeschlossen.[256] Dieser Konnex wird indes nicht vom EGMR hergestellt – die Menschenwürde oder „human dignity" wird im *Saunders*-Urteil nicht erwähnt –, sondern vom abweichenden Sondervotum, das gerade nicht die Rechtsauffassung des EGMR wiedergibt.[257] Zum anderen bleibt unklar, ob sich jedenfalls die weiteren Schutzziele des Art. 6 EMRK auf juristische Personen übertragen lassen. Hierzu zählen nach dem vorherigen Absatz des *Saunders*-Urteils neben der freien Willensbildung die Vermeidung von Justizirrtümern oder die Ausübung von Zwang oder Druck auf den Beschuldigten.[258]

„The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention (art. 6), the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6). Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6."[259]

---

[254] EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 69, [englisch:] „The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent"; Schlussanträge GA *Pikamäe* – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 98.

[255] Schlussanträge GA *Pikamäe* – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 99.

[256] *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 104.

[257] Das Sondervotum plädiert auch dafür, die „Würde und der Freiheit des Menschen" nicht absolut zu sehen und nationalen Rechtsordnungen zu erlauben Beschuldigte unter Strafandrohung aktiv zur Beweismittelerzeugung zu zwingen; Sondervotum Richter *Martens* und Richter *Kuris* zum EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 10.

[258] *Lohse/Jakobs*, in: Barthe/Gericke KK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 50, m. w. N.; vgl. zum Zwang *Gaede*, in: Christoph Knauer MüKO-StPO, Band 3/2, EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 320 ff.

[259] EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 68, [deutsch:] „Der Gerichtshof erinnert daran, dass das Recht auf Schweigen und das Recht, sich nicht selbst zu belasten, obwohl nicht ausdrücklich in Artikel 6 der

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Daneben schützt die Selbstbelastungsfreiheit – in zweiter Linie – die Unschuldsvermutung.[260] Danach trägt der Hoheitsträger die Beweis- und Darlegungslast für die Schuld des Angeklagten.[261] Als prozessualer Ansatz schützt das Schweigerecht damit zumindest auch die kommunikative Autonomie und effektive Verteidigung des Beschuldigten und avanciert zum elementaren Strukturprinzip eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens.[262] Den so gestalteten Vorrang der Willensausübungsfreiheit vor dem Mitwirkungszwang macht der EGMR materiell an der verfahrensrechtlichen Dimension der Selbstbelastungsfreiheit fest, dessen Unterminierung das Verfahren als unfair i. S. d. Art. 6 Abs. 1 EMRK erscheinen lässt.[263] Alle Teilaspekte – Menschenwürde, effektive Verteidigung und Unschuldsvermutung – sind damit Elemente eines gemeinsamen Herleitungsfundaments des EGMR, der das Schweigerecht und die Selbstbelastungsfreiheit jedenfalls auch als effektives Verfahrensgrundrecht anerkennt.[264] Welche rechtsdogmatische Grundlage und damit grundrechtliche Schutzfunktion der Selbstbelastungsfreiheit als Fair-trial-Grundsatz nach Art. 6 EMRK im jeweiligen Einzelfall zukommt, ist der Rechtsprechung nicht stets mit absoluter Klarheit zu entnehmen.

Gerade weil die Vertragsparteien die Selbstbelastungsfreiheit nicht einheitlich am Menschenwürdekern festmachen, spricht vieles dafür, dass der EGMR den nemo tenetur-Grundsatz jedenfalls auch als Verfahrensgrundrecht versteht und daher auch auf juristische Personen erstreckt.[265] Hierfür spricht auch, dass die weiteren Teilaspekte des Fair-trial-Grundsatzes auf juristische Personen übertragen wurden.[266] Eine zu natürlichen Personen vergleichbare Grundrechtsgefährdungslage dürfte insbesondere bei Kriminalstrafverfahren gegen juristische Personen vorliegen. Den „at the heart“ des fairen Verfahrens

---

Konvention (Art. 6) erwähnt, allgemein anerkannte internationale Standards sind, die den Kern des Konzepts eines fairen Verfahrens Artikel 6 (Art. 6) bilden. Ihr Sinn liegt unter anderem im Schutz des Angeklagten vor unzulässigem Zwang durch die Behörden, was zur Vermeidung von Justizirrtümern und zur Erfüllung der Ziele von Artikel 6 beiträgt“, sowie die dort angegebene Rechtsprechung.

260 EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 68, [englisch:] „In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention (art. 6-2).“

261 *Lohse/Jakobs*, in: Barthe/Gericke KK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 68.

262 *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 140 u. Rn. 177 für die Unschuldsvermutung.

263 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 102.

264 Die Selbstbelastungsfreiheit wird teilweise auch aus dem Prinzip der Verfahrensgerechtigkeit abgeleitet, die als Anknüpfungspunkt neben der Menschenwürde steht, vgl. *Rösinger*, Die Freiheit des Beschuldigten, S. 141, m. w. N.

265 Vgl. hierzu *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 371; *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 140.

266 *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 371 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

liegenden nemo tenetur-Grundsatz von vornherein und gesamtheitlich auszuschließen, mutet inkonsistent und überschießend an. Denn der Grundsatz gilt gegenüber natürlichen Personen nicht absolut[267] und könnte dementsprechend methodologisch auf materiell-sachlicher Schutzbereichsebene gegenüber juristischen Personen mit einer unternehmensspezifischen Begründung eingeschränkt werden.[268] Dennoch bleibt es im Ergebnis dabei, dass sich der EGMR nicht letztverbindlich entschieden hat. Insgesamt ist aus der Argumentation des Generalanwaltes damit jedoch jedenfalls nicht letztverbindlich abzuleiten, dass der EGMR das Schweigerecht ausschließlich am Menschenwürdekern festmacht. Bezeichnenderweise übernimmt der EuGH den Menschenwürdeansatz des Generalanwalts nicht, sondern nur dessen Ergebnis, wonach die Festlegung der „Tragweite des Rechts zu schweigen" von natürlichen Personen nicht auf Sanktionsverfahren gegen Unternehmen übertragen werden könne.[269]

3. Keine autonom unionsrechtliche Grundrechtsprüfung

Konsequenterweise fehlt es daher an einer autonom unionsrechtlichen unternehmensspezifischen Begründung zur (Nicht-)Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes. Die „Tragweite" bezieht sich auf dessen Anwendungs*umfang*, nicht dessen grundsätzliche Geltung. Auch Wils formuliert, dass eine „Ausweitung" der Selbstbelastungsfreiheit zu einem allgemeinen Schweigerecht, die Durchsetzungseffektivität der Wettbewerbsvorschriften unterminieren würde:

> „[…] the EU Courts have refused, in the context of the enforcement of Articles 101 and 102 TFEU by the European Commission, to *extend the privilege against self-incrimination to a general right to remain silent*, is that *such extension* would hinder the effective enforcement of Articles 101 and 102 TFEU by the European Commission."[270] [Unterstr. d. den Verf.]

Diese Rechtfertigung mag, wie bereits angedeutet, auf der sachlichen Schutzbereichsebene relevant werden, sie betrifft aber nicht die persönliche

---

267 *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 143.

268 Dadurch ermöglichte der EGMR einerseits eine maximale Schutzbereichserweiterung des nemo tenetur-Grundsatzes, ohne die nationalen Rechtsordnungen zu bedrängen, die keinen Menschenwürdeansatz verfolgen. Andererseits stünde es den Vertragsparteien frei, den sachlichen Schutzbereich einzuschränken, sofern es hierfür – etwa in Hinblick auf die Effektivität der Ermittlungsverfahren – unternehmensspezifische und nachgewiesene Gründe gibt.

269 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 48; Schlussanträge GA *Pikamäe* – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 99.

270 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 34.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schutzbereichsebene eines Schweigerechts für Unternehmen. Selbst wenn der EGMR die Menschenwürde als einzigen Schutztelos des nemo tenetur-Grundsatzes akzeptierte, müsste dies nicht zwangsläufig für Kartellverfahren gegen Unternehmen im Unionsrecht gelten. Der konventionsrechtliche Mindestschutz könnte durch ein weites Umsetzungsermessen unionsrechtlich höher angesetzt werden.[271]

Hierfür könnte etwa sprechen, dass eine Differenzierung der Schutzstandards zwischen natürlichen und juristischen Personen im Unionsrecht untauglich ist, weil natürliche Personen als Einzelunternehmer vom kartellrechtlichen Unternehmerbegriff umfasst sein können.[272] Für die Untersuchung ließe sich dem allerdings entgegenhalten, dass eine Kernbereichsbeschränkung durch eine natürliche Person eher eine akademisch-theoretische Möglichkeit darstellt. Der EuGH ist nach Art. 52 Abs. 3 GRCh jedenfalls nicht von einer autonom unionsrechtlichen Grundrechtsprüfung und legitimierenden Begründung befreit.

Eine solche kann auch nicht durch die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts ersetzt werden, das die Selbstbelastungsfreiheit als materielles Recht aus der Menschenwürdegarantie nach Art. 1 Abs. 1 GG ableitet und eine Übertragung auf juristische Personen daher ablehnt.[273]

Denn zum einen bleibt die Auslegung des Art. 6 EMRK oder Art. 48 GRCh von dieser Rechtsprechung und insbesondere deren Begründung methodolo-

---

271 *Lohse/Jakobs*, in: Barthe/Gericke KK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 42.

272 *F. Meyer*, in: FK, Art. 23 VO 1/2003, R. 241, Fn. 976.

273 Das BVerfG führt in BVerfGE 56, 37, 41 f. aus: „Durch rechtlich vorgeschriebene Auskunftspflichten kann die Auskunftsperson in die Konfliktsituation geraten, sich entweder selbst einer strafbaren Handlung zu bezichtigen oder durch eine Falschaussage gegebenenfalls ein neues Delikt zu begehen oder aber wegen ihres Schweigens Zwangsmitteln ausgesetzt zu werden. Wegen dieser Folgen ist die erzwingbare Auskunftspflicht als Eingriff in die Handlungsfreiheit sowie als Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG zu beurteilen. Ein Zwang zur Selbstbezichtigung berührt zugleich die Würde des Menschen, dessen Aussage als Mittel gegen ihn selbst verwendet wird.“ Dieser Zwang sei nach Art. 19 Abs. 3 GG bei juristischen Personen ausgeschlossen. Das BVerfG judiziert in E 95, 220, 242: „Jedenfalls dort, wo der Grundrechtsschutz an Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen anknüpft, die nur natürlichen Personen wesenseigen sind, kommt eine Erstreckung auf juristische Personen als bloße Zweckgebilde der Rechtsordnung nicht in Betracht.“ – „Der Zwiespalt, in den ein solcher Zwang den Einzelnen führt, muß vor allem aus Gründen der Menschenwürde vermieden werden (vgl. BVerfGE 56, 37 [42, 49]). Dieser Bezug schließt eine Erstreckung auf juristische Personen aus. Eine Lage, wie sie der Zwang zur Selbstbezichtigung für natürliche Personen heraufbeschwört, kann bei ihnen nicht eintreten.“; kritisch hierzu; *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 375 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gisch unberührt.[274] Zwar können juristische Personen und Personenvereinigungen auch auf Unionsebene nicht Subjekt der Menschenwürde sein[275] und strafprozessuale Rechte sind eng mit der Menschenwürdegarantie verknüpft.[276] Der Menschenwürdegehalt des Schweigerechts wurde aber auf Unionsebene nicht herausgearbeitet.[277] Der Gerichtshof hat die Menschenwürde als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts anerkannt,[278] GAin Stix-Hackl merkt gleichwohl an, dass zum einen die Verfassungsordnungen in den Mitgliedstaaten i. d. R. ein Bekenntnis, kein eigenständiges Grundrecht darstellen und es dem Gerichthof daher kaum möglich sein dürfte, „den Gewährungsinhalt der Menschenwürdegarantie des deutschen Grundgesetzes mit demjenigen der Garantie der Menschenwürde, wie sie vom Gemeinschaftsrecht anerkannt wird, ohne Weiteres gleichzustellen“[279]. Die Würde des Menschen des Art. 1 GG ist damit Vorbild für Art. 1 GRCh, das unionsrechtliche Verständnis der Würde ist aber autonom.[280] In Bezug auf die Prozesskostenhilfe ist der EuGH etwa ausdrücklich nicht der Rechtsprechung des BVerfG gefolgt. Obwohl das BVerfG wiederholt festgestellt habe, dass die Gewährung von Prozesskostenhilfe „zur Achtung der Menschenwürde notwendig sei, was bei juristischen Personen entfalle“, ist Art. 47 GRCh dahingehend auszulegen, dass die Gewährung nicht ausgeschlossen ist.[281] Der EuGH hat die Menschenwürde als übergeordnetes Konzept daher nicht ausentwickelt, sondern stellt im Einzelfall spezifische Anforderungen an die Ausgestaltung der Grundrechte.[282]

---

274 *F. Meyer*, in: SK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 15; *ders.*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 140; *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 372 und 374 ff.; Vertreter dieser Auffassung versäumen es, zu prüfen, ob der Menschenwürdeansatz auch in anderen Rechtsordnungen der Vertrags- oder Mitgliedstaaten das einzige Fundament der Selbstbelastungsfreiheit ist.

275 *Borowsky*, in: Charta der Grundrechte, Art. 1 GRCh, Rn. 40; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 1 GRCh, Rn. 9; vgl. aber Schlussanträge GA *Bobek* v. 13.7.2017 – Bolagsupplysningen – Rs. C-194/16, ECLI:EU:C:2017:554, Rn. 47 ff., der zwischen einer wesensorientierten und einer instrumentalen Anwendung der Persönlichkeitsrechte juristischer Personen differenziert.

276 *Borowsky*, in: Charta der Grundrechte, Art. 1 GRCh, Rn. 29.

277 *Borowsky*, in: Charta der Grundrechte, Art. 1 GRCh, Rn. 29.

278 EuGH, U. v. 14.10.2004 – Omega – Rs. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, Rn. 34, unter Verweis auf Schlussanträge GAin Stix-Hackl v. 18.3.2004 – Omega – Rs. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:162, Rn. 90; vgl. auch *Calliess*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 1 GRCh, Rn. 26.

279 Schlussanträge GAin Stix-Hackl v. 18.3.2004 – Omega – Rs. C-36/02, ECLI: EU:C:2004:162, Rn. 92.

280 *Frenz*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 1 GRCh, Rn. 5 ff.

281 EuGH, U. v. 22.12.2010 – DEB – Rs. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, Rn. 24 mit der Auffassung des BVerfG, Rn. 52, mit genauen Kriterien Rn. 62.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zum anderen ist die Menschenwürdeanknüpfung nicht nur in der innerdeutschen Literatur umstritten,[283] das Bundesverfassungsgericht verweist daneben jedenfalls auch auf die Verankerung der Selbstbelastungsfreiheit im Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG.[284] Hinzu kommt, dass die Entscheidungen des BVerfG vor dem Hintergrund ergangen sind, dass gegen juristische Personen lediglich eine Geldbuße im Sinne einer Ordnungswidrigkeit festgesetzt werden kann, die keine ethische Missbilligung enthält.[285] Der Fall eines kriminalstrafrechtlichen Verfahrens gegen eine juristische Person ist damit vom BVerfG nicht entschieden. Nach der hier vertretenen Ansicht kann nach dem gegenwärtigen Legitimationsstand aber nicht ausgeschlossen werden, dass es sich beim europäischen Kartellermittlungsverfahren um ein Kriminalstrafverfahren handelt.[286]

4. Fazit

Der EGMR hat keine Leitentscheidung dazu erlassen, ob der persönliche Schutzbereich des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen eröffnet ist. Zwar sprechen gewichtige Argumente für eine Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs und ein verfahrensrechtliches, nicht würdebezogenes Verständnis der Selbstbelastungsfreiheit. Eine eindeutige Position ist der Rechtsprechung des EGMR nicht zu entnehmen. Jedenfalls wird der Grundsatz nicht ausschließlich an der Menschenwürde angeknüpft. Dass das deutsche Bundesverfassungsgericht bislang primär diese Anknüpfung vornimmt, lässt sich nicht ohne Weiteres begründungslos auf das Konventions- oder Unionsrecht übertragen.

---

282 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 1 GRCh, Rn. 27, andererseits beschreibt das Präsidium des Grundrechtekonvents: „Die Würde des Menschen ist nicht nur ein Grundrecht an sich, sondern bildet das eigentliche Fundament der Grundrechte“, Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtskonvents vom 20.9.2000, Charte 4473/00 Convent 50, S. 3; vgl. aber auch *Borowsky*, in: Charta der Grundrechte, Rn. 34.

283 Ablehnend: *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 374 ff.; *Grabenwarter/Pabel*, in: EMRK/GG, Kap. 14, Rn. 166. Zustimmend: *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 138; *Queck*, Die Geltung, S. 121 ff.

284 BVerfGE, U. v. 25.8.2014 – 2 BvR 2048/13 – Rn. 13, unter Verweis auf BVerfGE 38, 105, S. 113 f.; 55, 144, S.150 f.; 56, 37, S. 43; 110, 1, S. 31; vgl. auch BVerfGE 110, 1, 31; vgl. auch mit einer umfassenden Darstellung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 375 f. Fn. 21.

285 BVerfGE, B. v. 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96 – Rn. 84.

286 Vgl. schon oben 2. Teil 4. Kap.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich aus der Rechtsprechung des EGMR daher nicht die legitimatorische Begründung ableiten, den persönlichen Schutzbereich des nemo tenetur-Grundsatzes nach Art. 6 EMRK aufgrund des Menschenwürdeansatzes nicht auf juristische Personen zu übertragen.

E. Ergebnis

Die dogmatische Legitimationskontrolle der faktischen Geltungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren hat ergeben, dass keine der in der Rechtsprechung der Unionsgerichte angegebene Begründung tragfähig ist. Dies gilt insbesondere für eine allein menschenwürdebezogene Auslegung des Fair-trial-Grundsatzes des Art. 6 EMRK, der sich aus der Judikatur des EGMR nicht nachweisen lässt. Der EGMR bleibt hinsichtlich der Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber „Unternehmen“ und juristischen Personen vage und argumentiert oftmals kasuistisch. Dass die Unionsgerichte und Generalanwälte die derzeit noch unklare Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK zur präzisierenden Auslegung der Grundrechtecharta fruchtbar zu machen versuchen, überzeugt daher nicht. Da zudem Erwägungen dazu fehlen, ob der so festgestellte Mindestgehalt des Art. 6 EMRK nach Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh in der Charta einen weitergehenden Schutz gewährt, lässt die Ergebnisorientiertheit als wahren Grund der Auslegung vermuten. Unternehmen im unionskartellrechtlichen Sinne soll der nemo tenetur-Grundsatz nicht zustehen.

Dem Grunde nach möglich bliebe hingegen die Auslegung der Art. 47 Abs. 2 GRCh und Art. 48 Abs. 1 GRCh anhand der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Zum einen bedürfte es hierfür aber einer genauen dogmatischen Begründung, weshalb und inwieweit es bei der Auslegung der Grundrechte auf die nationalen Rechtsordnungen ankommen kann. Zum anderen kann die Behauptung, die Rechtsordnungen erkennen ein Recht, die Zeugenaussage zu verweigern, nur natürlichen Personen zu, keinesfalls überzeugend auf den Rechtsvergleich des GA Darmon aus dem Jahr 1989 gestützt werden.

Es besteht damit gegenwärtig ein Legitimationsdefizit im europäischen Kartellermittlungsverfahren, soweit die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren aus den oben genannten Gründen abgelehnt wird. Da die Unionsgerichte keine allgemeine unternehmensspezifische Begründung entwickelt haben, um die Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte gegenüber Unternehmen zu reduzieren, lässt sich dieses Ergebnis – das Legitimationsdefizit – dem Grunde nach auch auf die anderen strafrechtlichen Einzelrechte übertragen. Da die Geltung des

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nemo tenetur-Grundsatzes legitimationsbedürftig ist, besteht im Ergebnis ein Legitimitätsdefizit, soweit Unternehmen und Unternehmensvereinigungen die Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit im unionsrechtlichen Kartellvorermittlungsverfahren generell aberkannt werden.

Dieses Ergebnis wirkt sich jedoch nicht zwangsläufig auf den sachlichen Anwendungs*umfang* des „Schweige- bzw. Geständnisverweigerungsrechts" aus, das die Unionsgerichte aus den Verteidigungsrechten des Unternehmens ableiten. Auch der nemo tenetur-Grundsatz wird gegenüber natürlichen Personen nicht absolut gewährleistet und gebietet daher ggf. auch gegenüber Unternehmen kein höheres Schutzniveau. Fraglich ist daher, ob die unternehmensspezifische Begründung der Reduktion des „Geständnisverweigerungsrechts" einer dogmatischen Legitimationskontrolle standhält.

§ 2 Die Legitimationsansätze der sachlichen Anwendungsreduktion

A. Keine unionsrechtliche Begründung

Der EuGH leitet das Schweigerecht aus der Wahrung der Verteidigungsrechte als fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ab.[287] Das Schweigerecht wird reduziert auf das Recht, nicht gezwungen zu werden, die Beteiligung an einer Zuwiderhandlung eingestehen zu müssen.[288] Die sachliche Anwendungsreduktion des Schweigerechts wird mit der Begründung legitimiert, dass die Anerkennung eines Rechts auf uneingeschränkte Aussageverweigerung über das hinausginge, was für die Wahrung der Rechte der Verteidigung der Unternehmen erforderlich ist, und eine nicht gerechtfertigte Behinderung der Kommission bei der Erfüllung der Aufgabe wäre, über die Einhaltung der Wettbewerbsregeln im Gemeinsamen Markt zu wachen.[289] Eine *unternehmensspezifische* Begründung dafür, weshalb dies so ist, ist der Rechtsprechung der Unionsgerichte nicht zu entnehmen. Die Legitimität der spezifischen Absenkung des sachlichen Anwendungsbereichs strafrechtlicher

[287] EuGH, U. v. 6.10.2021 – Sumal – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 53; EuGH, U. v. 3.9.2009 – Prym and Prym – Rs. C-534/07, ECLI:EU:C:2009:505, Rn. 26; EuGH, U. v. 29.6.2006 – Showa Denko – Rs. C-289/04 P, ECLI:EU:C:2006:431, Rn. 68; EuGH, U. v. 2.3.2003 – Thyssen Stahl – Rs. C-194/99 P, ECLI:EU:C:2003:527, Rn. 30, m. w. N.; vgl. hierzu schon EuGH, U. v. 18.1.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 30 ff.

[288] So die ständige Rechtsprechung, die begründet wurde mit: EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 35, vgl. oben ausführlich unter 2. Kap. § 2 B. I.

[289] EuG, U. v. 20.4.1999 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. T-306/94 u. a., ECLI:EU:C:1999:80, Rn. 448.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verfahrensrechte lässt sich nicht anhand objektiv dogmatischer Kriterien überprüfen.

B. Keine konventionsrechtliche Begründung

In Ermangelung einer Leitentscheidung ist der EGMR-Rechtsprechung keine unternehmensspezifische Begründung für die Anwendungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber juristischen Personen zu entnehmen. Grundsätzlich fällt der Zwang zur aktiven Erteilung von Auskünften oder Herausgabe von Dokumenten in den sachlichen Schutzbereich des nemo tenetur-Grundsatzes.[290]

Gegenüber natürlichen Personen ist die Selbstbelastungsfreiheit zwar – mit Ausnahme absolut geschützter Grundrechtspositionen, insbesondere Art. 3 EMRK[291] – im Rahmen der Verhältnismäßigkeit materiell einschränkbar, solange ihr Wesensgehalt unangetastet bleibt.[292] Der EGMR überprüft eine Kernbereichsverletzung des nemo tenetur-Grundsatzes jedoch zentral anhand der Art und des Ausmaßes des angewandten Zwangs, der Existenz angemessener Garantien im Verfahren sowie der Verwendung der so erlangten Beweismittel:[293]

> „[…] in order to determine whether the essence of the applicants' right to remain silent and privilege against self-incrimination was infringed, the Court will focus on the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence, the existence of any relevant safeguards in the procedure, and the use to which any material so obtained was put."[294]

Da Art. 6 EMRK keine relativen oder absoluten Beweisverwertungsverbote kennt,[295] hängt die Zulässigkeit der Anwendungsreduktion vom strafprozessu-

---

290 *Lohse/Jakobs*, in: Barthe/Gericke KK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 51; *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 146.

291 EGMR, U. v. 1.6.2010 – Gäfgen/Deutschland – Nr. 22978/05, Rn. 167.

292 EGMR, U. v. 8.2.1996 – Murray/Vereinigtes Königreich – Nr. 18731/91, Rn. 47; EGMR, U. v. 21.12.2000 – Heaney and McGuinness/Irland – Nr. 34720/97, Rn. 47; EGMR, U. v. 8.4.2004 – Weh/Österreich – Nr. 38544/97, Rn. 46; EGMR, U. v. 29.6.2007 – O'Halloran und Francis/Vereinigtes Königreich – Nr. 15809/02, Rn. 49 u. 53; EGMR, U. v. 7.4.2015 – O'Donnell/Vereinigtes Königreich – Nr. 16667/10, Rn. 48; EGMR, U. v. 13.9.2016 – Ibrahim u. a./Vereinigtes Königreich – Nr. 50541/08 u. a., Rn. 269; *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 143.

293 EGMR, U. v. 11.7.2006 – Jalloh/Deutschland – Nr. 54810/00, Rn. 101.

294 EGMR, U. v. 29.6.2007 – O'Halloran und Francis/Vereinigtes Königreich – Nr. 15809/02 u. 25624/02, Rn. 55.

295 EGMR, U. v. 5.11.2002 – Allan/Vereinigtes Königreich – Nr. 48539/99, Rn. 42 ff.; EGMR, U. v. 29.6.2007 – O'Halloran und Francis/Vereinigtes Königreich – Nr. 15809/02 u. 25624/02, Rn. 53.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

alen Zusammenhang im Einzelfall ab, in dem der illegitim erlangte Beweis verwendet wird.[296] Entscheidend kommt es darauf an, dass das Verfahren in seiner Gesamtheit fair ist.[297] Wann dies der Fall ist, ist der kasuistischen und einzelfallbezogenen Rechtsprechung nicht generell abstrakt zu entnehmen. Grundsätzlich ist das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Verfolgung der Straftat und der Bestrafung des Täters zu berücksichtigen und gegen das Interesse des Einzelnen an einer rechtmäßigen Beweismittelgewinnung gegeneinander abzuwägen.[298] Selbst direkter Zwang begründet daher nicht automatisch einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK.[299] Die Selbstbelastungsfreiheit steht folglich der strafverfahrensrechtlichen Verwertung von Beweismitteln nicht entgegen, die unabhängig vom Willen des Betroffenen existieren und etwa durch einen Beschluss erlangt werden können.[300] Der Wesensgehalt der Selbstbelastungsfreiheit ist jedoch unzulässig berührt, wenn ein Aussage- oder Herausgebezwang für belastende Unterlagen begründet wird.[301] Eine faktische Kernbereichsverletzung kann zudem nicht durch das öffentliche Verfolgungsinteresse oder die Komplexität der strafrechtlichen Ermittlungen gerechtfertigt werden.[302]

Für die Untersuchung des Anwendungsumfangs des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber Unternehmen im Kartellermittlungsverfahren kann hieraus

---

[296] EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 71; zuletzt: EGMR, U. v. 13.9.2016 – Ibrahim u. a./Vereinigtes Königreich – Nr. 50541/08 u. a., Rn. 269: „What is crucial in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial“.

[297] EGMR, U. v. 5.11.2002 – Allan/Vereinigtes Königreich – Nr. 48539/99, Rn. 42.

[298] EGMR, U. v. 11.7.2006 – Jalloh/Deutschland – Nr. 54810/00, Rn. 97; Zu den Abwägungskriterien im Einzelnen, vgl. EGMR, U. v. 13.9.2016 – Ibrahim u. a./Vereinigtes Königreich – Nr. 50541/08 u. a., Rn. 274.

[299] EGMR, U. v. 29.6.2007 – O'Halloran und Francis/Vereinigtes Königreich – Nr. 15809/02 u. 25624/02, Rn. 53, [englisch:]„[…] not […] any direct compulsion will automatically result in a violation. While the right to a fair trial under Article 6 is an unqualified right, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case“; [deutsch:] „nicht jeder unmittelbare Zwang führt automatisch zu einem Verstoß. Zwar wird das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 uneingeschränkt gewährleistet, was jedoch ein faires Verfahren ausmacht, kann nicht Gegenstand nur einer unabänderbaren Vorschrift sein, sondern muss von den Umständen des Einzelfalls abhängen.“; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig, u. a., Rn. 131.

[300] EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 69; EGMR, U. v. 21.12.2000 – Heaney and McGuinness/Irland – Nr. 34720/97, Rn. 40; EGMR, U. v. 11.7.2006 – Jalloh/Deutschland – Nr. 54810/00, Rn. 100; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 138.

[301] *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24, Rn. 138; vgl. auch EGMR, U. v. 11.7.2006 – Jalloh/Deutschland – Nr. 54810/00, Rn. 97, zur Unzulässigkeit der Kernbeschränkung.

[302] EGMR, U. v. 10.3.2009 – Bykov/Russland – Nr. 4378/02, Rn. 93; EGMR, U. v. 21.12.2000 – Heaney and McGuinness/Irland – Nr. 34720/97, Rn. 57.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aber wenig geschlussfolgert werden. Zum einen stellen diese Kriterien keine abstrakt generelle dogmatische Legitimationsgrundlage für die spezifische Reduktion des Anwendungsumfangs gegenüber juristischen Personen dar. Darüber hinaus bleibt unklar, ob und inwieweit die Kriterien, wie „die Art und das Ausmaß des Zwangs bei der Beweisgewinnung", auf juristische Personen übertragbar sind. Der psychische Druck, den eine natürliche Person im Rahmen einer strafrechtlichen Vernehmung ausgesetzt ist, könnte deutlich über das hinausgehen, was eine juristische Person bzw. deren Vertreter im Rahmen eines kartellrechtlichen „dawn-raids" aushalten müssen.[303] Zum anderen beziehen sich auch die Unionsgerichte nicht auf diesen Maßstab, sondern reduzieren den Anwendungsumfang unmittelbar auf das absolute Minimum.

C. Unklare Reichweite der „not with full stringency"-Doktrin

Die Legitimation der sachlichen Anwendungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes gewinnt darüber hinaus durch die unklare Reichweite der „not with full stringency"-Doktrin des EGMR an Komplexität. Danach sind die strafrechtlichen Fundamentalgarantien im Strafrechtsbereich *im weiteren Sinne* nicht notwendigerweise in vollem Umfang anwendbar:

> „Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency."[304]

Zwar bezieht sich der konkrete Kontext der Entscheidung nur auf die Legitimation der erstinstanzlichen Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion (im weiteren Sinne) durch eine Verwaltungsbehörde. Der Wortlaut der Entscheidung, der sich ausdrücklich auf „the criminal-head guarantees" bezieht, spricht jedoch für eine unbeschränkte Geltung für alle strafrechtlichen Verfahrensrechte des Art. 6 EMRK und damit auch den nemo tenetur-Grundsatz.[305] In Kammerer konstatiert der EGMR:

> „The approach adopted in the Jussila v. Finland case, namely to apply the criminal head guarantees of Article 6 in a differentiated manner depending on the nature of the issue and the degree of stigma certain criminal cases carried, is, in the Court's view, not limited to the issue of the lack of an oral hearing but may be extended to other procedural issues covered by Article 6, such as, in the present case, the presence of a accused at a hearing."[306]

---

[303] Ob und warum dieser mögliche, aber nicht notwendige Unterschied ausreichen soll, den nemo tenetur-Grundsatz derart massiv zu beschränken, bleibt aber offen.

[304] EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43.

[305] EGMR, U. v. 23.11.2006 – Jussila/Finland – Nr. 73053/01, Rn. 43.

[306] EGMR, U. v. 12.5.2010 – Kammerer/Österreich – Nr. 32435/06, Rn. 27; vgl. auch EGMR, U. v. 10.7.2014 – Marčan/Kroatien – Nr. 40820/12, Rn. 35.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Welche strafrechtlichen Verfahrensgarantien noch als „abdingbar“ einzuordnen sind, ist aber umstritten.[307] Ob der nemo tenetur-Grundsatz aufgrund seiner zentralen Bedeutung darunterfällt, ist höchstrichterlich nicht entschieden. Auch ob die Kumulation mehrerer nicht in vollem Umfang angewendeter Strafverfahrensrechte das Verfahren im Rahmen der notwendigen Einzelfallbetrachtung insgesamt unfair gestalten würde oder die Doktrin durch die Verhängung einer Strafsanktion durch eine Verwaltungsbehörde wie im Kartellverfahren „verbraucht“ ist, ist objektiv nicht geklärt.[308] In einem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren käme die Legitimation der Geltungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes auf dieser Doktrin damit nicht mehr in Betracht. Selbst wenn man dies zuließe und daneben eine Reduktion des Schweigerechts auf dieser Grundlage zu legitimieren versuchte, fänden die Rechte „nicht notwendigerweise“ in vollem Umfang Anwendung. Es handelt sich also um eine fakultative Reduktion. Der dogmatisch unbestimmten Doktrin lässt sich zudem kein abstrakter Konkretisierungsmaßstab abringen, inwieweit die Reduktion zulässig ist und wie man dies objektiv bestimmen will. Nach der hier vertretenen Ansicht scheidet die Reduktion des sachlichen Anwendungsumfangs des nemo tenetur-Grundsatzes im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren auf dieser Grundlage zuletzt bereits daher aus, weil das unionsrechtliche Kartellermittlungsverfahren nicht nachgewiesenermaßen dem Strafrecht im weiteren Sinne zuzuordnen ist.[309]

D. Zwischenergebnis

Anders als in Hinblick auf den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes findet eine unternehmensspezifische Legitimation der Anwendungsreduktion weder im Konventions- noch im Unionsrecht statt. Die Unionsgerichte führen lediglich behauptend aus, dass eine uneingeschränkte Aussageverweigerung über das hinausginge, was für die Wahrung der Rechte der Verteidigung der Unternehmen erforderlich sei. Der Funktionsfähigkeit der Kartellermittlung wird damit per se absoluter Vorrang vor dem Interesse des

[307] Sondervotum Richter Albuquerque EGMR, U. v. 15.11.2016 – A u. B/Norwegen – Nr. 24130/11 u. 29758/11, Sondervotum a. E., Rn. 28.

[308] Vgl. ablehnend *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 217, wonach die maximal zulässige Abweichung schon bei der Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion durch eine Verwaltungsbehörde liegt und für weitere Reduktionen nicht mehr in Betracht kommt.

[309] Vgl. hierzu oben unter 3. Teil 4. Kap.; innerhalb des Kernstrafrechts kommt eine Reduktion auf dieser Grundlage von vornherein nicht in Betracht, vgl. *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 21.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Unternehmens eingeräumt, sich nicht selbst zu belasten.[310] Eine Einzelfallabwägung, etwa anhand der Vorgaben aus dem Konventionsrecht – der Art und des Ausmaßes des angewandten Zwanges –, findet nicht statt. Auf dieser Grundlage kann eine Legitimationskontrolle des konkreten Anwendungsumfangs der Selbstbelastungsfreiheit für Unternehmen im Kartellermittlungsverfahren nicht erfolgen.

§ 3 Ergebnis

Die dogmatische Legitimationskontrolle der *Geltungsreduktion* des nemo tenetur-Grundsatzes im europäischen Kartellermittlungsverfahrens aufgrund der Unternehmereigenschaft hat ein Legitimationsdefizit festgestellt. Die von den Unionsgerichten vorgebrachten Begründungen sind untauglich, um Unternehmen im unionskartellrechtlichen Sinne die Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit legitimerweise vollständig vorzuenthalten. Die rein faktische Unternehmereigenschaft reicht für sich genommen nicht aus, um einer grundrechteberechtigten juristischen Person fundamentale Strafverfahrensrechte vorzuenthalten.[311]

In Hinblick auf die *Anwendungsreduktion* des nemo tenetur-Grundsatzes fehlen für eine Legitimationskontrolle bereits dogmatische Prüfkriterien. Die Überprüfung der konkreten Anwendungsreduktion ist damit nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung und Wissenschaft nicht möglich. Damit bleibt unklar, ob strafrechtliche Verfahrensrechte der Charta und der EMRK, insbesondere die Selbstbelastungsfreiheit, aufgrund der Unternehmereigenschaft der Adressaten legitimerweise reduziert werden können und dürfen sowie in welchem Umfang.

4. Kapitel

Gesamtergebnis des dritten Teils

§ 1 Ergebnisse und Lösungsansätze

Das europäische Kartellermittlungsverfahren hat ein Legitimationsdefizit, soweit die Geltungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes an der Unternehmereigenschaft der juristischen Person des Sanktionsadressaten festgemacht wird. Grundrechtsberechtigten Unternehmen kann die Geltung fundamentaler strafrechtlicher Verfahrensrechte nicht allein aufgrund der faktischen Tatsache

[310] *Barthelmeß/Rudolf*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u. a., Art. 18 VO 1/2003, Rn. 46.

[311] Vgl. schon oben unter 2. Kap. § 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verwehrt werden, dass sie Unternehmen sind. Erforderlich ist eine rechtliche Legitimation, die den Schutzbereich der jeweiligen strafrechtlichen Einzelrechte unternehmensspezifisch ausleuchtet und dessen Reduktion dogmatisch begründet. Die bisherigen Begründungsansätze der Unionsgerichte, auf deren Grundlage die Nichtgeltung des nemo tenetur-Grundsatzes im EU-Kartellrecht legitimiert werden soll, tragen jedoch nicht. Der EGMR hat über die Geltung des Schweigerechts für juristische Personen und dessen Anknüpfung an der Menschenwürde noch nicht entschieden. Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes zu verweigern, ist daher illegitim.

Das in Hinblick auf das Schweigerecht bestehende spezifisch verfahrensrechtliche Legitimations- und Legitimitätsdefizit ließe sich auflösen, wenn eine tragfähige unternehmensspezifische Begründung entwickelt würde, weshalb der persönliche Schutzbereich des nemo tenetur-Grundsatzes nicht für Unternehmen eröffnet ist. Solange es hieran fehlt, verbleibt die Möglichkeit, das Schweigerecht und die Mitwirkungsfreiheit als Einzelgarantien des Fairtrial-Grundsatzes auch juristischen Personen und Unternehmen zuzugestehen.

Bezüglich des konkreten sachlichen Anwendungsumfangs des Schweigerechts konnte die Untersuchung jedoch keine Legitimationskontrolle vornehmen. Hierfür fehlen dogmatische und unternehmensspezifische Legitimationsansätze, die überprüft werden könnten. Fest steht allerdings, dass der nemo tenetur-Grundsatz nach der Rechtsprechung des EGMR natürlichen Personen gegenüber nicht absolut gilt. Der spezifische Schutzumfang für juristische Personen bleibt hingegen unklar.

§ 2 Folgen für den Fortgang der Untersuchung

Für den Fortgang der Untersuchung ergibt sich daraus, dass ein Maßstab entwickelt werden muss, anhand dessen eine objektive Legitimationskontrolle des sachlichen Schutzbereichs des Schweigerechts gegenüber Unternehmen im Kartellvorermittlungsverfahren vorgenommen werden kann. In Ermangelung konventions- oder unionsrechtlicher Legitimationsansätze verbleibt die Möglichkeit, das verfahrensrechtliche Legitimationszustand der Mitgliedstaaten der Europäischen Union anhand eines wertenden Rechtsvergleichs zu analysieren. In Anlehnung an den Rechtsvergleich, den GA Darmon im *Orkem*-Urteil vornahm, sollen die nationalen Rechtsordnungen herangezogen werden, um zu prüfen, ob und inwieweit Unternehmen und juristischen Personen ein Schweigerecht und die Mitwirkungsfreiheit zugestanden wird.[312]

[312] Vgl. Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 99 ff., der jedoch zunächst die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen aus dem Gemeinschaftsrecht prüft und ablehnt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Aufgrund der hier vertretenen Auffassung, dass das Unionskartellverfahren nicht zweifelsfrei dem Strafrecht im weiteren Sinne zuzuordnen ist, soll im Unterschied zum Vorgehen des Generalanwalts an den nationalen Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren der Mitgliedstaaten angeknüpft werden. Dabei soll geprüft werden, ob ihnen eine gemeinsame Verfassungstradition zu entnehmen ist, die als Vergleichsmaßstab auf das Unionsrecht übertragen werden kann. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen könnten dann verlangen, im Rahmen europäischer Kartellermittlungsverfahren jedenfalls nicht schlechter gestellt zu werden als Unternehmen im Rahmen nationaler Kriminalstrafermittlungsverfahren. Der konkrete Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte für Unternehmen ist so überhaupt erst überprüfbar und die fehlende unionsrechtliche Sanktionsdogmatik wirkte sich in der faktischen Verfahrenspraxis der Kommission nicht negativ für Unternehmen aus. Die Untersuchung will so einen objektiven Vergleichsmaßstab entwickeln, um zu überprüfen, ob das Kartellermittlungsverfahren einen hinreichenden strafverfahrensrechtlichen Legitimationszustand erreicht.

Sodann soll anhand des auf den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten beruhenden objektiven Vergleichsmaßstabs überprüft werden, ob die zu einem Geständnisverweigerungsrecht reduzierte Selbstbelastungsfreiheit in ihrer konkreten Ausgestaltung die Verhängung von Kartellsanktionen für *hard-core*-Verstöße legitimiert.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Teil

Die Genese eines Legitimationsmaßstabs aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Kontrolle des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellvorermittlungsverfahren

Nachdem im dritten Teil die Unternehmereigenschaft der Kartellsanktionsadressaten als zweiter Legitimationsansatz der Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte betrachtet wurde, soll deren gegenwärtige faktische Anwendungsreduktion anhand eines objektiven Vergleichsmaßstabs einer Legitimationskontrolle unterzogen werden. Der Fokus liegt dabei auf dem Recht zu schweigen und die Mitwirkung an der Ermittlung zu verweigern. Der vierte Teil widmet sich daher zunächst der Genese eines solchen Legitimationsmaßstabs aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

1. Kapitel

Die Genese eines Legitimationsmaßstabs

§ 1 Einleitung

A. Notwendigkeit der Genese eines Legitimationsmaßstabs

Die Genese eines Legitimationsmaßstabs ist notwendig, da die Untersuchung des gegenwärtigen strafverfahrensrechtlichen Legitimationszustands des europäischen Kartellermittlungsverfahrens – in Hinblick auf das Schweigerecht – ein spezifisches verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit aufgedeckt hat. Zwar lässt sich der Geltungs- und Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensgrundrechte durch die Rechtsprechung von EuGH und EGMR teilpräzisieren. Gegenwärtig ist jedoch nicht *objektiv* überprüfbar, ob das so gefundene konkrete Anwendungsniveau strafrechtlicher Verfahrensabwehrrechte *de lege lata* einen *hinreichenden* strafverfahrensrechtlichen Legitimationszustand bildet, um Ermittlungsmaßnahmen und darauffolgende schwerste Bußgelder für *hard-core*-Kartellverstöße zu legitimieren. In Bezug auf den

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Geltungsumfang sind die dargestellten Anknüpfungspunkte nicht tragfähig, in Hinblick auf den Anwendungsumfang fehlen unternehmensspezifische Anknüpfungspunkte vollständig. Gleiches gilt – im Umkehrschluss – für die hier zu überprüfende Ausgangsthese, wonach das Geltungs- und Anwendungsniveau angehoben werden müsse. Diesem Missstand will und muss sich die Untersuchung methodologisch durch die Genese eines „neuen" objektiven Kontrollmaßstabs bzw. dessen Renaissance annehmen. Ausgangspunkt hierfür ist die Rückbesinnung auf die Ausgangsthese, mithin die zentrale legitimatorische Kritik am europäischen Kartellermittlungsverfahren: der unklare Anwendungs- und Geltungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte der Grundrechtecharta.

B. Anknüpfungspunkt des Legitimationsmaßstabs

Die Suche nach einem Anknüpfungspunkt zur Genese des Legitimationsmaßstabs muss daher zunächst bei der Grundrechtecharta beginnen. Zur legitimatorischen Prüfung der Beschränkung von Grundrechten bedarf es einer Betrachtung der Schranken-Schranke. Fündig wird man bei Art. 52 GRCh, der zur präzisierenden und legitimierenden Auslegung des Geltungs- und Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte unter anderem in Abs. 4 auf die *gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten* als Rechtserkenntnisquelle verweist.[1] Hinsichtlich der Zulässigkeit des Rückgriffs auf die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zur konkretisierenden Determinierung des Unionsrechts bestehen bereits ob des ausdrücklichen Wortlauts der Charta keine Bedenken. Früh hat Generalanwalt Slynn zudem konstatiert:

> „[d]ass eine vergleichende Betrachtung nationaler Rechtsordnungen als Hilfsmittel für die Entscheidung über den Inhalt des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden kann […]."[2]

An der Legitimität des Rückgriffs hat sich auch mit dem Inkrafttreten der Charta nichts geändert.[3] Für das Verständnis des nachfolgenden Vorgehens

---

[1] Die Begriffe „Verfassungstradition" und „Verfassungsüberlieferung" werden in den einschlägigen Quellen und daher auch hier als Synonym verstanden und gebraucht.

[2] Schlussanträge GA *Slynn* v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1649, m. w. N., insbesondere auf die Rechtsprechung des EuGH; das Vorgehen entspricht insbesondere dem, das in den Schlussanträgen GA Darmon v.18.5.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 99 ff., zur Bestimmung der Geltung des Schweigerechts vorgenommen wurde.

[3] Zwar lässt sich in Hinblick auf den Anwendungszweck und den Nutzen der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als Auslegungshilfe und Rechtsfortbildungsinstrument streiten – dazu unten unter § 3 –, an der methodologischen Legitimität des Rückgriffs kann jedoch bereits deshalb kein Zweifel bestehen, weil die Grund-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ist es entscheidend, „die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen“ methodologisch nicht als – unzulässiges – Instrument der Inkorporierung genuin nationaler Rechtsvorschriften „als solche“ in das Unionsrecht fehlzuinterpretieren. Viel eher ist die *gemeinsame* Verfassungsüberlieferung das potenzielle Destillat einer wertenden Rechtsvergleichung aller nationalen Rechtsordnungen, die zudem eines „Integrationsaktes“ bedarf, durch den das den nationalen Rechtsordnungen Gemeinsame zu genuin unionsrechtlichen allgemeinen Rechtsgrundsätzen metamorphosiert.[4] Die Untersuchung will daher einen objektiven Prüfungs- und Legitimationsmaßstab aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten der EU im Wege der wertenden Rechtsvergleichung herleiten, um so den Geltungs- und Anwendungsbereich strafverfahrensrechtlicher Grundrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren zu konkretisieren.

Bisherige wissenschaftliche Ansätze zur Auslegung der Charta-Grundrechte wurden – zum Teil ausschließlich – anhand der EMRK vorgenommen.[5] Für die vorliegende Untersuchung erscheint dieses Vorgehen indes vor dem dargestellten Hintergrund der gegenwärtigen Rechtsprechungspraxis der qualitativ reduzierten Geltungsanforderungen der Strafverfahrensrechte nicht zielführend. Zum einen lassen sich aus der EMRK keine Anhaltpunkte ableiten, inwieweit strafrechtliche Verfahrensrechte gegenüber juristischen Personen generell reduziert werden können. Zum anderen kann für die Entwicklung eines objektiven Vergleichsmaßstabs, der die gefestigte Rechtsprechung des EGMR und der Unionsgerichte – etwa der *Orkem*-Rechtsprechung – kritisch überprüfen will, nicht von deren unumstößlicher Richtigkeit ausgegangen werden.[6]

Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen fristen als Auslegungsmethode und zur Rechtsfortbildung jedoch ein Schattendasein. Deren Entstehung, Geltungsumfang und Anwendungsanforderungen sind weder durch die Unionsgerichte noch die Literatur präzise konturiert. Der primäre Fokus der

---

rechtecharta in Art. 52 Abs. 4 GRCh weiterhin auf sie verweist; vgl. zu den Hintergründen *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 40.

[4] Dazu genauer sogleich; vgl. Schlussanträge GA *Slynn* v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1649; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66 f.; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Rn. 68 ff.

[5] Hierzu ausführlich oben unter Einleitung. D. IV. 1.

[6] Die Literatur setzt sich an dieser Stelle oft nicht mit den jeweiligen Begründungen des EuGH und des EGMR auseinander oder überprüft, ob die Begründung für die Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte zutrifft. Die Begründungen werden oft unkritisch übernommen. Teilweise wird aber auch eine eigene mögliche Auslegung der GRCh und der EMRK an die Stelle der Auslegung durch die Unionsgerichte oder des EGMR gesetzt. Dies ist selbstverständlich begrüßenswert, führt aber – anders als beim Bestehen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes – nicht dazu, dass am Ende ein verbindlicher Anspruch auf Anpassung der Verfahrensrechte besteht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Untersuchung muss demnach auf der Herleitung und Konkretisierung des Rechtskonstrukts als Auslegungsmethode der Grundrechtecharta liegen.

§ 2 Herleitung und Konkretisierung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als Auslegungsmethode der Grundrechtecharta

A. Der gesetzliche Anknüpfungspunkt im Primärrecht

Die zu untersuchende Tragweite und Auslegung der (Grund-)Rechte sowie Grundsätze der Europäischen Grundrechtecharta bestimmt sich nach Art. 52 GRCh. Während Art. 52 Abs. 1 GRCh eine allgemeine Schrankenklausel und die Absätze 2 und 3 Transferklauseln darstellen, sind die Absätze 4–7 Auslegungshilfen.[7] Diese umfassen – neben den klassischen Auslegungsmethoden[8] – nach Art. 52 Abs. 4 GRCh die *gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen* („*common constitutional traditions*"/„*traditions constitutionnelles communes*")[9] der Mitgliedstaaten, die nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs mit der EMRK als Rechtserkenntnisquellen die Ausgangspunkte der Auslegung der Charta bilden.[10] Nach Art. 52 Abs. 4 GRCh gilt:

> „Soweit in dieser Charta Grundrechte anerkannt werden, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, werden sie im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt."

Der Rechtsbegriff der „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten" in Absatz 4 entspricht und beruht nach den Erläuterungen der Grundrechtecharta auf dem inhaltsgleichen Begriff in Art. 6 Abs. 3 EUV und trägt dem vom Gerichtshof dort entwickelten Ansatz gebührend Rechnung.[11] Nach Art. 6 Abs. 3 EUV gilt:

---

[7] *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 3; *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Rn. 94; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Rn. 1 ff.

[8] *Weber*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, B. II. 2. Rn. 6 f. Die wörtlich-grammatikalische, systematisch-kontextuelle, teleologische und historische Auslegung.

[9] Vergleichbar, wenn auch mit entgegengesetzter Stoßrichtung, überlässt der EGMR den Vertragsstaaten einen Spielraum bei der Umsetzung der EMRK, je nachdem, inwieweit ein „common ground"/„dénominateur commun" der nationalen Rechtsordnungen besteht, vgl. EGMR, U. v. 28.6.2007 – Wagner u. J.M.W.L/Luxemburg – Nr. 76240/01, Rn. 128.

[10] Vgl. EuGH, U. v. 18.06.1991 – ERT – Rs. C. 260/89, ECLI:EU:C:1991:254, Rn. 41.

[11] Erläuterungen der Charta zu Art. 52 Abs. 4 GRCh, Abl. v. 14.12.2007 C-303/34; Art. 340 Abs. 2 AEUV begründet die außervertragliche Haftung der Union unter Bezug auf die „allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind"; *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 82 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts."

Beide Vorschriften sind also eng miteinander verknüpft[12] und bilden gemeinsam den normativen Anknüpfungspunkt der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen.[13] Insoweit kommt es für das heutige Verständnis des methodischen Ansatzes auch auf die bisherigen Ausführungen des EuGHs zu Art. 6 Abs. 3 EUV an.[14] Sie enthalten jedoch unterschiedliche Anwendungszwecke. Artikel 6 Abs. 3 EUV betrifft die *Genese* ungeschriebener Grundrechte, Art. 52 Abs. 4 GRCh die *Auslegung* bestehender Grundrechte. Die Grenzen beider Anwendungszweckes sind jedoch nicht immer eindeutig abgrenzbar.[15] Unklar ist zudem, was begrifflich unter den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zu verstehen ist.

B. Begriffsbestimmung

Der Begriff der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen oder -traditionen ist nicht legaldefiniert. Das Primärrecht verweist jedoch – wie bereits die Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft[16] – an zahlreichen Stellen auf den Begriff.[17] Die Präambel der Charta deutet auf die „gemeinsamen Verfassungstraditionen bzw. Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten" spezifisch im Kontext der Grundrechte hin.[18] Das Europäische

---

12 Nach den Erläuterungen der Charta beruht Art. 52 Abs. 4 GRCh auf dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 EUV, Abl. v. 14.12.2007 C-303/34; auch die einschlägige Literatur differenziert für die Anwendung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zur Genese und Auslegung nicht zwischen den Vorschriften.

13 *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 49.

14 Vgl. *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52, Rn. 83.

15 Hierzu sogleich unten unter § 3 C.

16 Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission Nr. 1: „Das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission unterstreichen die vorrangige Bedeutung, die sie der Achtung der Grundrechte beimessen, wie sie insbesondere aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten sowie aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten hervorgehen.", v. 27.4.1977, Abl. EG 1977 C 103/1.

17 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit und auch nicht immer wortlautgetreu finden sich Inbezugnahmen in: Art. 2, 4 Abs. 2, 6 Abs. 3 EUV; Art. 340 Abs. 2 AEUV.

18 Vgl.: Präambel der Charta der Grundrechte, v. 18.12.2000, Abl. 2000/C 364/8; Art. 6 Abs. 3 EUV Art. 52 Abs. 4 GRCh; auch die Erläuterungen der Charta, die nach Art. 52 Abs. 7 GRCh bei deren Auslegung gebührend zu berücksichtigen sind, und deren Präambel bekräftigen an vielen Stellen die gemeinsamen Verfassungstraditionen. Die Erläuterungen weisen bei Art. 10 Abs. 2 GRCh auf die „einzelstaatlichen Verfassungstraditionen und der Entwicklung der einzelstaatlichen Gesetzgebungen"

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Parlament, der Rat und die Kommission haben sich früh dazu verpflichtet, bei der Ausübung ihrer Befugnisse und Verfolgung ihrer Ziele die Grundrechte, wie sie sich insbesondere aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten ergeben, zu beachten.[19] Der EuGH weist im Jahr 1970 erstmalig auf die Bedeutung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten für den europäischen Grundrechtsschutz in der Entscheidung Internationale Handelsgesellschaft hin, deren Beachtung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehöre, deren Wahrung er zu sichern habe.[20] Später betont er im *Nold*-Urteil sogar, dass die Gewährleistung der Grundrechte von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszugehen habe. Er könne:

> „[…] keine Maßnahmen als Rechtens anerkennen, die unvereinbar sind mit den von den Verfassungen dieser Staaten anerkannten und geschützten Grundrechten."[21]

Auch heute noch wird den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen teils eine „fundamentale Bedeutung" für die Errichtung und Fortentwicklung der Unionsrechtsordnung zugesprochen.[22]

Trotz ihrer augenscheinlich grundrechtsrelevanten Funktion haben weder die Unionsorgane noch die Wissenschaft eine allgemeingültige Definition der „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen" entwickelt, sodass es einer genaueren Betrachtung und Herleitung des Konstrukts bedarf. Die Erkenntnisse der Untersuchung vorweggenommen, lässt sich eine gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten definieren als das konzentrierte Ergebnis einer wertenden Rechtsvergleichung der nationalen (Verfassungs-)Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Um Regelungslücken im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz zu schließen, wird das Ergebnis als legitimierende Rechtserkenntnisquelle zur Genese ungeschriebener Unionsgrundrechte sowie zur Auslegung bestehender Charta-Grundrechte methodologisch durch einen Inte-

---

hin; Art. 14 und Art. 49 GRCh (zur Verhältnismäßigkeit von Straftaten) auf die „gemeinsame verfassungsrechtliche Traditionen der Mitgliedstaaten"; Art. 37 auf „die Verfassungsbestimmungen einiger Mitgliedstaaten"; Art. 52 Abs. 5 GRCh zieht als Ansatz die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten zu „*Grundsätzen*" heran.

[19] Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission Nr. 2: „Bei der Ausübung ihrer Befugnisse und bei der Verfolgung der Ziele der Europäischen Gemeinschaften beachten sie diese Rechte und werden dies auch in Zukunft tun.", v. 27.4.1977, Abl. EG 1977 C 103/1.

[20] EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 4.

[21] EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4–73, Slg. 1974, 491, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 13; später auch EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 15; EuGH, U. v. 13.7.1989 – Wachauf – Rs. C-5/88, ECLI:EU:C:1989:321, Rn. 17; EuGH, U. v. 11.7.1989 – Schräder – Rs. 265/87, ECLI:EU:C:1989:303, Rn. 14.

[22] *Huber*, EuR 2022, S. 145, der die EMRK, die GRCh und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als Ausdruck einer universalen Ausprägung gemeineuropäischer Werte sieht und die Menschenwürde als deren archimedischen Punkt, S. 152 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

grationsakt als allgemeiner Rechtsgrundsatz als Teil der ungeschriebenen Rechtsquellen des Unionsrechts herangezogen.[23]

C. Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als Rechtserkenntnisquelle

Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten der EU sind ihrer Rechtsnatur nach *Rechtserkenntnisquellen*,[24] von denen das Unionsrecht die *Europäische Menschenrechtskonvention*[25] und die *gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten*[26] kennt.[27] Konsequenterweise betont der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass er die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts zu wahren hat, wobei er sich von den Hinweisen der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie der EMRK leiten lässt.[28] Deren methodologischer Anwendungsumfang ist kaum erforscht. Anerkannt ist jedoch, dass Rechtserkenntnisquellen der materiellen Genese und konkretisierende Auslegung des Anwendungsumfangs von *Rechtsquellen* dienen, was zunächst eine Abgrenzung erfordert.

I. Die Rechtsquellen der Unionsgrundrechte

Unter *Rechtsquellen* versteht man Rechtssätze, also den unmittelbaren Geltungsgrund des Rechts.[29] Die Grundrechte der Charta werden dabei durch *geschriebene* und *ungeschriebene* Rechtsquellen konstituiert.[30] Zur primären geschriebenen Rechtsquelle für den europäischen Grundrechtsschutz wurde die Charta der Grundrechte durch den Vertrag von Lissabon nach Art. 6 Abs. 1 EUV.[31] Die zweite ungeschriebene unionsrechtliche Rechtsquelle der Grund-

---

23 Vgl. hierzu auch *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje Europäisches Unionsrecht, Art. 19 EUV, Rn. 18 ff.

24 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 69.

25 Soweit ersichtlich erstmalig in: EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, Slg. 1974, 491, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 13.

26 Vgl. u. a., EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 4.

27 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 6 f.

28 So schon EuGH, Gutachten nach Art. 228 EGV v. 28.3.1996 Rs. 2/94, Rn. 33.

29 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 7; *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 50.

30 Vgl. *Zweigert*, S. 606 ff.

31 *Wanitschek*, Die Grundrechtecharta der Europäischen Union im Strafverfahren, S. 4; EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11/70,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechte[32] bilden die *allgemeinen Rechtsgrundsätze*.[33] Darunter sind nach Gaitanides:

> „[…] die Grundsätze, Regeln und Prinzipien zu verstehen, die – in mehr oder weniger konkreter Ausformung – Bestanteil der Rechts- oder Verfassungsordnung der Mitgliedstaaten sind."[34]

Der EuGH hat sich – wie aus dem Völkerrecht geläufig – früh zur Anwendung gewisser allgemeiner Rechtsgrundsätze bekannt.[35] Nach ständiger Rechtsprechung gehören die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die der Gerichtshof im Einklang mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zu wahren hat.[36]

Der Rückgriff auf die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten entnommenen Rechtsgrundsätze als eine ergänzende Rechtsquelle entsprach schon lange einer gefestigten Rechtsprechung des EuGH.[37] Die von den Mitgliedstaaten allgemein anerkannten Grundrechte sind danach Bestandteil des Unionssystems, das deren Wahrung im Rahmen der Union übertragenen Befugnisse und in Hinblick auf die der Gemeinschaft gesetzten Ziele – ausgehend von den gemeinsamen Überlieferungen der Mitgliedstaaten – garantiert.[38] Dabei soll die Befugnis des EuGH zur richterlichen Rechtsfortbildung bereits daraus entstehen, dass das Primärrecht eigenständig, aber knapp und notwendigerweise fragmentarisch ist.[39] Ohne eine richterliche Rechtsfortbildung könnte der EuGH seiner originären Verpflichtung nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu si-

---

ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 f.; neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist das Gewohnheitsrecht die zweite ungeschriebene Rechtsquelle, über deren Bedeutung sich heute sicher streiten lässt.

32 *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 51.

33 *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 16; *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje Europäisches Unionsrecht, Art. 19 EUV, Rn. 18.

34 *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje Europäisches Unionsrecht, Art. 19 EUV, Rn. 21.

35 Vgl. die Darstellung bei *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 608.

36 EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 13; EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 13; *Lenaerts/u. a.*, S. 828; *Lock*, in: The EU treaties and the Charter of Fundamental Rights, S. 2256.

37 Vgl. schon Art. 215 Abs. 2 EWG Vertrag: „Im Bereich der außervertraglichen Haftung ersetzt die Gemeinschaft den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind."; *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 609, m. w. N.

38 Schlussanträge GA *Trabucchi* v. 28.03.1974 – Nold – Rs. 4/73, ECLI:EU:C:1974:27, S. 512 f.

39 *Wieland*, NJW 2009, S. 1841, S. 1843.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

chern, kaum nachkommen.[40] Die dogmatisch genaue Begründung für die Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Unionsrecht ist indes nach wie vor unklar. Vertreten wird eine genuin gemeinschaftsrechtliche oder eine völkerrechtliche Begründung.[41] Da deren Geltung an sich jedoch anerkannt ist, kommt es für die Untersuchung auf die präzise dogmatische Begründung nicht an.[42]

Einigkeit besteht darin, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze unter Inbezugnahme der nationalen Verfassungsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten entwickelt werden und der Schließung unionsrechtlicher Regelungslücken dienen, die im Recht der EU und der Mitgliedstaaten gleichermaßen bestehen.[43] Dabei werden teilweise die „allgemeinen Rechtsgrundsätze" von den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen des *Unionsrechts*" abgegrenzt, die hinsichtlich unionsrechtlicher Anwendungsprobleme genuin unionsrechtliche Lösungsansätze entwickeln.[44] Erstere sind die hier relevanten Gemeinsamkeiten der Rechts- und Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten, die für den EuGH „Anhaltspunkt und Richtmaß" aus Ausfüllung von Regelungslücken im geschriebenen Unionsrecht sind.[45] Unter Letztere sollen etwa die unmittelbare Wirkung oder der Vorrang des Unionsrechts fallen.[46] Im Unterschied zu den Grund*rechten* verbriefen Grund*sätze* zwar keine subjektiven Rechte, son-

---

40 So auch *Wieland*, NJW 2009, S. 1841, S. 1843.

41 *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 62; für die *gemeinschaftsrechtliche* Geltung ließe sich an Art. 340 Abs. 2 AEUV, Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV oder dem Gemeinschaftsgewohnheitsrecht anknüpfen. Für eine *völkerrechtliche* Geltung spricht die Geltung der allgemeinen Grundsätze nach Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut.

42 Vgl. nur *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 62 ff., 68.

43 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 36; *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje Europäisches Unionsrecht, Art. 19 EUV, Rn. 21.

44 *Schwarze/Wunderlich*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 19 EUV, Rn. 23 ff.; *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje Europäisches Unionsrecht, Art. 19 EUV, Rn. 20; a. A. *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 62; teilweise ist die Differenzierung nicht explizit erkennbar vorgenommen, vgl. *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 57; der EuGH nimmt teilweise jedoch keine präzise Abgrenzung vor, wie etwa im U. v. 22.10.2002 – Roquette Frères – Rs. C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603, Rn. 23, wobei in der Überschrift von „den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts" und im Text von den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen" die Rede ist; vgl. auch EuGH, U. v. 8.3.2007 – Campina – Rs. C-45/06, ECLI:EU:C:2007:154, Rn. 32, wonach der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes als ein „allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts" anzusehen ist.

45 *Schwarze/Wunderlich*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 19 EUV, Rn. 23.

46 *Schwarze/Wunderlich*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 19 EUV, Rn. 24. *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje Europäisches Unionsrecht, Art. 19 EUV, Rn. 20.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dern binden die Unionsgerichte, denen nach Art. 19 Abs. 1 EUV die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge obliegt. Diejenigen Grundrechte, die der EuGH als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkennt, sind allerdings unmittelbar zu sichernde Bestandteile des Unionsrechts.[47]

II. Die Rechtserkenntnisquellen der Unionsgrundrechte

1. Die EMRK und die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Rechtserkenntnisquelle

Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen sowie die Konventionsrechte der EMRK sind demgegenüber die zwei *Rechtserkenntnisquellen* der Unionsgrundrechte[48] und keine echten Rechtsquellen im technischen Sinne.[49] Der EuGH betont daher in ständiger Rechtsprechung, dass die EMRK, solange die Union ihr nicht beigetreten ist, kein Rechtsinstrument darstellt, das formell in die Unionsrechtsordnung übernommen wurde.[50] Der Telos von Rechtserkenntnisquellen liegt darin, Widersprüche im grundrechtlichen Mehrebenensystem aufzulösen, indem die EMRK und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als externe europäische Grundrechtstexte zur Auslegung oder zur Genese der Rechtsquellen – wie die Charta und die allgemeinen

---

[47] Vgl. Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1648; Grundlegend EuGH, U. v. 12.11.1969 – Stauder – Rs. C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57, Rn. 7; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Art. 19 EUV, Rn. 57.

[48] *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 6; *ders.*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 19 f.; *Kraus*, in: EMRK/GG, Kapitel 3, C, III, Rn. 92; *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 45 ff.

[49] Vgl. statt aller *F. Meyer*, in: SK-StPO, Band X, Einleitung, Rn. 146 ff.; *Jarass*, in: Charta der Grundrechte, Art. 52 GRCh, Rn. 66; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 33 u. 39; *ders.*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 20 f.; *Riedel*, Die Grundrechtsprüfung, S. 363, 368, jeweils m. w. N.; kritisch zum Begriff: *Wendel*, Der Staat 2013, S. 339, S. 368, der dessen rechtstheoretische und methodologische Beliebigkeit unterstellt, da neben der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen weitere Erkenntnisquellen bestünden, die dann fehlgehend gleichgestellt würden. Er will daher von ordnungsexternen Bezugsquellen sprechen.

[50] Statt vieler: EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 36 und die dort angegebene Rechtsprechung; EuGH, U. v. 20.3.2018 – Menci – Rs. C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197, Rn. 22; EuGH, U. v. 20.3.2018 – Garlsson Real Estate – Rs. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 24; *Kraus*, in: EMRK/GG, Kapitel 3, C. I, Rn. 66, nennt die EMRK bereits als „dritte Rechtsquelle“, stellt dies aber unter die aufschiebende Bedingung, dass der in Art. 6 Abs. 2 EUV vorgesehene Beitritt erfolgt sein wird. Solange das nicht der Fall ist, ist die EMRK keine unmittelbare Rechtsquelle der Unionsgrundrechte, vgl. auch a. a. O., Rn. 94.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Grundsätze – herangezogen werden.[51] Im Unterschied zu Letzteren entfalten Rechtserkenntnisquellen jedoch keine unmittelbar normative Bindungswirkung.[52] Rechtsdogmatisch sind die Unionsorgane unmittelbar nur an die Rechtquellen – also die Grundrechte, wie sie sich aus der Charta oder den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben – gebunden und können daher allein gegen diese verstoßen.[53] Eine unmittelbare Verletzung der Grundrechte wegen eines Verstoßes gegen eine Rechtserkenntnisquelle – die EMRK oder die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen – ist damit dogmatisch ausgeschlossen. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH und Art. 6 Abs. 3 EUV sind die Grundrechte, wie sie sich aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, jedoch *als* allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.[54] Der EuGH führt weiter aus:

> „Zudem soll mit Art. 52 Abs. 3 der Charta, wonach die in ihr enthaltenen Rechte, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der EMRK verliehen werden, die notwendige Kohärenz zwischen den jeweiligen Rechten geschaffen werden, ohne dass dadurch die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des Gerichtshofs berührt wird."[55]

Rechtserkenntnisquellen gelten damit nicht unmittelbar, sondern werden, um der Eigenständigkeit des Unionsrechts gerecht zu werden, erst zu genuin unionsrechtlichen allgemeinen Grundsätze transformiert und durch dieses Rechtsvehikel in das Unionsrecht integriert. Aus diesem Grund handelte es sich nicht um die unmittelbare Anwendung der EMRK oder des nationalen Rechts im Unionsrecht, sondern um deren Heranziehung, um mittelbar Rückschlüsse auf das Unionsrecht, insbesondere im Bereich der Auslegung des europäischen Grundrechtsschutzes, zu erlauben.[56]

---

51 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 19 f.

52 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 7; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Rn. 20; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 69; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66; *Bogdandy*, Armin von/*Bast*, Jürgen, Europäisches Verfassungsrecht, S. 657, 662 f.

53 Kritisch *Thomas*, in: FS Canenbley, S. 467. Er wendet ein, dass der Gerichtshof teilweise trotz Verstoßes gegen die Charta alternative Begründungen zulässt und der praktische Einfluss der Charta daher bisher marginal sei. Das liege auch an der Überforderung des EuGH als gleichsames Instanz- und Verfassungsgericht.

54 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 36 und die dort angegebene Rechtsprechung.

55 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 36, unter Verweis auf EuGH, U. v. 20.3.2018 – Garlsson Real Estate – Rs. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 24 f., der auf EuGH, U. v. 26.2.2013 – Åkerberg Fransson – Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 44, EuGH, U. v. 15.2.2016 – N. – Rs. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 45.

56 *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 619; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 19 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Ausschluss der EMRK

Teilweise wird die Einordnung der EMRK als bloße Rechtserkenntnisquelle bezweifelt und die EMRK zum verbindlichen Referenzpunkt stilisiert.[57] Zwar ließe sich hierfür anführen, dass eine qualitative Differenzierung zwischen der EMRK und den Verfassungsüberlieferungen bereits dem Wortlaut immanent ist, soweit Art. 52 Abs. 4 GRCh eine Auslegung „im Einklang mit" den Verfassungstraditionen verlangt, die Grundrechte aber nach Absatz 3 in Bedeutung und Tragweite der Konvention „entsprechen" müssen.[58] Dagegen sprechen allerdings der Wortlaut des Art. 52 Abs. 3 GRCh, der lediglich von einer „Auslegung" spricht, sowie die Erläuterungen der Charta, die die Unabhängigkeit der Charta betonen.[59] Zudem wird auch ein isolierter unmittelbarer Verstoß gegen die EMRK ob des weitgehenden Gleichlaufs mit der Charta ohnehin selten vorkommen. Formal-juristisch betrachtet bleibt die EMRK auch nach dem EuGH jedoch bis zum in Art. 6 Abs. 2 EUV vorgesehenen Beitritt der Union zur EMRK kein Rechtsinstrument, das „formell in die Unionsrechtsordnung übernommen wurde"[60], und damit letztendlich eine – wenn auch die bedeutendste[61] – Rechtserkenntnisquelle.[62] Art. 6 Abs. 2 EUV wäre andernfalls insoweit seiner Funktion beraubt, als dass es auf einen formellen

---

[57] Vgl. *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 57, m. w. N.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 EUV, Rn. 34, m. w. N.; *Becker*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 52 GRCh, Rn. 81, will vermittelnd nicht von einer bloßen Rechtserkenntnis, jedoch von einem normativen Bezugspunkt einer normeffektorientierten Auslegung bzw. Modifizierung sprechen.

[58] So im Ergebnis wohl auch *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 EUV, Rn. 20 ff.

[59] *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 EUV, Rn. 34.

[60] EuGH in ständiger Rechtsprechung, statt vieler, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 36; EuGH, U. v. 16.7.2020 – Facebook Ireland – Rs. C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, Rn. 98; EuGH, U. v. 20.3.2018 – Garlsson Real Estate – Rs. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 24, jeweils m. w. N.

[61] Der EuGH spricht in ständiger Rechtsprechung insoweit von einer „besonderen Bedeutung", U. v. 2.4.2009 – Gambazzi – Rs. C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219, Rn. 28; EuGH, U. v. 6.3.2001 – Connolly – Rs. C-274/99 P, ECLI:EU:C:2001:127, Rn. 37; EuGH, U. v. 22.10.2002 – Roquette Frères – Rs. C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603, Rn. 23; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 EUV, Rn. 21; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 56.

[62] *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 7, m. w. N.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 EUV, Rn. 21, 33 und 37; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 64; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 64; *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, S. 47; *Cornils*, in: Grabenwarter, EnzEuR, Bd. 2, § 5, Rn. 31; *Ehlers*, in: Ehlers, GuG, § 14, Rn. 6, 29; *Riedel*, Die Grundrechtsprüfung durch den EuGH, S. 111; *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 6 EUV, Rn. 46; *Streinz*, in: Streinz/Michl EUV/AEUV, Vorbemerkungen, Rn. 8.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beitritt der EU zur EMRK nicht mehr ankäme.[63] Die EMRK nimmt damit eine Sonderstellung ein, weil sie zum Mindeststandard des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes wird.[64] Die Rechtserkenntnisquellen – und insbesondere die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten – entfalten dennoch „nur" *mittelbare* Bindungswirkung[65] als methodologisches Instrument zur Konkretisierung unmittelbar geltender Rechtsquellen.

III. Fazit

Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen determinieren als Rechtserkenntnisquelle mittelbar die Genese und Auslegung von Rechtsquellen, die sich in die geschriebenen Grundrechte der Charta und die ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätze unterscheiden lassen. Daneben bildet die EMRK die zweite relevante Rechtserkenntnisquelle.

D. Zwischenergebnis

Trotz ihrer herausgehobenen Bedeutung bleibt die Funktion der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als Rechtserkenntnisquelle unklar. Die Funktion muss daher über eine Betrachtung der Anwendungszwecke und -schranken herausgearbeitet werden.

§ 3 Die Anwendungszwecke und -schranken der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen

A. Die Anwendungszwecke der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen

Bereits im primärrechtlichen Wortlaut der Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 4 GRCh ist der zweigliedrige Normzweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen – zur *Grundrechtsgenese* und als *Auslegungsregel* – angelegt.[66] Die ineinander verwobenen Zwecke lassen sich im Einzelfall nur schwer unterscheiden, basieren aber auf einem – bereits aus der Formulie-

---

[63] *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 37.

[64] *Streinz*, in: ders./Michl EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 25.

[65] Vgl. in diesem Sinne auch *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Rn. 28; *Kraus*, in: EMRK/GG, Kapitel 3, B. II, Rn. 15, der darauf hinweist, dass sich in der Sache kein signifikanter Unterschied zur unmittelbaren Geltung der EMRK ergibt.

[66] Nach Art. 6 Abs. 3 EUV werden die Grundrechte aus den Verfassungstraditionen als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts gewährleistet; nach Art. 52

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rungsidentität ersichtlichen – einheitlichen Verständnis der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen[67], weshalb beide dargestellt werden müssen.

I. Zur Grundrechtsgenese gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV

Der primäre Anwendungszweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen lag ursprünglich in der Genese ungeschriebener Unionsgrundrechte und Verfahrensgarantien.[68]

1. Die Bedeutung der Grundrechtsgenese vor der Grundrechtecharta

Die Gründungsverträge sahen ursprünglich keine Grundrechte vor.[69] Vor dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta entsprach es gängiger Praxis,[70] ungeschriebene Grundrechte aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu generieren,[71] und war zur Schließung von Regelungslücken im fragmentarischen unionsrechtlichen Grundrechtsschutzniveau auch praktisch erforderlich.[72] Zwar war eine Grundrechtsrückkopplung an die nationalen Verfassungsordnungen „nicht notwendig".[73] Eine autonom unionsrechtliche Grundrechtsinterpretation hätte ebenso gut aus den Verträgen hergeleitet werden können. Der EuGH habe sich aber für die wechselseitige Bindung entschieden,

---

Abs. 4 GRCh werden die Grundrechte im Einklang mit den Verfassungsüberlieferungen ausgelegt.

67 Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 4 der Grundrechtecharta, Abl. C-303/34; *Becker*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 52 GRCh, Rn. 83.

68 *F. Meyer*, in: SK-StPO, Band X, Einleitung, Rn. 147; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 39; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Rn. 19; *Huber*, EuR 2022, S. 145 – 165, S. 145 ff.; *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 10; Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 93, unter Verweis auf: EuGH, U. v. 10.7.1957 – Algera u. a. – Rs. 7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, und EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11-70, ECLI:EU:C:1970:114.

69 *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 43; *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 45, mit einer ausführlichen Darstellung der Entwicklung; *Kingreen*, in Calliess/Rufert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 40; *Calliess*, EuZW 2001, S. 261, S. 261 ff.

70 *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 48; *Weber*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, B. II. 2. Rn. 17; *Calliess*, EuZW 2001, S. 261, S. 262.

71 Vgl. Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1649.

72 *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 48; *Weber*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, B. II. 2. Rn. 17; *Schroeder*, JuS 2004, S. 180, S. 183.

73 *Bogdandy*, Common Market Law Review 37, S. 1307, S. 1333.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] because it saw – very much in line with national constitutional courts – fundamental rights as an expression of societal values, and European society in the 1970s as not being developed enough to serve as a convincing source of specific European values."[74]

Trotz einiger Bedenken, ob derartige regional-völkerrechtliche Verträge – neben den Mitgliedstaaten – überhaupt rechtliche Bindungswirkung gegenüber natürlichen Personen entfalten können,[75] entwickelte der EuGH in seiner Rechtsprechung die unmittelbare Geltung und den unbedingten Vorrang des Unionsrechts.[76] Legitimatorisch zwingende Grundvoraussetzung hierfür war und ist jedoch die genuin europäische Grundrechtsbindung des Unionsrechts.[77] Durch dessen unmittelbare und vorrangige Geltung war der direkte Rückgriff auf nationale Grundrechte zur Rechtmäßigkeitskontrolle unionalen Organhandelns allerdings versperrt, wollte man nicht die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen.[78] Es musste daher ein eigener – genuin unionsrechtlicher – Grundrechtsschutz entwickelt werden.[79] Verfassungsrechtliche Bedenken der Mitgliedstaaten hinsichtlich des hinreichenden Grundrechtsschutzes wären damit solange obsolet, wie die Europäische Gemeinschaft einen wirksamen Grundrechtsschutz gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft generell gewährleistet.[80]

Der EuGH entwickelte diesen Grundrechtsschutz rechtsmethodologisch durch die Anerkennung der Grundrechte aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Rechtsgrundsätze.[81] Die durch wertende Rechtsvergleichung entwickelten gemeinsamen Verfassungs-

---

[74] *Bogdandy*, Common Market Law Review 37, S. 1307, S. 1333, [deutsch:] „weil er – ganz im Sinne der nationalen Verfassungsgerichte – die Grundrechte als Ausdruck gesellschaftlicher Werte ansah und die europäische Gesellschaft in den 1970er Jahren nicht weit genug entwickelt war, um als überzeugende Quelle spezifischer europäischer Werte zu dienen."

[75] *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 4, m. w. N.

[76] Grundlegend zur unmittelbaren Geltung des Unionsrechts gegenüber dem Einzelnen: EuGH, U. v. 5.2.1963 – Van Gend – Rs. C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1; zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts: EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. C-11/70, ECLI:EU:1970:114, Rn. 3.

[77] Vgl. EuGH, U. v. 10.7. 2014 – Hernández – Rs. C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055, Rn. 37; *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 43.

[78] EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. C-11/70, ECLI:EU:1970:114, Rn. 3.

[79] Der EuGH änderte seine Rechtsprechung aufgrund des erkennbaren Bedürfnisses in einem obiter dictum im Urteil *Stauder*: EuGH, U. v. 12.11.1969 – Stauder – Rs. 26/69, ECLI:EU:C:1969:57, Slg. 1969, 419; vgl. zur historischen und zuvor ablehnenden Haltung *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 49.

[80] „Solange Rechtsprechung" des BVerfG, E 73, 339 ff., Rn. 132; vgl. auch *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 44; *Calliess*, EuZW 2001, S. 261, S. 261.

[81] *Calliess*, EuZW 2001, S. 261, S. 262.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

überlieferungen der Mitgliedstaaten dienten dem EuGH als Rechtserkenntnisquelle, auf deren Basis ungeschriebene Unionsgrundrechte im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung generiert und als allgemeine Rechtsgrundsätze und damit unmittelbare Rechtsquelle des Unionsrechts anerkannt wurden.[82] Die Grundrechte, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ergeben, wurden damit über die unmittelbar geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätze Teil des Unionsrechts nach Art. 6 Abs. 3 EUV.[83] Der EuGH stützt sich dabei in ständiger Rechtsprechung auf Art. 19 Abs. 1 EUV, wonach der Gerichtshof die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge sichert.[84] Die ursprüngliche Herleitung der Grundrechte „aus dem Wesen der mit dem Vertrag geschaffenen Rechtsordnung" als dogmatische Grundlage konnte dagegen kaum überzeugen.[85] So konstatiert der EuGH:

> „[…] die Beachtung der Grundrechte gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Die Gewährleistung dieser Rechte muß zwar von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten getragen sein, sie muß sich aber auch in die Struktur und die Ziele der Gemeinschaft einfügen."[86]

Gerade in den ersten Jahrzehnten seiner Rechtsprechungspraxis griff der EuGH daher zur Präzisierung des Grundrechtsschutzes auf die Verfassungsüberlieferungen als zentrale Quelle zurück, um etwa die Aufhebung von unionsrechtlichen Verwaltungsentscheidungen rechtsstaatlich legitimieren zu

---

[82] *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 43, m. w. N.; *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 44; *Dorf*, JZ 2005, 126 S. 129, m. w. N.; *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Rn. 12; *Kindhäuser/Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 199; *Kraus*, in: EMRK/GG, Teil I. Kap. 3. C. Rn. 76; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 6; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Rn. 19; erstmalig und instruktiv hierzu: EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 f.

[83] EuGH, U. v. 3.5.2005 – Berlusconi u. a. – verb. Rs. C-387/02 u. a., ECLI:EU:C:2005:270, Rn. 67.

[84] EuGH, U. v. 12.11.1969 – Stauder – Rs. 29/69, ECLI:EU:C:1969:57, Slg. 1969, 419 (425); EuGH, U. v. 6.3.2001 – Connolly – Rs. C-274/99 P, ECLI:EU:C:2001:127, Rn. 37; EuGH, U. v. 22.10.2002 – Roquette Frères – Rs. C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603, Rn. 23: „Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Grundrechte nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Dabei lässt sich der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind."

[85] Vgl. EuGH, U. v. 19.11.1991 – Francovich – Rs. C-6/90 u. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, Rn. 35, zur Begründung der Staatshaftung im Unionsrecht; *Schroeder*, JuS 2004, S. 180, S. 184.

[86] EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 10/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

können.[87] Ziel war es, einen unionsrechtlichen Grundrechtsschutz als legitimatorisch notwendigen Bestandteil des unmittelbar geltenden und Vorrang beanspruchenden Unionsrechts vorzusehen und Maßnahmen einer nichtstaatlichen Hoheitsgewalt mit individueller Eingriffswirkung rechtfertigen zu können.[88] Da es sich bei dieser Frage um ein „der Rechtsprechung und der Lehre in allen Ländern der Gemeinschaft wohlvertraute verwaltungsrechtliche Frage" handelte, „für den der Vertrag jedoch keine Vorschriften enthält", sah der EuGH sich im *Algera*-Urteil verpflichtet, diese Frage:

> „unter Berücksichtigung der Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung der Mitgliedstaaten anerkannten Regeln zu entscheiden."[89]

Der EuGH hat so sukzessive eine Vielzahl von Grundrechten und rechtsstaatlichen Garantien zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts entwickelt, wenn auch methodologisch selten unter explizitem Verweis auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen.[90]

---

87 *Huber*, EuR 2022, S. 145–165, S. 145.

88 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 5; *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 43.

89 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 118.

90 Vgl. für einen Überblick: *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 57 f.; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 6 EUV, Rn. 17; In der Entscheidung *Nold* und *Hauer* wurden das *Eigentumsrecht, die Freiheit des Handels und anderer Berufstätigkeiten* hergeleitet und kaufmännische Interessen vom Schutzbereich ausgeschlossen (EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 14; EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 17); die *Religions- und Bekenntnisfreiheit* (EuGH, U. v. 27.10.1976 – Prais – Rs. C-130/75, ECLI:EU:C:1976:142, Rn. 10/11 wird als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts hergeleitet; vgl. für die konkrete Ausgestaltung des gleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern unabhängig von der Religionszugehörigkeit die umfangreichen rechtsvergleichenden Ausführungen in Schlussanträge GA Warner v. 22.9.1976 – Prais – Rs. 130/75, ECLI:EU:C:1976:124, S. 1603 ff.); das *Recht auf die Achtung des Privat- und Familienlebens* (EuGH, U. v. 26.6.1980 – National Panasonic – Rs. C-136/79, Slg. 1980, 2033, ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 17 f.); die *Berufsausübungsfreiheit und deren Einschränkungen* (EuGH, U. v. 8.10.1986 – Keller – Rs. C-234/85, ECLI:EU:C:1986:377, Rn. 8.); die *Unverletzlichkeit der Wohnung* für natürliche Personen (EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. C-46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 17, vgl. auch Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. C-46/87, ECLI:EU:C:1989:73, S. 2884; sowie EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 17 f.); die *Vereinigungsfreiheit* (EuGH, U. v. 15.12. 1995 – Bosman – Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 79; die *Menschenwürde* und die *Unversehrtheit der Person* (EuGH, U. v. 9.10.2001 – Niederlande/Parlament – Rs. C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523, Rn. 70, 78.), wobei nicht der EuGH, sondern allein der Generalanwalt die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten betrachtet, vgl. Schlussanträge GA Jacobs, v. 14.06.2001 – Niederlande/Parlament – Rs. C-377/98, ECLI:EU:C:2001:329, S. I-7138 ff.; das *Streikrecht* (EuGH, U. v. 11.12.2007 – Viking – Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779; ECLI:EU:C:2007:772,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kaum überraschend entwickelte sich die Genese allgemeiner Rechtsgrundsätze auf der Basis der gemeinsamen Verfassungstraditionen und Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten schnell zum zentralen dogmatischen Konkretisierungsinstrument der unionalen Grundrechtsordnung.[91] Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gehören die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der EuGH zu sichern hat und zu deren Genese er sich u. a. von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten leiten lässt.[92] Beispielhaft konstatiert der Gerichtshof:

Rn. 44.); das Recht auf *kollektive Arbeitskampfmaßnahmen* (EuGH, U. v. 18.11.2007 – Laval – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767, ECLI:EU:C:2007:809, Rn. 90 f.); Grundsatz der Wahrung des *rechtlichen Gehörs* und die *Begründung einer Entscheidung* (EuGH, U. v. 21.11.1991 – HZA München-Mitte – Rs. C.269/90, ECLI:EU:C:1991:438, Rn. 14; Grundrecht des *freien Zugangs zu Beschäftigung* (EuGH, U. v. 15.10.1987 – Heylens – Rs. C-222/86, ECLI:EU:C:1987:442, Rn. 14.); *Legal professional privileg* (EuGH U. v. 15.5.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 19 f.); das *Erfordernis einer gesetzlich vorgesehenen Rechtsgrundlage zur Legitimation staatlicher Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung zum Schutz gegen willkürliche und unverhältnismäßige Eingriffe,* EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. C-46/87 und 227/88, Slg. 1980, 2859, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 19; EuGH, U. v. 21.01.2021 – Whiteland Import Export – Rs. C-308/19, ECLI:EU:C:2021:47, Rn. 49: „[…] die Rechtssicherheit zu gewährleisten und die Behandlung der Rechtssachen innerhalb angemessener Frist sicherzustellen, die allgemeine Grundsätze des Unionsrechts darstellen […]"; EuGH, U. v. 8.07.1999 – Hüls – Rs. C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, Rn. 149 f.: *die Unschuldsvermutung*; EuGH, U. v. 5.3.1996 – Brasserie du pêcheur – Rs. C-46/93 u. C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, Rn. 97: *Unionsrechtliche Staatshaftung*; EuGH, U. v. 22.11. 2005 – Mangold – Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 74: *Verbot der Altersdiskriminierung*, die zwar auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen verweist, ohne dass dies jedoch durch den EuGH oder den Generalanwalt geprüft worden wäre; EuGH, U. v. 27.2.2018 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses – Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 35, EuGH, U. v. 2.3.2021 – A.B. u. a. – Rs. C.824/18, ECLI:EU:C:2021:153, Rn. 110, EuGH, U. v. 18.5.2021 – Asociaţia Forumul Judecătorilor din România – Rs. C-83/19, ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 189 sowie EuGH, U. v. 21.12.2021 – Euro Box Promotion u. a. – Rs. C-357/19, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 219: Der Grundsatz des *wirksamen gerichtlichen Schutzes* der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte, von dem in Art. 19 Abs. 1 UnterAbs. 2 EUV die Rede ist, ist ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt; EuGH, U. v. 12.5.2021 – WS – Rs. C-505/19, ECLI:EU:C:2021:376, Rn. 70, in Bezug auf das *Doppelbestrafungsverbot*; EuGH, U. v. 11.3.2008 – Jager – Rs. C-420/06, ECLI:EU:C:2008:152, Rn. 59, in Bezug auf die *rückwirkende Anwendung des milderen Strafgesetzes*.

[91] Mit weiteren Nachweisen Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 93; *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 145 f.

[92] EuGH, U. v. 6.3.2001 – Connolly – Rs. C-274/99 P, ECLI:EU:C:2001:127, Rn. 38.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes gehört zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, so dass er als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen ist, dessen Wahrung der Gerichtshof sichert und den der nationale Richter zu beachten hat."[93]

Derartige fundamentale Grundsätze des Gemeinschaftsrechts hat die Kommission selbstverständlich auch im Wettbewerbsverfahren zu beachten.[94]

2. Die Bedeutung der Grundrechtsgenese neben der Grundrechtecharta

Die Bedeutung der Genese ungeschriebener Grundrechte neben der Grundrechtecharta wirkt jedoch anachronistisch und seit Jahrzehnten rückläufig. Bereits seit den 1990er-Jahren ist in der Grundrechtsjudikatur des Gerichtshofs eine stärkere Inbezugnahme der EMRK auszumachen.[95] Im Jahr 2001 – also nach der Proklamation, aber vor der formellen Rezeption der Grundrechtecharta ins Primärrecht[96] – stipuliert der EuGH zwar die Achtung der Menschenwürde zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, obschon die EMRK keine ausdrückliche Menschenwürdegarantie enthielt; selbst dies geschah allerdings ohne einen rechtsvergleichenden Nachweis der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen.[97] Spätestens mit dem

---

[93] EuGH, U. v. 8.3.2007 – Campina – Rs. C-45/06, ECLI:EU:C:2007:154, Rn. 32; vgl. auch Schlussanträge GA Bot v. 27.11.2007 – Jager – Rs. C-420/06, ECLI:EU:C:2007:713, Rn. 48.

[94] EuGH, U. v. 9.11.1983 – Michelin – Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 7, für die Gewährung rechtlichen Gehörs.

[95] Vgl. z. B. EuGH, U. v. 26.6.2007 – Ordre des barreaux francophones und germanophone u. a. – Rs. C-305/05, ECLI:EU:C:2007:383, Rn. 28 f., wo zwar auf die „gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten" verwiesen wird, sodann aber gleich auf die EMRK abgestellt wird. Der Generalanwalt Maduro des Falls hatte sich nicht mit einer eigenen Rechtsvergleichung beschäftigt, sondern die eines Urteils aus dem Jahr 1982 herangezogen, vgl. Schlussanträge GA Maduro v. 14.12.2006 – Ordre des barreaux francophones und germanophone u. a. – Rs. C-305/05, ECLI:EU:C:2006:788, Rn. 39; in der Zeit vor 2009 verweisen die Unionsgerichte selten auf die „gemeinsamen Verfassungstraditionen" EuG, U. v. 5.4.2006 – Degussa – Rs. T-279/02, ECLI:EU:T:2006:103, Rn. 73, der in Rn. 67 ff. ausführlich auf die EMRK eingeht; EuG, U. v. 27.9.2006 – Jungbunzlauer – Rs. T-43/02, ECLI:EU:T:2006:270, Rn. 81, der in Rn. 73 ff. ausführlich auf die EMRK eingeht, ohne dass dabei rechtsvergleichende Überlegungen angestellt würden; vgl. auch *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 149 f.; *Kraus*, in: EMRK/GG, Kapitel 3, C, I, Rn. 67.

[96] Die Europäische Grundrechtecharta wurde in Nizza am 7.12.2000 unterzeichnet, Abl. C-362, S. 1. Sie trat am 1.12.2009 in Kraft.

[97] EuGH, U. v. 9.10.2001 – Niederlande/Parlament – Rs. C-377/98 – ECLI:EU:C:2001:523, Rn. 70; vgl. *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 150; zum Gesamtbild gehört indes auch, dass GA Jacobs insoweit ausführt, es unterläge keinem Zweifel: „Das Recht auf Achtung der Menschenwürde ist vielleicht das grundlegendste Recht von allen und nunmehr in Artikel 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inkrafttreten der Europäischen Grundrechtecharta am 1. Dezember 2009 hält das Unionsrecht einen geschriebenen unmittelbar geltenden Grundrechtsschutz vor, dem nach Art. 6 Abs. 1 EUV primärrechtlicher Rang zukommt. Ob die Genese ungeschriebener Grundrechte aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen nach Art. 6 Abs. 3 EUV damit redundant wurde, ist in der Literatur umstritten. Die Unionsgerichte haben seit 2009, soweit ersichtlich, jedenfalls keine Grundrechte auf diese Weise generiert, sondern die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen nur noch erwähnt[98] und sich jedenfalls nicht erkennbar methodologisch nachvollziehbar oder detailliert rechtsvergleichend mit den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten auseinandergesetzt.[99]

Es ist daher zu prüfen, ob ein Rückgriff auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zur Grundrechtsgenese auch nach dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta zulässig ist. Soweit dies nicht der Fall ist, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zu den geschriebenen Grundrechten.

a) Unzulässigkeit des Rückgriffs auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zur Grundrechtsgenese nach Art. 6 Abs. 3 EUV

Der Rückgriff auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen – als dritte Dimension des europäischen Grundrechtsschutzes neben der EMRK und GRCh – zur Genese ungeschriebener Grundrechte, bisweilen sogar die Existenz des Art. 6 Abs. 3 EUV insgesamt, werden teilweise für unzulässig erachtet.[100]

---

zum Ausdruck gelangt“, Schlussanträge – Niederlande/Parlament – Rs. C-377/98, ECLI:EU:C:2001:329, Rn. 197.

98 EuGH, U. v. 12.5.2021 – WS – Rs. C-505/19, ECLI:EU:C:2021:376, Rn. 70, in Bezug auf das Doppelbestrafungsverbot; EuGH, U, v. 11.3.2008 – Jager – Rs. C-420/06, ECLI:EU:C:2008:152, Rn. 59; EuGH, U. v. 8.3.2007 – Campina – Rs. C-45/06, ELCI:EU:C:2007:154, Rn. 32; EuGH, U. v. 3.5.2005 – Berlusconi u. a. – Rs. C-387/02 u. a., ECLI:EU:C:2005:270, Rn. 68, alle in Bezug auf die rückwirkende Anwendung des milderen Strafgesetzes.

99 Vgl. *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 145, der daneben auch potenziell die Erweiterung des Kreises der Mitgliedstaaten oder die Konstitutionalisierung des Unionsrechts und dessen vermeintliche Autonomie anführt. Der EuGH verweist zwar noch auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen, jedoch ohne vergleichende Gesamtbetrachtung, vgl. EuGH, U. v. 27.2.2018 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses – Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 35, EuGH, U. v. 2.3.2021 – A.B. u. a. – Rs. C.824/18, ECLI:EU:C:2021:153, Rn. 110, EuGH, U. v. 18.5.2021 – Asociaţia “Forumul Judecătorilor din România – Rs. C-83/19, ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 189 sowie EuGH, U. v. 21.12.2021 – Euro Box Promotion u. a. – Rs. C-357/19, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 219.

100 *Calliess*, EuZW 2001, S. 261, S. 268; vgl. *Schorkopf*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 6 EUV, Rn. 52 f.; in diesem Sinne wohl auch *Schmitz*, EuR 2004, S. 691, S. 697 ff.; a. A. *Streinz*, in: ders./Michl EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 35.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zum einen bilde die Charta eine den nationalen Staatsverfassungen vergleichbare, vollständig allein maßgebliche und daher abschließende Grundrechtsordnung für den primären Grundrechtsschutz in ihrem Herrschaftsverband.[101] Ihre Eigenschaft als genuin unionsrechtliche – gemeint ist eine von den nationalen Rechtsordnungen emanzipierte und autonome – Rechtsquelle sei gerade eine Errungenschaft der Charta, die durch eine zu starke Orientierung an den nationalen Verfassungsrechten unterminiert würde.[102] Die Herleitung ungeschriebener Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze sei mit der Idee einer Kodifikation der Grundrechte schlechthin unvereinbar.[103] Es drohe ein Verlust an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, wenn der EuGH die Schutzbereiche erodiere, indem er diese nach Belieben erweitern oder ergänzen könne.[104]

Grabenwarter warnt insoweit vor dem impliziten Bedeutungsverlust der Charta, stellte man zu sehr auf die nationalen Verfassungsrechte der Mitgliedstaaten ab.[105] Ein solches Vorgehen umginge letztlich den ordentlichen Gesetzgebungsprozess nach Art. 48 EUV zur Kodifizierung der Chartagrundrechte und verkenne deren Überstaatlichkeit.[106] In diese Richtung argumentiert auch Ladenburger, für den die Rückbindung des Unionsrechts an das nationale Recht über die gemeinsamen Verfassungstraditionen ohnehin unmöglich, jedenfalls aber nicht wünschenswert sei. Schließlich seien die gemeinsamen Verfassungstraditionen zu „amorph“ und methodologisch in der Anwendung durch den EuGH zu unbestimmt.[107]

Zum anderen besteht für Kingreen mit der Charta ein kodifizierter Grundrechtskatalog, der nicht mehr auf „den Notnagel prätorischer Rechtsfortbildung“ – zumal zur Genese ungeschriebener Grundrechte durch Richterrecht aus den nationalen Rechtsordnungen[108] – angewiesen sei.[109] Derartiges

---

101 *Schmitz*, EuR 2004, S. 691, S. 697; vgl. auch *Dougan*, CMLR 45, 2008, (Heft 3), S. 617, S. 663 ff.

102 *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 11; *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 150.

103 Vgl. *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 136.

104 Vgl. *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 136.

105 *Grabenwarter*, in: Festschrift für Theo Öhlinger, S. 481.

106 Die betrifft jedoch eher die Frage des legitimatorischen Umfangs eines Rückgriffs auf die Rechtsvergleichung zur richterlichen Rechtsfortbildung zulasten des verfassungsändernden Gesetzgebers als die Frage der allumfassenden Zulässigkeit einer generellen Rechtsvergleichung, die man im Unionsrecht als methodologisch verbindliches Werkzeug bereits an Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 4 GRCh festmachen kann, vgl. auch *Wendel*, Der Staat 2013, S. 339, S. 356, 368.

107 *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 11.

108 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 18; *Calliess*, EuZW 2001, S. 261, S. 262, 268; vgl. hierzu allgemein auch *Thüsing/u. a.*, RdA 2012, S. 281, S. 290 f.

109 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 18.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Richterrecht sei dort auf besondere Ausnahmefälle beschränkt, in denen der Gesetzgeber eine unabsichtliche Gesetzeslücke offengelassen habe, was für den Bereich des Grundrechtsschutzes nicht generell angenommen werden könne.[110] Andernfalls untergrabe man die Herrschaft des Rechts, wenn man detaillierte Chartagrundrechte einfach ergänzte, wenn man dies für opportun hielte.[111] Calliess sieht ob des bereits 2001 erreichten Stands der europäischen Integration und der „Machtfülle" europäischer Institutionen zudem kaum keine planwidrige Regelungslücke, die der richterrechtlichen Schließung bedürfe.[112] Die Grundrechte aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entwickeln, habe in der Praxis ohnehin nicht zu einer klaren Schutzbereichs- oder Schrankenabgrenzung geführt, zumal der EuGH die grundrechtliche Kontrolldichte der Ermessens- und Beurteilungsspielräume des Gesetzgebers auf eine Evidenzkontrolle beschränkt habe.[113] Die Methode sei daher rechtsstaatlich defizitär und trüge nicht zur Rechtssicherheit bei, weil die ungeschriebenen Grundrechte erst gefunden und dann ausgeformt werden müssten.[114] Art. 6 Abs. 3 EUV habe daher rein deklaratorischen Charakter, weshalb Schmitz daher sogar für eine Neuformulierung bzw. dessen Streichung argumentiert.[115]

Bedenken werden auch in Hinblick auf das von den Republiken Polen und Tschechien ratifizierte „Opt-Out-Protokoll" der Grundrechtecharta vorgebracht.[116] Diese Protokolle dürften nicht durch die richterrechtliche Grundrechtsgenese umgangen werden, indem Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts erschaffen und damit deren Anwendungsbereich erweitert würde.[117]

---

110 *Calliess*, EuZW 2001, S. 261, S. 262.

111 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 17.

112 *Calliess*, EuZW 2001, S. 261, S. 262, m. w. N.

113 *Calliess*, EuZW 2001, S. 261, S. 262.

114 *Calliess*, EuZW 2001, S. 261, S. 262.

115 *Schmitz*, EuR 2004, S. 691, S. 697 f.

116 Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich, Abl. v. 17.12.2007, C 306/156 f.; Erklärung Nr. 53 der Tschechischen Republik zur GRCh im Anhang zur Schlussakte der Regierungskonferenz von Lissabon, ABl. v. 17.12.2007 Nr. C 306/267 f.; nach Art. 1 Abs. 1 des Protokolls bewirkt die Charta „keine Ausweitung der Befugnis des Gerichtshofs der Europäischen Union oder eines Gerichts Polens oder des Vereinigten Königreichs zu der Feststellung, dass die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die Verwaltungspraxis oder Maßnahmen Polens oder des Vereinigten Königreichs nicht mit den durch die Charta bekräftigten Grundrechten, Freiheiten und Grundsätzen im Einklang stehen."

117 Vgl. zu dieser Problematik: *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 14; hierzu kritisch *Ludwig*, EuR 2011, S. 715, S. 727 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Folgte man dieser Argumentation, wäre der Anwendungsbereich der gemeinsamen Verfassungstraditionen zur Genese ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsätze nach Art. 6 Abs. 3 EUV auf null reduziert.

b) Zulässigkeit des Rückgriffs auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zur Grundrechtsgenese nach Art. 6 Abs. 3 EUV

Der Rückgriff auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zur Grundrechtsgenese ist nach anderer Ansicht hingegen auch nach der Kodifizierung der Charta möglich.[118] Charta-Grundrechte und allgemeine Grundsätze können danach nebeneinander angewendet werden und Letztere einen weitergehenden Grundrechtschutz als die Charta umfassen.[119] Der EuGH geht davon aus, dass Art. 6 Abs. 3 EUV lediglich eine Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung der Entwicklung von Grundrechten als allgemeine Rechtsgrundsätze darstellt und keine Änderungen an deren Rechtsquellenqualität beabsichtigt war.[120] Auch nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon gibt es daher ungeschriebene Grundrechte als Teil des Primärrechts.[121]

Huber attestiert den in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen anerkannten Rechtsgrundsätzen im Allgemeinen und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen im Besonderen „schon immer eine fundamentale Bedeutung" für die Errichtung und Fortentwicklung der Unionsrechtsordnung.[122] Deren Anwendungsbereich nur auf die ungeschriebenen Grundrechte zu verknappen,

---

118 Mit einer detaillierten Darstellung *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 50; *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 49; *Geiger/Kirchmair*, in: EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 33; *Immenga/Mestmäcker*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, 2. Verteidigungsrechte im Kartellverfahren, Rn. 29 halten den Rechtsschutz für Unternehmen und insbesondere deren Verteidigungsrechte auch heute noch für einen allgemeinen Grundsatz, der im Kartellverfahren zu beachten ist; *Hatje*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 6 EUV, Rn. 27, der darauf hinweist, dass durch die vorrangige Geltung der Charta der Anwendungsbereich der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen stark reduziert ist und dass sich gleichwohl weitere Lücken im Unionsrecht zeigen können, die geschlossen werden müssen, etwa im Bereich des „Legal Privilege" im Kartellrecht.

119 *Geiger/Kirchmair*, in: EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 33.

120 EuGH, U. v. 10.6.2003 – Booker Aquaculture – Rs. C-20/00 u. a., ECLI:EU:C:2003:397, Rn. 66; EuGH, U. v. 22.10.2002 – Roquette Frères – Rs. C-94/00, ECLI:EU:C:2001:603, Rn. 24; EuGH, U. v. 6.3.2001 – Connolly – Rs. C-274/99 P, ELCI:EU:C:2001:127, Rn. 38; EuGH, U. v. 15.12.1995 – Bosman – Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 79; vgl. auch *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 55; *Streinz*, in: ders./Michl EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 35.

121 *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Rn. 20, m. w. N.

122 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 145.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

würde der Rolle und Bedeutung des Rückgriffs auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen nicht gerecht.[123] Überraschenderweise greift der EuGH auch in jüngerer Zeit zur Begründung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zurück, wenn er etwa feststellt:

> „Der Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Schutzes der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte, von dem in Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV die Rede ist, ist ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt."[124]

Für Schubert spricht für den Bedeutungserhalt bereits, dass Art. 6 Abs. 3 EUV nach dem Inkrafttreten der Charta explizit beibehalten wurde.[125] Ignorierte man dies, wären sowohl Art. 6 Abs. 3 EUV als auch Art. 52 Abs. 4 GRCh sinnentleert.[126] Dem schließen sich Stern und Hamacher an,[127] die im Rückgriff auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen zudem „einen wichtigen Baustein zur nachhaltigen Beförderung einer als notwendig zu bewertenden unionalen Grundrechtshomogenität" sehen.[128] Die Einführung der Charta habe nach Pache zudem das bestehende Grundrechtsschutzniveau nicht reduzieren, den prätorischen Grundrechtsschutz nicht per se ausschließen, sondern dem EuGH auch für die Zukunft die Möglichkeit erhalten wollen, Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zu generieren.[129] Daher verbriefe Art. 6 Abs. 3 EUV die dynamisch-evolutive Grundrechtsfortentwicklung der niemals vollendeten Charta durch die Genese ungeschriebener Grundrech-

---

123 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 152.

124 EuGH, U. v. 27.2.2018 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses – Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 35, EuGH, U. v. 2.3.2021 – A.B. u. a. – Rs. C.824/18, ECLI:EU:C:2021:153, Rn. 110; EuGH, U. v. 18.5.2021 – Asociaţia Forumul Judecătorilor din România – Rs. C-83/19, ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 189 sowie EuGH, U. v. 21.12.2021 – Euro Box Promotion u. a. – Rs. C-357/19, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 219.

125 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Art. 6 EUV, Rn. 26; *Kraus*, in: EMRK/GG, Kapitel 3, C. III, Rn. 92.

126 *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 52.

127 *Stern/Hamacher*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, A. II. 7. f., Rn. 148, in Bezug auf Art. 52 Abs. 4 GRCH.

128 *Stern/Hamacher*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, A. II. 7. f., Rn. 148, in Bezug auf Art. 52 Abs. 4 GRCh.

129 *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 49, m. w. N.; *Kühling*, in: Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 662, m. w. N.; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Rn. 69, die von einem Nebeneinander der Grundrechtsquellen spricht; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 40, der auf die geschichtlichen Hintergründe zu dieser Entwicklung sowie den Wunsch hinweist, das hohe Schutzniveau der Grundrechte der Charta zu sichern.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

te.[130] Dies entspreche dem auf die Fortentwicklung der Charta gerichteten Zweck, der sich teleologisch am vierten Erwägungsgrund ihrer Präambel festmachen lasse, den Schutz der Grundrechte auch angesichts gesellschaftlicher und wissenschaftlicher Entwicklungen zu stärken und sichtbarer zu machen.[131] Für Schorkopf liegt die dogmatische Funktion und Relevanz an den durch die Charta und EMRK begrenzten argumentativen Möglichkeiten des Gerichtshofs, einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten, die er sogar als Verpflichtung eines Rückgriffs auf extraunionale Erkenntnisquellen und kooperativen Auslegung deutet.[132] Als vorläufiger Höhepunkt dieser Ansicht attestieren Teile der Literatur den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zukünftig einen renaissanceartigen Bedeutungszuwachs, da die Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Verfassungsgerichte sich in Zukunft stärker ergänzen würden, weil die Auslegung der Grundrechte auf den verschiedenen Ebenen des Verfassungsschutzes Wechselwirkungen ergeben würden.[133] Folgte man dieser Ansicht, steht es dem EuGH methodologisch auch nach dem Inkrafttreten der Charta frei, ungeschriebene Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zu entwickeln.[134] Diametral gegensätzlich zur Bedeutungslosigkeit könnte ihnen damit auch zukünftig eine größere Rolle bei der wechselseitigen Abstimmung und Ergänzung des grundrechtlichen Schutzniveaus zukommen.

---

130 In diesem Sinne auch: *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 53; *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 135, m. w. N.; *Schorkopf*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 6 EUV, Rn. 52; *Dougan*, CMLR 45, 2008, (Heft 3), S. 617, S. 665, der von einer „effective legal basis for the flexible evolution of the Union's human rights jurisprudence, […] to new and unforseen social and moral problems" ausgeht.

131 *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 53; Der vierte Erwägungsgrund lautet: „Zu diesem Zweck ist es notwendig, angesichts der Weiterentwicklung der Gesellschaft, des sozialen Fortschritts und der wissenschaftlichen und technologischen Entwicklungen den Schutz der Grundrechte zu stärken, indem sie in einer Charta sichtbarer gemacht werden."

132 *Schorkopf*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 6 EUV, Rn. 52.

133 *Becker*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 52 GRCh, Rn. 18, m. w. N.; *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 163; *Weber*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, B, II, 2, Rn. 21. „Hier könnten die „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen" als Ausdruck gemeinsamer Rechtsgrundsätze wiederum eine Renaissance erfahren; dies ist jeweils bei den einzelnen Grundrechten zu prüfen."

134 Vgl. *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 52; *Schorkopf*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 6 EUV, Rn. 53; *Streinz*, in: ders./Michl EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 35; kritisch bzw. den Anwendungsbereich massiv beschränkend: *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Stellungnahme

Der Charta enthält selbst keine Informationen darüber, ob der Rückgriff auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen auch nach deren Inkrafttreten zulässig sein soll. Der Verweis auf die Verfassungstraditionen in der Präambel dient aus dem systematischen Zusammenhang lediglich dem übergeordneten Ziel, „den Schutz der Grundrechte zu stärken, indem sie in einer Charta sichtbarer gemacht werden".[135] Dennoch dürfte der Streit für die Untersuchung von untergeordneter Bedeutung sein. Versteht man die „Genese" als die völlige Neuschöpfung ungeschriebener Grundrechte, hat Art. 6 Abs. 3 EUV keine Relevanz für die Auslegung des hier fraglichen Anwendungsumfangs der in Art. 47 und 48 GRCh bereits normierten strafrechtlichen Verfahrensrechte.

Versteht man Genese auch als die richterrechtliche Erweiterung der sachlichen Schutzbereiche bereits bestehender Grundrechte, erscheinen die Rechtspositionen nur auf den ersten Blick widersprüchlich, zeigen aber bei genauerer Betrachtung erhebliche Überschneidungen.

Einigkeit besteht darüber, dass sich die Bedeutung der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zur Genese ungeschriebener Grundrechte mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und der Kodifizierung der nach Art. 6 Abs. 1 EUV unmittelbar geltenden Grundrechtecharta unbestreitbar reduziert hat. Dass die richterrechtlich bislang entwickelten Grundrechte weitestgehend in der Charta kodifiziert und so nach Art. 6 Abs. 1 EUV unmittelbar Anwendung finden, verringert die Notwendigkeit der Herleitung ungeschriebener Grundrechte im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung – mithin den Anwendungsbereich der gemeinsamen Verfassungstraditionen – weiter. Dies gilt umso mehr, soweit eine Herleitung auch aus der EMRK erfolgen kann, als grundrechtlicher Mindeststandard.[136] Dieser Bedeutungsverlust kann an der Rechtssprechungspraxis des EuGH nachvollzogen werden, der im *Hauer*-Urteil im Jahr 1979 die Gewährleistung der Eigentumsgarantie aus den gemeinsamen Verfassungskonzeptionen der Mitgliedstaaten anhand einer rechtsvergleichenden Darstellung noch umfangreich herleitete, während er in der Entscheidung Berlusconi im Jahr 2005 – also nach der Proklamation der Charta im Jahr 2000, aber vor dem unmittelbar rechtsverbindlichen Inkrafttreten am 1. Dezember 2009 – ohne rechtsvergleichende Ausführungen feststellt: „Der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes gehört zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten."[137] In dieser Zwischenphase – und teilweise auch noch darüber hi-

[135] Präambel der Grundrechtecharta, Abl. 2000, C-364/8.

[136] Vgl. *Streinz*, in: Streinz EUV/AEUV Art. 6 EUV, Rn. 25.

[137] EuGH, U. v. 03.05.2005 – Berlusconi u. a. – verb. Rs. C-387/02 u. a., ECLI: EU:C:2005:270, Rn. 68; dies wurde später unter Verweis auf die vorgenannte Ent-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

naus – leitete der EuGH auch den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ab, stellte aber bereits fest, dass dieser auch in der proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union bekräftigt worden sei.[138] Bezeichnenderweise führt GA Mengozzi im Jahr 2007 aus:

> „Eine erschöpfende Prüfung der Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten halte ich […] nicht für zwingend notwendig, weil, wie bereits in Nr. 68 der vorliegenden Schlussanträge hervorgehoben, die Grundrechtecharta, wiewohl rechtlich unverbindlich, das Hauptziel verfolgt, diejenigen Rechte erneut zu bekräftigen, die sich insbesondere aus den genannten Traditionen speisen."[139]

Seit 2010 lässt sich eine primäre Herleitung der Grundrechte aus der Charta erkennen.[140] Im Jahr 2015 leitet der EuGH diesen Grundsatz sodann alleine aus Art. 47 GRCh ab,[141] wobei etwa Generalanwalt Cruz Villalón auch noch im Jahr 2016 zusätzlich auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten verweist, ohne dass hierfür jedoch eine Notwendigkeit oder ein Mehrwert erkennbar wäre.[142]

---

scheidung nur noch wiederholt, etwa in EuGH, U. v. 8.3.2007 – Campina – Rs. C-45/06, ECLI:EU:C:2007:154, Rn. 32; EuGH, U. v. 11.3.2008 – Jager – Rs. C-420/06, ECLI:EU:C:2008:152, Rn. 59.

138 EuGH, U. v. 13.3.2007 – Unibet – Rs. C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, Rn. 37; vgl. zum Recht auf ein faires Verfahren und Art. 47 GRCh als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, EuGH, U. v. 16.07.2009 – Der Grüne Punkt – Rs. C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456, Rn. 177 ff.; EuGH, U. v. 3.9.2008 – Kadi u. Al Barakaat International – verb. Rs. C-402/05 u. C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 335; EuGH, U. v. 17.3.2011 – AJD Tuna – Rs. C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153, Rn. 54, beide in Bezug auf den effektiven gerichtlichen Rechtsschutz.

139 Schlussanträge GA Mengozzi v. 23.5.2007 – Laval un Partneri – Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:291, Rn. 77; der EuGH folgt ihm und verweist nicht auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen. EuGH, U. v. 18.12.2007 – Laval un Partneri – Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, Rn. 90 f.

140 Vgl. z. B. EuGH, U. v. 9.11.2010 – Schecke und Eifert – Rs. C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662, Rn. 44 ff.; *Kraus*, in: EMRK/GG, Kapitel 3, C, III, Rn. 93.

141 EuGH, U. v. 16.7.2015 – Coty – Rs. C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485, Rn. 29, in Bezug auf einen wirksamen Rechtsbehelf als Ausfluss des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes.

142 „Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 47 der Charta bekräftigt den Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes als allgemeinem Rechtsgrundsatz des Unionsrechts, der sich aus der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten ergibt", in: Schlussanträge GA Cruz Villalón v. 16.4.2015 – Coty – Rs. C-580/13, ECLI:EU:C:2015:243, in Fn. 12; vgl. auch die rechtsvergleichenden Überlegungen in: Schlussanträge GA Cruz Villalón v. 12.6.2012 – Åkerberg Fransson – Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2012:340, Rn. 83, in Bezug auf den *ne bis in idem* Grundsatz in Verwaltungsverfahren.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dies spricht für eine Redundanz der gemeinsamen Verfassungstraditionen zur Genese ungeschriebener Grundrechte.

Vor dem Hintergrund des eklatanten Bedeutungsverlusts der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zur Grundrechtsgenese neben der Charta schösse es indes nach hier vertretener Auffassung über das Ziel hinaus, die Entwicklung neuer, bislang nicht in der Charta enthaltener Grund- oder Verfahrensrechte vollständig zu verunmöglichen.[143] Hierfür spricht primär, dass Art. 6 Abs. 3 EUV die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen gegenwärtig kodifiziert und der EuGH noch immer auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen verweist.[144] Der EuGH geht davon aus, dass Art. 6 Abs. 3 EUV lediglich eine Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung zur Grundrechtsgenese ist und keine Änderungen an deren Rechtsquellenqualität beabsichtigt war.[145] Gerade dort, wo die Charta planwidrige Regelungslücken aufweist, erscheint es erforderlich, weiterhin auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zurückzugreifen.[146]

Für eine völlige Redundanz besteht zudem weder eine Notwendigkeit noch wird es dem im Anwendungsbereich massivst beschränkten Ausnahmecharakter der gemeinsamen Verfassungstraditionen gerecht. Dass diese „amorph" sind und bestenfalls eine nur mit großer Mühe zu determinierende Rechtserkenntnisquelle bilden, ist ein noch genauer zu betrachtendes faktisches Problem der „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen", wirft aber die Frage nach deren „Bedrohlichkeit" für den europäischen Grundrechtsschutz auf. Die Gefährdung des ordentlichen Rechtssetzungsprozesses durch richterliche Rechtsfortbildung erscheint jedenfalls gering, wenn der Gesetzgeber die Methode mit der fortbestehenden primärrechtlichen Kodifizierung Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 4 GRCh selbst ausdrücklich toleriert und keine Neuformulierung vornimmt.

---

[143] So wohl auch *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Art. 6 EUV, Rn. 26, der sich aber gegen ein uneingeschränktes Nebeneinander ausspricht.

[144] EuGH, U. v. 27.2.2018 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses – Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 35, EuGH, U. v. 2.3.2021 – A.B. u. a. – Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, Rn. 110; EuGH, U. v. 18.5.2021 – Asociaţia Forumul Judecătorilor din România – Rs. C-83/19, ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 189, sowie EuGH, U. v. 21.12.2021 – Euro Box Promotion u. a. – Rs. C-357/19, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 219.

[145] EuGH, U. v. 10.6.2003 – Booker Aquaculture – Rs. C-20/00 u. a., ECLI:EU:C:2003:397, Rn. 66; EuGH, U. v. 22.10.2002 – Roquette Frères – Rs. C-94/00, ECLI:EU:C:2001:603, Rn. 24; EuGH, U. v. 6.3.2001 – Connolly – Rs. C-274/99 P, ECLI:EU:C:2001:127, Rn. 38; EuGH, U. v. 15.12.1995 – Bosman – Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 79; vgl. auch *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 55.

[146] *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 69, 140 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die gesetzliche Normierung einer rechtsvergleichenden Einbeziehung nationaler Verfassungsordnungen zur prätorischen Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze streitet für eine methodologisch imperative Anweisung an den EuGH, die nationalen Rechtsordnungen in die Rechtsprechung einzubeziehen.[147] Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber den Telos der Vorschrift übernommen wissen wollte, der darin liegt, den dynamischen Grundrechtsentwicklungen im Wechselspiel mit den nationalen Verfassungen Rechnung zu tragen. Dies entspricht auch dem ursprünglichen Willen des Verfassungskonvents, das darauf verwies, dass die Grundrechtsgewährleistung der nicht abschließenden und niemals als erschöpfend zu betrachtenden Charta durch die künftige Grundrechtsentwicklung beider Rechtserkenntnisquellen ergänzt werden sollte.[148] Daher sollten:

> „im Wege der Rechtsprechung zusätzliche Rechte eingeführt werden können, mit denen den gesellschaftlichen Entwicklungen Rechnung getragen wird.“[149]

Dieser Ansicht hat sich das Verfassungskonvent im Verfassungsvertrag letztlich angeschlossen.[150] Der Blick auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen schafft so die notwendige dynamische Flexibilität in der Grundrechtsschutzgewährung. Die Bedenken hinsichtlich des „Opt-Out-Protokolls“ sind insoweit unbegründet, als dass die Charta auch in Polen und Tschechien justiziabel bleibt und das nationale Recht daran zu messen ist.[151] Die Reichweite

---

147 Vgl. hierzu auch *Wendel*, Der Staat 2013, S. 339, S. 368.

148 Kritisch dazu, ob die Arbeitsdokumente des Grundrechte- und Verfassungskonvents für die Auslegung herangezogen werden können, da es insoweit an einer Annahme durch sämtliche Vertragsparteien fehle, *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 137 f.

149 Europäischer Konvent v. 22.10.2002 – Schlussbericht der Gruppe II über die Charta – CONV 354/02 WG II 16, S. 9.

150 Europäischer Konvent v. 6.2.2003, – Entwurf der Artikel 1 bis 16 des Verfassungsvertrags – CONV 528/03, S. 13: „In Absatz 3, der sich an den derzeitigen Artikel 6 Absatz 2 EUV anlehnt, soll deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass das Unionsrecht – abgesehen von der Charta – noch weitere Grundrechte, die sich einerseits aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und andererseits aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten herleiten, als allgemeine Grundsätze anerkennt. Wie mehrere Konventsmitglieder in der Gruppe II (vgl. Schlussbericht CONV 354/02, S. 9 und 10) und im Plenum hervorgehoben haben, gilt es, mit dieser Bestimmung deutlich zu machen, dass sich der Gerichtshof auch nach der Einbeziehung der Charta auf diese beiden Quellen berufen kann, um zusätzliche Grundrechte anzuerkennen, die sich insbesondere aus einer eventuellen Weiterentwicklung der EMRK und der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ergeben. Dies steht im Einklang mit der klassischen Verfassungslehre, nach der die Grundrechtekataloge in den Verfassungen niemals als erschöpfend zu betrachten sind, so dass im Wege der Rechtsprechung zusätzliche Rechte eingeführt werden können, mit denen den gesellschaftlichen Entwicklungen Rechnung getragen wird.“; kritisch: *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 16 f.

151 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 14.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Protokolls ist daher für die Anwendung des Art. 6 Abs. 3 EUV zur Genese oder Auslegung der Grundrechte als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts belanglos.[152]

Im Ergebnis spricht daher die Beibehaltung des Art. 6 Abs. 3 EUV dafür, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze neben der Charta zur Genese ungeschriebener Grundrechte Anwendung finden sollen.[153]

3. Verhältnis geschriebener Grundrechte und ungeschriebener Grundsätze

Lässt man die Genese ungeschriebener Grundrechte neben der Charta zu, stellt sich die Frage nach deren Normverhältnis.[154] Die Unionsgerichte haben sich, soweit ersichtlich, noch nicht mit dieser Frage beschäftigt. Teile der Literatur plädieren für ein Spezialitätsverhältnis, das den Anwendungsbereich geschriebener und ungeschriebener Grundrechte strikt trennt und geschriebenen Charta-Grundrechten absoluten Vorrang gegenüber ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen gewährt.[155] Andere sehen beide wegen Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 EUV, der die Charta neben die Verfassungsüberlieferungen stellt, normhierarchisch gleichrangig und in Idealkonkurrenz zueinanderstehend.[156] Zweigert sieht wegen der Rechtsnatur der allgemeinen Rechtsgrundsätze als ergänzende Rechtsquelle, die zur Ausfüllung der Lücken im geschriebenen Unionsrecht dienen, den Rückgriff auf ungeschriebene Rechtsgrundsätze nur dann gestattet, wenn das geschriebene Recht ein *non liquet* ergibt.[157] Sie dienten ferner allein der Auslegung, sodass ein Widerspruch zwischen geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechten nach Zweigert von vornherein ausgeschlossen sei.[158] Damit spricht er allerdings einen ande-

---

152 *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 54.

153 *Scheuing*, EuR 2005, S. 162, S. 189 f.; *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 139, m. w. N.; so wohl auch *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 10.

154 Vgl. hierzu schon *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 612 ff.; *Thüsing/u. a.*, RdA 2012, S. 281, S. 290.

155 Schlussanträge GA Pedro Cruz Villalón v. 19.5.2011 – Prigge – Rs. C-447/09, ECLI:EU:C:2011:321, Rn. 26; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 17; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 71; *Streinz*, in: ders./Michl EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 35; *Thüsing/u. a.*, RdA 2012, S. 281, S. 290.

156 *Schorkopf*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 6 EUV, Rn. 28 f.; *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 6 EUV, Rn. 20, der zwar von „Spezialität“ spricht, damit aber nicht den vollständigen Ausschluss meint, sondern den Anwendungsvorrang der Charta-Grundrechte, auch für die richterliche Rechtsfortbildung. Soweit die Grundrechtscharta lückenhaft ist, befürwortet er allerdings die Fortentwicklung durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze aus den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten.

157 *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 612.

158 *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 612.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ren Anwendungszweck an, der gerade nicht die Genese von Grundrechten betrifft. Für Kingreen kann nach dem Telos der allgemeinen Rechtsgrundsätze als lückenfüllender „Notnagel“[159] die richterliche Rechtsfortbildung nur in dem Rahmen stattfinden, den die Charta vorgibt.[160] Die simultane Einbeziehung externer Rechtserkenntnisquellen wie die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen neben der Charta sei obsolet und würde „rechtliche Verwirrung schaffen, da die Charta bereits Rechte enthält, die sich aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ableiten, und weil sie auf diese Quellen verweist“[161]. Auch für Schubert sprechen „gesetzessystematische Gründe“ für ein solches Verständnis.[162] Andernfalls käme es ohne inhaltliche Notwendigkeit zu einer Doppelspurigkeit des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes.[163] Die allgemeinen Rechtsgrundsätze seien mit dem Inkrafttreten der Charta in selbiger aufgegangen, sodass für deren Eigenständigkeit kein Raum mehr bleibe. Folgte man diesem Ansatz, verbleibt für Art. 6 Abs. 3 EUV kein Anwendungsbereich.

Auch Schneiders will im Regelungsbereich der Charta die Genese ungeschriebener Grundrechte ausschließen,[164] differenziert hierbei jedoch – richtigerweise – den Anwendungsbereich. Beschränkt man diesen von vornherein auf die Bereiche, in denen die Charta oder das Primärrecht keine grundrechtlichen Regelungen vorsehen (planwidrige Regelungslücke), ergibt sich für Schneiders ein „supplementäres“ Geltungsverhältnis, bei dem ungeschriebene Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, soweit sie hergeleitet werden können, mit dem Primärrecht auf einer Stufe stehen.[165] Soweit das Unionsrecht selbst unmittelbar eine grundrechtsbezogene Regelung vorsieht, Sachverhalte also in den Regelungsbereich der Grundrechte fallen, soll dies hingegen nicht möglich sein, sodass der Anwendungsbereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze insoweit beschränkt ist.[166] Enthält beispielsweise Art. 12 Abs. 1 GRCh das Grundrecht darauf, sich „friedlich“ zu versammeln, könne diese ausdrückliche Schutzbereichseinschränkung nicht durch die Genese ungeschriebener Grundrechte umgangen werden, indem der EuGH den grundrechtlichen Schutzbereich auf „unfriedliche“ Versammlungen ausweite, indem

---

159 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 17.

160 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, ARt. 6 EUV, Rn. 15.

161 Europäischer Konvent v. 22.10.2002 – Schlussbericht der Gruppe II über die Charta – CONV 354/02 WG II 16, S. 9.

162 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Rn. 27, der aber zwischen Grundsätzen der Charta und allgemeinen Grundsätzen differenzieren will.

163 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Rn. 27.

164 *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 142.

165 *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 140 f.

166 *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 141 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

er dies aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen herleite und zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts erkläre.[167] Folgte man diesem Ansatz, ist die Herleitung ungeschriebener Grundrechte allein im Regelungsbereich der Charta ausgeschlossen. Enthalten die Grundrechte jedoch eine Regelungslücke, können ungeschriebene Grundrechte ergänzend generiert werden.

Für dieses differenzierte Verständnis spricht, dass der Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 EUV andernfalls grundlos auf null reduziert würde. Zwar ist fraglich, inwieweit es überzeugend ist, wenn Schneiders zur dogmatischen Begründung hierfür auf die „vertikale Verbandskompetenz der Union" abstellt, die die Schaffung von Primärrecht nicht umfasse, obwohl Art. 6 Abs. 3 EUV Teil des Primärrechtes ist.[168] Relevant wird das Verhältnis von geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechten jedoch nur, wenn die Charta dem Wortlaut nach einen Schutzbereich ausdrücklich beschränkt, der durch die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als allgemeiner Rechtsgrundsatz erweitert werden soll. Andernfalls bedarf es der Herleitung ungeschriebener Grundrechte nicht. Für die Untersuchung der hier relevanten strafrechtlichen Verfahrensrechte ist dies aber aufgrund ihrer generalklauselartigen Formulierung nicht zu befürchten, sodass sich ein konkreter Konfliktfall kaum ergeben kann.

4. Zwischenergebnis

Die besseren Argumente sprechen für die – wenn auch im Umfang deutlich reduzierte – grundsätzliche Anwendbarkeit der gemeinsamen Verfassungstraditionen zum Zwecke der Grundrechtsgenese. Begreift man die Genese als vollständige Neuschöpfung von Grundrechten, spielt sie für die Untersuchung jedoch nur eine untergeordnete Rolle.

II. Zur Grundrechtsauslegung gemäß Art. 52 Abs. 4 GRCh

Der zweite und sowohl für die Untersuchung als auch die Praxis weitaus relevantere Anwendungszweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ist die konkretisierende und lückenfüllende Auslegung geschriebener Grund-

---

167 *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 142 f.

168 *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 139; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 31; der Gerichtshof zieht die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind, bei Lücken als subsidiäre Rechtsquelle heran.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechte nach Art. 52 Abs. 4 GRCh, die sich sowohl auf deren *Schutzumfang* als auch deren *Einschränkbarkeit* bezieht:[169]

> „Soweit in dieser Charta Grundrechte anerkannt werden, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, […] werden sie im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt."

Die Auslegung europäischer Grundrechte „im Einklang" mit nationalen Verfassungsüberlieferungen steht jedoch zunächst im scheinbaren Widerspruch dazu, Grundrechte als primäres Unionsrecht (vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV) autonom, mithin unabhängig vom einzelnen nationalen (Verfassungs-)Recht der Mitgliedstaaten, auszulegen. Die Bedeutung des Art. 52 Abs. 4 GRCh ist nicht präzise abgesteckt. Sie hängt davon ab, wie man den Wortlaut „im Einklang mit" auslegt.

1. Auslegung als „Transferklausel"

Die Auslegung der Grundrechte im Einklang mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ließe sich zunächst als verbindliche Transferklausel begreifen. Dies entspräche der historischen (Teil-)Intention einiger Mitgliedstaaten, da Art. 52 GRCh ursprünglich keinen Hinweis auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen vorsah. Insbesondere die Charta-skeptischen Mitglieder Großbritannien und Polen versuchten im Verfassungskonvent, die Grundrechte an die Rechtsgewährung und -entwicklung der Mitgliedstaaten rückzukoppeln,[170] um auch bei Regelungslücken der Charta ein hohes grund-

---

[169] *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 68 ff.; *Fassbender*, NVwZ 2010, S. 1049, S. 1052; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66.

[170] *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 11; die gegen die Erhebung der Grundrechtecharta in den Rang des Primärrechts nach Art. 6 Abs. 1 EUV bestehenden Bedenken haben Großbritannien und Polen im Protokoll Nr. 30 Ausdruck verliehen und die Einwirkungen der Charta auf die nationale Rechtsordnung begrenzt, Abl. v. 17.12.2007, C 306/156 f.; Art. 1 Abs. 1 des Protokolls lautet: „Die Charta bewirkt keine Ausweitung der Befugnis des Gerichtshofs der Europäischen Union oder eines Gerichts Polens oder des Vereinigten Königreichs zu der Feststellung, dass die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die Verwaltungspraxis oder Maßnahmen Polens oder des Vereinigten Königreichs nicht mit den durch die Charta bekräftigten Grundrechten, Freiheiten und Grundsätzen im Einklang stehen." Das Protokoll wurde später auf die Tschechische Republik erstreckt, vgl. Erklärung Nr. 53 der Tschechischen Republik zur GRCh im Anhang zur Schlussakte der Regierungskonferenz von Lissabon, ABl. v. 17.12.2007 Nr. C 306/267; Abs. 2 der Erklärung lautet: „Die Tschechische Republik hebt ferner hervor, dass die Charta den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht ausdehnt und auch keine neuen Zuständigkeiten für die Union begründet. Weder begrenzt sie den Geltungsbereich der nationalen Rechtsvorschriften noch beschneidet sie die derzeitigen Zuständigkeiten der nationalen Regierungen auf diesem Gebiet."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechtliches Schutzniveau zu gewährleisten.[171] Mit Kingreen ließe sich darin die als im politischen Mehrebenensystem typische Befürchtung nationaler Mitgliedstaaten entdecken, dass die „zentripetale Grundrechtswirkung" zu einer Kompetenzschwächung der Mitgliedstaaten führen kann.[172] Deren ursprünglicher Formulierungsvorschlag für Art. 52 Abs. 4 GRCh sah daher eine Auslegung der Grundrechte in Übereinstimmung mit „in accordance with/ conformément à" den Grundrechten vor und hätte als verbindliche Transferklausel im Sinne einer verbindlichen Rückkopplung der Charta an die Verfassungsüberlieferungen verstanden werden können.[173] Deren schwerpunktmäßiger Anwendungszweck bestünde dann in der Eindämmung auswuchernder Grundrechtsanwendung durch die Union.

Für einen überwiegenden Teil des Verfassungskonvents bestand indes kein Erfordernis, auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zu verweisen, da diese ohnehin in der Charta aufgegangen und die Grundrechte mit ihr wesentlich präziser bestimmbar waren als durch einen Rechtsvergleich aller Mitgliedstaaten.[174]

2. Auslegung als Rechtserkenntnisquelle

Der britische Formulierungsvorschlag „in accordance with" hat sich jedoch nicht durchgesetzt. Die nationalen Sprachfassungen gehen mit dem noch unverbrauchten sowie unbestimmten Rechtsbegriff von einer Auslegung der Grundrechte „in Harmonie mit" den Verfassungsüberlieferungen aus.[175] Aus europäischer Sicht ist Art. 52 Abs. 4 GRCh daher eine zusätzliche Rechtserkenntnis- und Inspirationsquelle für die Unionsgerichte, der nach Art. 19 Abs. 1 EUV die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge obliegt.[176] Durch die Integration des Absatzes 4 in die Charta wollte der Verfassungskonvent zwar als Kompromiss durchaus einzelstaatliche Be-

---

171 Europäischer Konvent v. 22.10.2002 – Schlussbericht der Gruppe II über die Charta – CONV 354/02 WG II 16, S. 7.

172 Gemeint ist damit wohl eine von innen nach außen abfallende Grundrechtshierarchie, mit der EU im Zentrum und den Mitgliedstaaten am Rand, vgl. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 4.

173 *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 91.

174 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 40.

175 [Englisch:] „those rights shall be interpreted in harmony with those traditions."; [französisch:] „ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions."; [italienisch:] „tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni."; [spanisch:] „dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones"; vgl. *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 91 ff.

176 Vgl. *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 69.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sonderheiten in den unionalen Grundrechtsschutz einfließen lassen, die Sorge der Mitgliedstaaten vor einer extensiven Auslegung der Charta verringern[177] und die politische Akzeptanz der Charta stärken.[178] Das Ziel war der „Gleichlauf" im Sinne einer weitgehenden, aber nicht vollständigen Kohärenz gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der Charta, um Widersprüche mit nationalen Verfassungsordnungen im Mehrebenensystem zu vermeiden.[179] Letzteren komme aber subsidiäre und lückenfüllende Funktion zu, wobei die Charta-Grundrechte nicht hinter diesem Schutzumfang zurückbleiben dürften.[180] Der Gerichtshof müsse folglich vor den Verfassungsgrundsätzen der Mitgliedstaaten „respektvoll innehalten und deren volle Anwendung in ihrem Wesensgehalt sichern".[181] Die Unionsgrundrechte sollten dabei allerdings nicht ihrer Eigenständigkeit beraubt und die Charta nicht als primäre Rechtsquelle zugunsten nationaler Rechtsvorschriften abgelöst werden, indem sie als solche in das Unionsrecht übertragen wurden, um als Leitplanken dessen Entwicklung zu kontrollieren und zu begrenzen.[182]

3. Bedeutungslosigkeit der Auslegung

Dennoch wird dem so verstandenen Anwendungszweck des Art. 52 Abs. 4 GRCh teilweise die praktisch völlige Bedeutungslosigkeit attestiert.[183] Nach Ladenburger werde der EuGH sich weder durch die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen von einer autonomen Auslegung der Verträge abhalten lassen, noch eine wertende Rechtsvergleichung zur systematischen Abstützung seiner Auslegung vornehmen.[184] Die Auslegungsmethode sei eine kosmetische Rückbindung, die weder realisierbar noch wünschenswert sei, da die

---

177 *Brecht*, ZEuS 2005, S. 355, S. 365 ff.

178 *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 16 f.

179 *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 48; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Rn. 68; *Geiger/u. a.*, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 8; *Becker*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 52 GRCh, Rn. 17.

180 *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 63 f.

181 Vgl. Schlussanträge GA Trabucchi v. 28.03.1974 – Nold – Rs. C-4/73, ECLI:EU:C:1974:27, S. 514, vgl. in diesem Sinne auch *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 6 EUV, Rn. 22. Wie im Einzelfall die Auslegung tatsächlich vorzunehmen ist, ist in Rechtsprechung und im Schrifttum bislang wenig ausdifferenziert. Dazu unten unter: 2. Kap.

182 Vgl. Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1649.

183 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Rn. 2, der von einer „deklaratorischen Wirkung" spricht; a. A. *Becker*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 52 GRCh, Rn. 18; a. A. *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 152.

184 *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52, Rn. 94.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Errungenschaft der Charta gerade in ihrer eigenständigen Geltung läge.[185] Der rechtsvergleichende Rückgriff auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen müsse „aufgrund besonderer Umstände angezeigt" sein.[186] Dies sei am ehesten im Bereich der „besonders heiklen Fragen" gerechtfertigt, zu denen in den Mitgliedstaaten unterschiedliche verfassungstraditionelle Ethik- und Moralvorstellungen vorherrschen.[187] Der Anwendungszweck als kohärenzsichernde Auslegungsmethode erscheint dementsprechend erheblich reduziert.[188]

4. Stellungnahme

Der Versuch einiger Mitgliedstaaten, die Grundrechtecharta materiell nicht über ihre eigenen Verfassungstraditionen hinauswachsen zu lassen, ist völlig zu Recht gescheitert. Der Wortlaut des Art. 52 Abs. 4 GRCh stellt mit dem Wortlaut „im Einklang mit" keine Transferklausel der Verfassungsüberlieferungen dar.[189] Letztere binden den EuGH damit materiellrechtlich nicht unmittelbar,[190] was im Ergebnis der bereits dargestellten Auslegung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als Rechtserkenntnisquelle entspricht. Andererseits spricht gegen die völlige Bedeutungslosigkeit des Art. 52 Abs. 4 GRCh bereits dessen Existenz. Dass die Auslegung der Grundrechte anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen durch den EuGH faktisch ein Schattendasein fristet und auch auf absehbare Zeit keine Renaissance zu erwarten ist,[191] ist zwar faktische Rechtwirklichkeit, unterminiert jedoch nicht die dogmatische Funktion der Auslegungsmethode.

Die weiteren Positionen stehen sich dagegen nicht unvereinbar gegenüber, sondern betonen mit unterschiedlichen Schwerpunkten die Bedeutung der Auslegung der Charta-Grundrechte im Mehrebenensystem des europäischen Grundrechtsschutzes. Es entspricht dem Wesen der EU – und mithin der vordringlichen Aufgabe der Unionsgerichte wie auch der nationalen Verfassungsgerichte –, als Staaten- und Verfassungsverbund im ineinander verwobenen

---

185 *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, ARt. 52 GRCh, Rn. 11.

186 *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52, Rn. 49.

187 *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52, Rn. 95.

188 *Weber*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, B. II. 2. Rn. 17, m. w. N.

189 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66; *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 48; *Hatje*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 6 EUV, Rn. 29; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Rn. 20.

190 Vgl. schon oben unter § 2 C. I. II.; zur Unterscheidung zwischen Rechtsquelle und Rechtserkenntnisquelle vgl. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 7; *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 51; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66.

191 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 40, weist insoweit zu Recht auf den erheblichen Aufwand hin, der mit einer Ermittlung der gemeinsamen Verfassungstradition einhergeht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und sich wechselseitig beeinflussenden Mehrebenensystem des Grundrechtsschutzes Gemeinsamkeiten zu identifizieren und zur Konkretisierung des fragmentarischen Grundrechtsschutzes nutzbar zu machen.[192] Die Grundrechtecharta ist auf einen dynamisch-kooperativen Grundrechtsschutz angelegt, der die Bedeutung der EMRK und GRCh als ein wandelbares „living instrument" begreift.[193] Vieles spricht dafür, aus dem Doppelverweis der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen, nicht nur das Recht, sondern gleichsam die Pflicht des EuGH abzuleiten, extraunionale Erkenntnisquellen in die Auslegung einzubeziehen.[194] Den Ruf nach einem autonomen, vom nationalen Recht der Mitgliedstaaten emanzipierten Unionsrecht mag man für nachvollziehbar oder begrüßenswert erachten, er entspricht aber nicht der gegenwärtigen Rechtspraxis und -ordnung der EU als Staaten- und Verfassungsverbund.[195] Zum einen verlangt die Grundrechtecharta – aus Rücksicht auf die Souveränität der Mitgliedstaaten – eine wechselseitige Abstimmung mit den nationalen Verfassungsordnungen.[196] Dies entspricht im politischen Mehrebenensystem dem Gebot der Berücksichtigung der demokratisch legitimierten Grundentscheidung der nationalen Verfassungsordnungen.[197] Eine Akzeptanz der durch den EuGH getroffenen Auslegung in den Mitgliedstaaten bedarf insoweit einer Beteiligung der nationalen Rechtordnungen am Integrationsprozess.[198] Art. 52 Abs. 4 GRCh basiert auf diesem „Nebeneinander der Grundrechtsquellen"[199] und soll nach den Erläuterungen zur Charta ein hohes grundrechtliches Schutzniveau bieten, das mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen im Einklang steht.[200] Das Konvent wollte die Grundrechte hierdurch besser sichtbar machen und methodologisch Brüche mit dem Grundrechtsstandard der Mitgliedstaaten vorbeugen.[201] Diese Erwägungen sind nach Art. 52 Abs. 7 GRCh gebührend zu berücksichtigen.

Ladenburger ist damit nicht zuzustimmen, wenn er die Charta in ihrer Geltung als völlig eigenständig und unabhängig betrachtet.[202] Die Grundrechts-

---

192 Vgl. auch *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 145, 157.

193 *Schorkopf*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 6 EUV, Rn. 53.

194 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 152; in Bezug auf Art. 6 Abs. 3 EUV aber inhaltlich entsprechend auf die Auslegung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen übertragbar, *Schorkopf*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 6 EUV, Rn. 53.

195 Zu diesem Ergebnis kommt auch *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 150.

196 *Becker*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 52 GRCh, Rn. 17.

197 *Becker*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 52 GRCh, Rn. 17.

198 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 152; vgl. auch *Wieland*, NJW 2009, S. 1841, S. 1844.

199 *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 69.

200 Erläuterungen zu Art. 52 GRCh, v. 14.12.2007, Abl. C-303/34.

201 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Rn. 19.

202 Vgl. hierzu schon *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 78.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ebenen sind ineinander verflochten und beeinflussen sich wechselseitig.[203] Schließlich binden die Charta-Grundrechte, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen ergeben, die Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 GRCh).[204]

Die Bedeutung der nationalen Verfassungen und gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen darf dabei aber nicht überspannt, die Eigenständigkeit der Grundrechtecharta als genuin supranationale Grundrechtsquelle nicht unterlaufen werden. Die nationalen Verfassungsüberlieferungen bilden zwar historisch die Wurzel gemeinsamer europäischer Werte und können daher auch in Zukunft die Fortentwicklung der Grundrechtecharta prägen.[205] Dies kann allerdings nur innerhalb der Grundrechtecharta zur Präzisierung und Lückenschließung geschehen. Erst dann wird die komparatistische Auslegungsregel zur Verringerung von Diskrepanzen im Grundrechtsschutz zwischen der Union und den Mitgliedstaaten relevant.[206] Erst dann sind Grundrechtskonflikte im Mehrebenensystem, wie sie durch nationalverfassungsrechtliche Besonderheiten entstehen können,[207] mit anderen Grund- bzw. Konventionsrechten im Wege der Konkordanz gegeneinander abzuwägen und auszugleichen.[208] Nach hier vertretener Ansicht spricht daher vieles dafür, die Rechtsnatur der allgemeinen Rechtsgrundsätze als ergänzende Rechtsquelle zu begreifen und zur Ausfüllung der Grundrechtschutzlücken im geschriebenen Unionsrecht heranzuziehen. Der Rückgriff auf ungeschriebene Rechtsgrundsätze ist danach dann gestattet, wenn das geschriebene Recht ein *non liquet* ergibt.[209] Die Auslegung erfüllt damit die Lückenfüllungsfunktion für den Fall, dass eine grundrechtliche Schutzlücke existiert.[210] Dies entspricht am ehesten dem Telos des Art. 52 Abs. 4 GRCh, ohne dessen Bedeutung voll-

---

203 *Becker*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 52 GRCh, Rn. 17; *Becker* geht sogar so weit, den Grundrechten den genuin autonomen unionsrechtlichen Charakter abzusprechen aufgrund des dichten normativen Ableitungs- und Einbettungszusammenhangs zu gemeineuropäischen Normen national-verfassungsrechtlichen und völkervertraglichen Ursprungs.

204 *Hatje*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 6 EUV, Rn. 31.

205 Vgl. hierzu auch aus der nationalrechtlichen Perspektive BVerfG, B. v. 27.4.2021 – 2 BvR 206/14, Rn. 66, das die Grundrechte der Charta und des Grundgesetzes als funktionale Äquivalente bezeichnet; vgl. auch *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 152, m. w. N.

206 *Stern/Hamacher*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, A. II. 7. f., Rn. 147.

207 *Jarass*, EuR 2013, S. 29, S. 38.

208 *Weber*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, B. II. 2. Rn. 2; vgl. für das deutsche Grundgesetz unlängst: BVerfG, B. v. 27.4.2012 – Ökotox – 2 BvR 206/14, Rn. 70 f.

209 *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 612.

210 So auch *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 30 f.; *Streinz*, in: ders./ Michl EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 35.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ständig aufzuheben. Die Untersuchung kann daher auf Art. 52 Abs. 4 GRCh zur Auslegung der Charta-Grundrechte zurückgreifen.

III. Die Kombination von Anwendungszwecken

Die Anwendungszwecke – Genese und Auslegung – werden in der Rechtsprechungspraxis der Unionsgerichte auch kumulativ angewendet, wodurch sich deren komplementärer Zweck stärker herauskristallisiert. Im *AM&S*-Urteil generierte der EuGH zunächst das ungeschriebene, in der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht geschützte Recht auf Schutz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt sowie Mandant und sodann dessen einschränkende Voraussetzungen anhand der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten.[211] Der Gerichtshof prüfte, ob die Kommission im Rahmen der kartellrechtlichen Nachprüfung anwaltliche Schriftstücke herausverlangen kann, die dem legal professional privilege („legal confidence") unterliegen. Zur Prüfung, ob ein derartiger Schutz im Gemeinschaftsrecht generell besteht, konstatiert:

> „In den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten wird der Schutz des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant […] im Grundsatz anerkannt."[212]

Der konkrete sachliche Schutzbereich des Grundrechts wird in den Mitgliedstaaten zwar unterschiedlich ausgestaltet,[213] die nationalen Rechtsordnungen sehen jedoch „gemeinsame Kriterien und vergleichbare Voraussetzungen vor"[214]. Darüber hinaus dienen sie auch der Konturierung von dessen konkreten Anwendungsumfang als Auslegungsgrundlage des Unionsrechts, in diesem Fall der ehemaligen Kartellverfahrensverordnung Nr. 17/62.[215] Der EuGH erklärt sodann:

> „In diesen Zusammenhang gestellt ist die Verordnung Nr. 17 dahin auszulegen, daß sie ebenfalls die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant

---

[211] EuGH U. v. 15.5.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 18 ff. und 22 ff.

[212] EuGH, U. v. 18.05.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 19; vgl. Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1647 f.

[213] Insbesondere sind die Herleitung des Grundsatzes (Schutz des Organs der Rechtspflege oder Recht der Verteidigung) sowie die Unterscheidung zwischen unabhängigen vom Mandanten angestellten Rechtsanwälten unterschiedlich ausgestaltet.

[214] EuGH, U. v. 18.05.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 20 f.

[215] Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1648: „Die wesentlichen Fragen sind […] zweitens, ob die Verordnung bei richtiger Auslegung den Anwendungsbereich dieses Grundsatzes einschränkt."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unter diesen beiden Voraussetzungen schützt und somit die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen Elemente dieses Schutzes aufgreift."[216]

Daraus folgt, dass der EuGH die Grundrechte aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zunächst herleitet und sodann auch zu deren präzisierenden Auslegung heranzieht.

IV. Schließung von Regelungslücken als übergeordneter Anwendungszweck

Aus der Darstellung der bisherigen Anwendungszwecke lässt sich die *Schließung von Regelungs- und Grundrechtsschutzlücken im unionalen Grundrechtsschutz* als verbindender, übergeordneter Anwendungszweck der „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen" ableiten.[217] Auch der EuGH betont früh, dass er, „[s]oweit der Vertrag keine Vorschriften enthält", auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen hat, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.[218] Konkrete Regelungslücken des Grundrechtsschutzes der Charta sollen durch den normativen Vergleich geschlossen werden, indem die Erkenntnisse über die nationalen Rechtsordnungen als Auslegungshilfe der Charta-Grundrechte herangezogen werden.[219] Deren subsidiäre Anwendung wird insbesondere dann notwendig, wenn weder die Charta noch die EMRK Grundrechte vorsehen (Grundrechtsgenese)[220] oder die Verträge deren Schutz- und Schrankenbereich nicht hinreichend konkretisieren (Auslegung).[221]

---

216 EuGH, U. v. 18.05.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 22; vgl. Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1660, der die rechtsvergleichende Untersuchung detailliert vorgenommen hat und zu dem Schluss kommt, dass: „[…] Artikel 14 bei richtiger Auslegung die Kommission nicht zur Überprüfung von Schriftstücken ermächtigt, die unter den allgemeinen Grundsatz der Vertraulichkeit fallen, wie er meines Erachtens Bestandteil des Gemeinschaftsrechts ist".

217 Vgl. schon Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1648 f.: „Die wesentliche Fragen sind erstens, ob es unabhängig von der Verordnung einen entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz gibt […]".

218 EuGH, U. v. 5.3.1996 – Brasserie du pêcheur, u. a. – Rs. C-46/93, ECLI:EU:C:1996:79, Rn. 27.

219 Vgl. Schlussanträge GA Roemer v. 29.10.1969 – Stauder – Rs. 29/69 ECLI:EU:C:1969:52, Slg. 1969, 419, 428.

220 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 39.

221 EuGH, U. v. 21.01.2021 – Whiteland Import Export – Rs. C-308/19, ECLI:EU:C:2021:47, Rn. 43: „Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass weder die Bestimmungen des AEUV über den Wettbewerb noch, wie sich aus der Antwort auf die erste Vorlagefrage ergibt, jene der Verordnung Nr. 1/2003 Verjährungsvorschriften für die Verhängung von Sanktionen durch die nationalen Wettbewerbsbehörden, sei es nach Unionsrecht oder nach ihrem nationalen Recht, vorsehen".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der übergeordnete Zweck wird durch eine Rechtsprechungsübersicht der Unionsgerichte bezeugt. Im *Algera*-Urteil, das erstmalig das nationale Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten in Bezug nahm, konstatierte der EuGH, dass es sich bei der Zulässigkeit des Widerrufs eines rechtswidrig begünstigenden Verwaltungsakts:

> „um eine der Rechtsprechung und der Lehre in allen Ländern der Gemeinschaft wohlvertraute verwaltungsrechtliche Frage [handelt], für deren Lösung der Vertrag jedoch keine Vorschriften enthält."[222]

Der EuGH sah sich, „um sich nicht der Rechtsverweigerung auszusetzen", gehalten, „diese Frage von sich aus unter Berücksichtigung der in Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung der Mitgliedstaaten anerkannten Regeln zu entscheiden"[223]. Auch an anderen Stellen konstatierte der EuGH zunächst, dass das Gemeinschaftsrecht zu einem spezifischen Bereich des Grundrechtsschutzes keine Vorgaben enthalte.[224] Im *Hauer*-Urteil leitete der EuGH das Eigentumsrecht aus den gemeinsamen Verfassungskonzeptionen der Mitgliedstaaten her, da das Zusatzprotokoll der EMRK „[…] keine hinreichend genaue Antwort auf die vom Verwaltungsgericht aufgeworfene Frage" erlaube.[225] Es müssten daher „[…] die Hinweise beachtet werden, die den Verfassungsnormen und der Verfassungspraxis der neun Mitgliedstaaten zu entnehmen sind". Im *Orkem*-Urteil stellte der EuGH im Ausgangspunkt fest, dass „[…] die Verordnung Nr. 17 nicht ausdrücklich ein Recht zur Aussageverweigerung anerkennt […]"[226]. Die festgestellte Verfahrenslücke im Bereich des europäischen Kartellsanktionsverfahrens veranlasste den EuGH dazu, den Grundrechtsschutz für Unternehmen aus den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts herzuleiten. Der EuGH prüfte daher:

> „[…] ob und inwieweit […] die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, zu denen die Grundrechte gehören […], die Anerkennung eines Rechts gebieten, keine Informationen zu erteilen, die zum Beweis dafür verwendet werden könnten, daß derjenige, der sie erteilen soll, gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen hat."[227]

Auf dieser Rechtfertigungsgrundlage versuchte der Gerichtshof – oder vielmehr Generalanwalt Darmon –, die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Uni-

---

222 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 118.

223 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 118.

224 Vgl. EuGH U. v. 15.5.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 12, die vom EuGH dargestellten Ausführungen der streithelfenden Regierung der Französischen Republik; EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 28.

225 EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 17 ff.

226 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 28.

227 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 28.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

onsrechts in Form der Grundrechte durch eine strukturell wertende Vergleichung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sowie der EMRK zu konkretisieren und ein Zeugnisverweigerungsrecht für juristische Personen in Kartellermittlungsverfahren abzuleiten.[228] Im konkreten Fall gelang dies – in Ermangelung einer gemeinsamen Verfassungstradition – indes nicht, sodass der EuGH ein beschränktes Zeugnisverweigerungsrecht letztlich aus der „Wahrung der Rechte der Verteidigung als fundamentalen Grundsatz der Gemeinschaftsordnung" herleitete und anerkannte.[229] Am lückenschließenden Anwendungszweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen hat sich zudem auch nach dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta nichts geändert, durch die sich lediglich die bisherige grundrechtliche Schutzlücke weitestgehend, aber nicht vollständig geschlossen hat.[230]

---

228 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 29, fasst insoweit nur die umfassenden strukturell rechtsvergleichenden Betrachtungen des GA *Darmon* zusammen, vgl. dieser, in Schlussanträge v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87 ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 99 ff.

229 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 32 ff., unter Verweis auf EuGH, U. v. 9.11.1983 – Michelin – Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 7, der jedoch nur von der „Gewährung rechtlichen Gehörs" spricht.

230 Nach dem Inkrafttreten der Charta im Jahr 2009 bezieht sich der EuGH nur noch sporadisch auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten. Denn neben der Herleitung derjenigen Grundrechte, die in der Charta aufgeführt sind, sind die Verfassungstraditionen redundant; der EuGH spricht den Verfassungsüberlieferungen aber – ebensowenig wie Art. 6 Abs. 3 EUV, Art 52 Abs. 4 GRCh oder die Präambel der GRCh – keinen neuen oder veränderten Anwendungszweck zu. In EuGH, U. v. 19.1.2010 – Seda Kücükdeveci – Rs. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 20 ff., wird in Hinblick auf das Verbot der Altersdiskriminierung zwar noch auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten verwiesen (Rn. 20), sodann aber festgestellt, dass eine Diskriminierung wegen des Alters auch nach Art. 21 Abs. 1 GRCh unzulässig ist (Rn. 22); vgl. auch EuGH, U. v. 27.2.2018 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses – Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 35, [deutsch:] „Der Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Schutzes der Rechte aus dem Unionsrecht, von dem in Art. 19 Abs. 1 UnterAbs. 2 EUV die Rede ist, ist nämlich ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt; er ist in den Art. 6 und 13 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und nun auch in Art. 47 der Charta verankert"; so auch EuGH, U. v. 2.3.2021 – A.B. u. a. – Rs. C.824/18, ECLI:EU:C:2021:153, Rn. 110; EuGH, U. v. 18.5.2021 – Asociaţia Forumul Judecătorilor din România – Rs. C-83/19, ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 190 sowie EuGH, U. v. 21.12.2021 – Euro Box Promotion u. a. – Rs. C-357/19, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 219; in Hinblick auf den ne bis in idem-Grundsatz, vgl. Rn. 64 f., [deutsch:] „dass es sich bei dem Grundsatz ne bis in idem um einen tragenden Grundsatz des Unionsrechts handelt, der nunmehr in Art. 50 der Charta niedergelegt ist […]. Außerdem ergibt sich dieser Grundsatz, der auch in Art. 54 SDÜ verankert ist, aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für die Untersuchung lässt sich aus dem Gesagten ein abstrakt-übergeordneter Anwendungszweck dergestalt ableiten, dass die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten nach Art. 52 Abs. 4 GRCh und Art. 6 Abs. 3 EUV zur Schließung von Regelungslücken im unionalen Grundrechtsschutz zur Anwendung kommen.[231]

Die Regelungslücken werden durch die Grundrechtsgenese oder die Grundrechtsauslegung geschlossen.

V. Zwischenergebnis

Der übergeordnete Zweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten liegt als Rechtserkenntnisquelle in der Schließung von Regelungslücken im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz. Dies geschieht inzwischen primär durch eine präzisierende Auslegung des Geltungsumfangs der Charta-Grundrechte anhand und im Einklang mit den Überlieferungen i. S. d. Art. 52 Abs. 4 GRCh.

Dagegen tritt der ursprüngliche Zweck der Grundrechts- und Verfahrensgarantieerzeugung nach Art. 6 Abs. 3 EUV als ungeschriebene Rechtsquelle durch die Geltung der geschriebenen Grundrechtecharta und der EMRK weitgehend in den Hintergrund, wird aber nicht aufgehoben, soweit zur dynamischen Rechtsfortbildung die Genese ungeschriebener Grundrechte zur Schließung von Grundrechtsschutzlücken weiterhin erforderlich ist.

Für die Untersuchung folgt daraus, dass die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen grundsätzlich als Rechtserkenntnisquelle zur Auslegung des Anwendungsumfangs der Grundrechte in Betracht kommen, indem sie als allgemeine Rechtsgrundsätze – und damit unmittelbare Rechtsquelle des Unionsrechts – eine Schranken-Schranke für die Einschränkbarkeit der Chartagrundrechte bilden. Damit eignen sie sich, den grundrechtlichen Schutzbereich anzuheben und zu erweitern. Der so präzisierte Anwendungszweck ist jedoch nicht unbeschränkt anwendbar.

B. Die Anwendungsschranken der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen

Der Anwendungsbereich der gemeinsamen Verfassungstraditionen als Rechtserkenntnisquelle der Grundrechte ist nach überwiegender Ansicht beschränkt und muss demzufolge abgesteckt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn andere Grundrechtssysteme in Wechselwirkung treten und daher

[231] Vgl. auch Schlussanträge, GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1648 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ein Abstimmungsbedarf entsteht. Dabei sind die dargestellten Normzwecke – Grundrechtsgenese und Grundrechtsauslegung – zu unterscheiden, was oft verkannt wird, wenn vom „Anwendungsbereich" gesprochen wird.

I. Schranken der Grundrechtsgenese

Es wurde bereits dargestellt, dass die Grundrechtsgenese nach Art. 6 Abs. 3 EUV auch nach der Kodifikation der Charta grundsätzlich Anwendung findet, jedoch auf die Genese bislang ungeschriebener Grundrechte reduziert ist.[232] Hält die Charta oder die EMRK grundrechtliche Schutzgewährleistungen vor, ist der Rückgriff auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als Grundrechtsquelle überflüssig und aufgrund ihrer komplexen Herleitung nicht sinnvoll.

II. Schranken der Grundrechtsauslegung

Auch die Anwendung der gemeinsamen Verfassungstraditionen als Auslegungsregel der Charta nach Art. 52 Abs. 4 GRCh wird zum Teil erheblich reduziert.

1. Generelle Beschränkung auf Grundrechte

Die Anwendung des Art. 52 Abs. 4 GRCh wird teilweise auf „Grundrechte" beschränkt und soll unanwendbar sein, sofern die Charta-Normen als „Grundsatz" einzustufen sind.[233]

Hierfür lässt sich der Wortlaut des Art. 52 Abs. 4 GRCh anführen, dessen Anwendungsbereich auf „Grundrechte" beschränkt ist, die nach der Präambel sowie der Überschrift des Art. 52 GRCh von „Grundsätzen" zu differenzieren sind. Die Anwendbarkeit des Art. 52 Abs. 4 GRCh wird daher teilweise in Bezug auf die Auslegung von Grundsätzen abgelehnt. Diesen kommt zwar eine eigene Rechtsqualität und ein primärrechtlicher Rang zu, sie bewirken

---

232 A.A. wohl *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 151 f., wobei unklar ist, ob er dies nur auf die Auslegung der Grundrechte nach Art. 52 Abs. 4 GRCh oder auch die Genese nach Art. 6 Abs. 3 EUV beziehen will. Offen bleibt, worin der Mehrwert einer Herleitung einer mitgliedstaatlichen Verfassungstradition liegen soll, wenn das Recht dem Grunde nach in der GRCh verankert ist. Insoweit ist viel eher der Anwendungsumfang und mithin die Auslegung des Grundrechts betroffen.

233 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66, m.w.N.; a.A. *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 70, die Grundrechte als Oberbegriff versteht und den Grundsätzen aufgrund ihrer beschränkten Verbreitung in den Mitgliedstaaten kaum Bedeutung beimisst; *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 88.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

allerdings keine eigenständige subjektive Rechtsposition.[234] Nach Art. 52 Abs. 5 S. 2 GRCh können die Grundsätze vor Gericht „nur" bei der Auslegung von Akten der Union oder der Mitgliedstaaten sowie der Entscheidung über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden.

Für die Untersuchung dürfte indessen entscheidend sein, dass die Anwendbarkeit des Art. 52 Abs. 4 GRCh in Bezug auf Grundsätze insoweit kaum relevant werden dürfte, weil es an einer weiten mitgliedstaatlichen Verbreitung fehlt. Teilweise wird der Begriff „Grundrechte" zudem auch als Oberbegriff für Rechte und Grundsätze verstanden.[235] In jedem Fall enthalten die hier zu untersuchenden strafrechtlichen Verfahrensrechte subjektive Rechtspositionen und sind damit der Auslegung durch die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zugängliche Grundrechte.

2. Beschränkung auf die als allgemeine Rechtsquellen generierten Grundrechte

Der Anwendungsbereich des Art. 52 Abs. 4 GRCh wird als Auslegungsregel teilweise auch auf diejenigen Grundrechte beschränkt, die durch den Gerichtshof ursprünglich als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen generiert wurden.[236] Begründet wird dies mit dem systematischen Zusammenhang zu Art. 6 Abs. 3 EUV als Instrument zur Bestandssicherung und Weiterentwicklung *ungeschriebener* Grundrechte im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung.[237] Auf die geschriebenen Grundrechte der Charta wäre Art. 52 Abs. 4 GRCh als Auslegungsregel danach nicht anwendbar. Für diese einschränkende Auslegung auf sich aus den Verfassungsüberlieferungen ergebende Grundrechte könnte der Wortlaut des Art. 52 Abs. 4 GRCh sprechen, der sich auf die „anerkannten Grundrechte" bezieht. Andererseits findet eine Beschränkung auf diejenigen Grundrechte, die als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt wurden, nicht statt.

Die Unionsgerichte haben sich, soweit ersichtlich, hierzu noch nicht geäußert. In praktischer Hinsicht ist bereits unklar, welche Grundrechte der EuGH überhaupt *spezifisch* aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen entwickelt hat und die daher einer Auslegung zugänglich wären.[238] Teilweise

---

234 *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 72.

235 *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 70.

236 *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 52 GRCh, Rn. 12; so wohl auch *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 71; *Brecht*, ZEuS 2005, S. 355, S. 366 ff.

237 *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 52 GRCh, Rn. 12.

238 *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 50.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

finden sich doppelte Begründungsansätze und Quellen, die nicht trennscharf abgrenzbar sind und die Frage der Anwendbarkeit des Art. 52 Abs. 4 GRCh nicht erleichterten.[239] Bereits in der Entscheidung *Hauer* etwa stellt der EuGH fest, dass sich die gemeinsamen Verfassungskonzeptionen „zudem im [ersten, Anm. d. Verf.] Zusatzprotokoll der EMRK" widerspiegeln.[240]

Fraglich wäre auch, wie man mit denjenigen Grundrechten umgehen sollte, die ihren Geltungsgrund inzwischen in der Charta finden. Viele der früher ungeschriebenen Grundrechte, die als allgemeine Rechtsgrundsätze hergeleitet wurden, etwa das Recht auf die Achtung des Privat- und Familienlebens, wurden in der Charta kodifiziert (Art. 7 GRCh).[241] Sie wären einer Auslegung nicht mehr zugänglich.

Gegen dieses enge Anwendungsverständnis spricht die systematische Stellung des Art. 52 GRCh im Titel VII der Charta. Diese enthält *allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta*. Dass Art. 52 GRCh zur Tragweite und Auslegung *der Rechte* und Grundsätze der Charta Anwendung findet, zeigt die Bedeutung des Absatzes 4 als eine von zwei existierenden Rechtserkenntnisquellen für die Interpretation *aller* Charta-Grundrechte. Weshalb dies nicht bei allen Grundrechten möglich sein sollte, mithin der Anwendungsumfang von einer allgemeinen zu einer spezifischen Rechtserkenntnisquelle reduziert wird, ist nicht ersichtlich.

Die Ansicht dürfte vor diesem Hintergrund mit dem Inkrafttreten der Charta obsolet sein und in Wirklichkeit die – damals – ungewisse Frage betroffen

---

239 Vgl. EuGH, U. v. 27.2.2018 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses – Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 35; EuGH, U. v. 2.3.2021 – A.B. u. a. – Rs. C.824/18, ECLI:EU:C:2021:153, Rn. 110; EuGH, U. v. 18.5.2021 – Asociaţia Forumul Judecătorilor din România – Rs. C-83/19, ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 190; EuGH, U. v. 21.12.2021 – Euro Box Promotion u. a. – Rs. C-357/19, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 219, die sich alle sowohl auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als auch die EMRK beziehen; *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 50.

240 EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 17; EuGH, U. v. 15.10.1987 – Heylens – Rs. C-222/86, ECLI:EU:C:1987:442, Rn. 14: „Das Grundrecht des freien Zugangs zu Beschäftigung stellt einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts dar, der sich aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ergibt und in den Artikeln 6 und 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert ist."; EuGH, U. v. 26.6.1980 – National Panasonic – Rs. C-136/79, ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 17 f.: „[…] die Grundrechte […], die er gemäss den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und den internationalen Verträgen […] zu wahren hat."

241 Das Recht auf die Achtung des Privat- und Familienlebens wurde in der Entscheidung EuGH, U. v. 26.6.1980 – *National Panasonic* – Rs. C-136/79, Slg. 1980, 2033, ECLI:EU:C:1980:169, Rn. 17 f., aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts entwickelt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

haben, ob durch den Gerichtshof bis dato geschaffene ungeschriebene Grundrechte auch nach der Proklamation der Grundrechtecharta fortbestehen.[242] Da dies der Fall ist,[243] wird man den Anwendungsbereich des Art. 52 Abs. 4 GRCh weiter sowie dahingehend verstehen müssen, dass das auszulegende Charta-Grundrecht *gegenwärtig* Teil der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ist. Nicht entscheidend ist danach, ob das Grundrecht ursprünglich durch den EuGH aus diesen geschaffen wurde. Eine derart enge Auslegung würde grundlos nicht nur den klaren Anwendungsbereich des Art. 52 Abs. 4 GRCh verwischen und in der Praxis weitestgehend aufheben: Die Auslegungsquelle würde auch grundlos ihrer evolutiv-dynamischen Funktion beraubt, die gerade darin liegt, die Entwicklung *sämtlicher* Grundrechte in den Mitgliedstaaten auf EU-Ebene reflektieren zu können.[244] Dies ginge an den Bedürfnissen des internationalen Wirtschaftsverkehrs vorbei, der – durch die fortschreitende europäische Integration – eine enge internationale Zusammenarbeit erfordert, die sich aus der Rechtspraxis der Einzelstaaten konkretisiert.[245] Die teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs auf die bereits geschaffenen Grundrechte verunmöglichte faktisch zudem die dynamische Grundrechtsneuschaffung, die durch die Charta jedoch nicht erkennbar ausgeschlossen sein sollte.[246] Vieles spricht daher für ein weites, alle Grundrechte umfassendes und auf die Weiterentwicklung gerichtetes Anwendungsverständnis.[247] Begreift man die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als dem EuGH als Auslegungsstütze dienende, unverbindliche Inspirationsquelle, besteht für eine derartig weite Beschränkung zudem keine erkennbare Notwendigkeit. Die Beschränkung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung zur Konkretisierung ungeschriebener Grundrechte überzeugt daher nicht.[248]

Die besseren Argumente streiten gegen eine Beschränkung der gemeinsamen Verfassungstraditionen auf eine Auslegungs- und Rechtserkenntnisquelle für diejenigen Grundrechte, die aus selbigen entwickelt wurden.

---

242 *Weber*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, B. II. 2. Rn. 17.

243 *Terhechte*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 52 GRCh, Rn. 18.

244 Vgl. Schlussanträge GA Trabucchi v. 28.03.1974 – Nold – Rs. C-4/73, ECLI:EU:C:1974:27, S. 515.

245 Vgl. *Perron*, ZStW 1997, S. 281, S. 281.

246 Vgl. hierzu schon oben unter A.

247 *Weber*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, B. II. 2. Rn. 17.

248 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 152.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Beschränkung durch die Verträge nach Art. 52 Abs. 2 GRCh

Nach überwiegender Ansicht ist der Anwendungsbereich des Art. 52 Abs. 4 GRCh durch Abs. 2 beschränkt.[249] Danach erfolgt die Ausübung der durch diese Charta anerkannten Rechte, die in den Verträgen geregelt sind, im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen. Enthalten die Verträge oder das Sekundärrecht explizite Regelungen, sei der Rückgriff auf die Auslegungen aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Weg versperrt.[250]

Art. 52 Abs. 2 GRCh bezieht sich nach den Erläuterungen der Grundrechtecharta auf die bereits ausdrücklich in den Verträgen garantierten Rechte, die durch die Charta – ebenso wie die Zuständigkeit der EU – nicht verändert werden sollen.[251] Art. 52 Abs. 4 GRCh kommt folglich nicht zur Anwendung, wenn die Verträge Rechte spezifisch normieren, die funktional-äquivalent auch in der Charta enthalten sind.[252] Nach der Legaldefinition in Art. 1 Abs. 2 AEUV sowie Art. 1 Abs. 3 EUV umfassen die Verträge den EUV und den AEUV. Umfasste Rechte sind daher etwa das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten (Art. 16 Abs. 1 AEUV), das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 18 Abs. 1 AEUV), die Freizügigkeit (Art. 21 Abs. 1 AEUV), das Wahlrecht für Unionsbürger (Art. 22 Abs. 2 AEUV) oder das Recht auf konsularischen und diplomatischen Schutz (Art. 23 AEUV).[253]

Die hier zu untersuchenden strafrechtlichen Verfahrensrechte sind jedoch nicht in den Verträgen normiert, sodass der Anwendungsbereich des Art. 52 Abs. 4 GRCh insoweit für die Untersuchung nicht belangvoll durch Absatz 2 beschränkt ist.[254]

---

249 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Rn. 20; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 71; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66.

250 *Stern/Hamacher*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, A. II. 7. f., Rn. 147.

251 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte zu Art. 52 Abs. 2 GRCh v. 14.12.2007, Abl. C 303/33; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker EuArbRK, Art. 52 GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 5; *Geiger/u. a.*, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 2; *Becker*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 52 GRCh, Rn. 12.

252 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 53.

253 *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 51 ff.

254 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 49 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Beschränkung durch die EMRK nach Art. 52 Abs. 3 GRCh

a) Sperrwirkung der EMRK für die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen

Der Anwendungsbereich des Art. 52 Abs. 4 GRCh wird nach Teilen der Literatur durch Absatz 3 beschränkt. Wenn und soweit die Charta Grundrechte und Verfahrensgarantien gewährleistet, die nach Art. 52 Abs. 3 GRCh der EMRK „entsprechen", soll eine Auslegung durch die Verfassungstraditionen ausgeschlossen sein.[255] Der Anwendungsbereich des Art. 52 Abs. 4 GRCh zur Auslegung der Grundrechte anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ist danach auf die Bereiche beschränkt, in denen die EMRK lückenhaft ist.[256] Damit soll im Zweifel der Auslegung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR nach Art. 52 Abs. 3 GRCh der Vorrang gegenüber Absatz 4 gebühren.[257]

Für Becker zwingt die Kohärenz zu einer gleichlaufenden Auslegung des EuGH und des EGMR, sodass Ersterer an die Rechtsprechung des Letzteren gebunden ist.[258] Andernfalls drohe eine Spaltung des europäischen Grundrechtsschutzes.[259] Dies könne letztlich zu einem Spannungsverhältnis beider Grundrechtsordnungen sowie einem Verlust von Rechtsklarheit und -sicherheit führen.[260] Schwerdtfeger stellt auf die „strengeren Bindungsvorgaben" der

---

255 *Kraus*, in: EMRK/GG, Teil I. Kap. 3. C. Rn. 76; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh Rn. 66; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 40, wonach sich ein Rückgriff auf die Verfassungsüberlieferungen sogar verböte; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 71; vgl. auch *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 63, m. w. N.; vgl. sehr ausführlich hierzu *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 145 ff.; a. A. *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 63, der sich für eine kumulative Anwendung ausspricht; vgl. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Rn. 40; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Rn. 71.

256 *Kraus*, in: EMRK/GG, Teil I. Kap. 3. C. Rn. 76; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh Rn. 66; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 40, wonach sich ein Rückgriff auf die Verfassungsüberlieferungen sogar verböte; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 71; vgl. auch *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 63, m. w. N.; vgl. sehr ausführlich hierzu *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 145 ff.; *Hatje*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 6 EUV, Rn. 28.

257 *Dorf*, JZ 2005, S. 126, S. 129; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66, mit der Begründung, dass Art. 52 Abs. 4 GRCh deutlich vorsichtiger formuliere als Art. 52 Abs. 3 GRCh; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 71.

258 *Becker*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 52 GRCh, Rn. 16.

259 Vgl. *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 146 f.

260 *Hilf/Hörmann*, NJW 2003, S. 1, S. 1 ff.; *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 154, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

EMRK ab.[261] Gemeint ist damit wohl der Wortlautunterschied des Art. 52 GRCh, wonach die Grundrechte in Absatz 3 die „gleiche Bedeutung und Tragweite" der Grundfreiheiten und Rechte der EMRK haben, während Absatz 4 für die Grundrechte „nur" die „Auslegung im Einklang" nationaler Verfassungen vorsieht.[262] Für den Vorrang des Absatz 3 ließe sich auch dessen systematische Stellung im Vergleich zu Absatz 4 anführen. Unabhängig hiervon bescheinigt Kingreen den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ob ihrer aufwendigen Ermittlung ohnehin kein großes Einwicklungspotenzial.[263]

Dagegen wendet Pache ein, dass dieses Verständnis dem durch das Konvent deutlich gemachten Telos des Art. 52 Abs. 4 GRCh zuwiderlaufen würde, den bestmöglichen Grundrechtsschutz zu gewährleisten.[264] Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen könnten weitreichendere Garantien oder Schranken als die EMRK vorsehen, die lediglich einen Mindestschutz gebiete.[265] Dies spreche für eine kumulative Anwendung. Schließlich dient Art. 52 Abs. 3 GRCh nach den Erläuterungen der Grundrechtecharta, der notwendigen Kohärenzherstellung zwischen Charta und EMRK.[266]

b) Stellungnahme

Gegen eine vollständige Sperrwirkung des Art. 52 Abs. 3 GRCh spricht, dass die Charta-Grundrechte nach Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh einen im Verhältnis zur EMRK weitergehenden Schutz gewährleisten können. Die EMRK ist vor diesem Hintergrund als „Verfassungsinstrument des europäischen ordre public"[267] zur Einschränkung der Chartagrundrechte relevant, deren grundrechtlicher *Mindestschutz*[268] nicht unterschritten werden darf.[269] Die GRCh

---

261 *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 71.

262 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 21.

263 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 40.

264 *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 63.

265 Vgl. *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 63.

266 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte zu Art. 52 Abs. 3 GRCh v. 14.12. 2007, Abl. C 303/33.

267 So der EGMR, U. v. 23.3.1995 – Loizidou/Türkei – Nr. 15318/89, Rn. 75: „instrument constitutionnel de l'ordre public européen"; „constitutional instrument of European public order (ordre public)".

268 *Lohse/Jakobs*, in: Barthe/Gericke KK-StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 1; die EMRK hat nach Art. 53 EMRK auch nicht den Anspruch andere Menschenrechte oder Grundfreiheiten zu beschränken; das genaue Verhältnis der GRCh und der EMRK dogmatisch nicht zufriedenstellend geklärt, vgl. *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 177.

269 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 60; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 66; *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 155; EuGH, U. v. 15.3.2017 – Al Chodor – Rs. C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213, Rn. 37.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

darf aber ein weitergehendes Schutzniveau vorsehen.[270] Art. 52 Abs. 4 GRCh wird demzufolge dann für die Auslegung der Charta relevant, wenn die Verfassungsüberlieferungen ein *höheres* grundrechtliches Schutzniveau vorhalten. Entsprechen sich die Charta- und Konventionsgrundrechte sowie die Verfassungsüberlieferungen der Nationalstaaten weitestgehend – wie dies oftmals der Fall ist[271] –, bedarf es der Anwendung der Verfassungsüberlieferungen nicht. Ohnehin wird es zwischen der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen selten zu gravierenden Spannungen kommen, da alle Mitgliedstaaten auch Vertragsparteien der EMRK sind.[272] Viele Charta-Grundrechte sollen zudem den Konventionsrechten ihrer Bedeutung und Tragweite, aber auch bezüglich ihrer Einschränkungen nach entsprechen, ohne dass dadurch die Eigenständigkeit des Unionsrechts berührt wird.[273] Gerade die hier spezifisch relevanten Art. 47 Abs. 2 GRCh und Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 48 GRCh und Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 EMRK sind jeweils kohärent auszulegen,[274] wobei der EuGH darauf achtet, dass seine Auslegung von Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 der Charta ein Schutzniveau gewährleistet, welches das in Art. 6 EMRK in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte garantierte Schutzniveau nicht verletzt.[275]

Diese Kohärenz des Grundrechtsschutzes im Mehrebenensystem lässt allerdings die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des Gerichtshofs unberührt.[276] Bereits nach den Erläuterungen der Charta wird durch die EMRK „die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des Gerichtshofs der Europäischen Union“ nicht berührt.[277] Es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb

---

270 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 62, m. w. N.

271 Vgl. schon oben unter A. II. 4.; vgl. hierzu ausführlich *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 152 ff.; BVerfG, B. v. 27.4.2021 – 2 BvR 206/14, Rn. 66 ff.

272 *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 71.

273 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte zu Art. 52 Abs. 3 GRCh v. 14.12.2007, Abl. C 303/33; EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 36; EuGH, U. v. 20.3.2018 – Garlsson Real Estate – Rs. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 24 f.; EuGH, U. v. 15.2.2016 – J.N. – Rs. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 47.

274 *F. Meyer*, in FK, Art. 101 AEUV, Rn. 200.

275 EuGH, U. v. 29.7.2019 – Massimo Gambino – Rs. C-38/18, ECLI:EU:C:2019:628, Rn. 39.

276 Ständige Rechtsprechung, EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 36; EuGH, U. v. 2.9.2021 – LG u. MH – Rs. C-790/19, ECLI:EU:C:2021:661, Rn. 75; EuGH, U. v. 20.3.2018 – Garlsson – Rs. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 25; EuGH, U. v. 14.9.2017 – K. – Rs. C-18/16, ECLI:EU:C:2017/680, Rn. 50; EuGH, U. v. 15.2.2016 – J.N. – Rs. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 47.

277 Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 3 GRCh, Abl. v. 14.12.2007, C-303/33; vgl. auch EuGH, U. v. 29.7.2019 – Massimo Gambino – Rs. C-38/18, ECLI:EU:C:2019:628, Rn. 39, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der EuGH im Geltungsbereich der EMRK zur Auslegung der Charta-Grundrechte dann nicht zusätzlich auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen als zweite Rechtserkenntnisquelle zurückgreifen dürfen soll, um so einen ggf. höheren Grundrechtsstandard zu erreichen. Artikel 52 Abs. 3 S. 2 GRCh begründet insoweit das Recht und die Pflicht des EuGH, einen überschießenden Grundrechtsschutz jedenfalls zu prüfen. Andernfalls räumte man der EMRK unmittelbare Geltungswirkung ein und unterminierte die Eigenständigkeit des Unionsrechts. Darüber hinaus sind die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen phänomenologisch lediglich eine nicht bindende Rechtserkenntnisquelle, die dem EuGH Spielräume bei der Auslegung der Grundrechte einräumen soll.[278] Es entspricht damit dem Normzweck des Art. 52 Abs. 4 GRCh, neben Art. 52 Abs. 3 GRCh zur Anwendung zu kommen.

Für diese Auslegung spricht zudem, dass der EGMR die Präzisierung der Konventionsrechte selbst anhand der nationalen Rechtsordnungen der Hohen Vertragsparteien vornimmt.[279] Soweit den nationalen Vertragsstaaten der EMRK bei der Umsetzung des Konventionsrechts ein Beurteilungsspielraum – sog. *margin of appreciation* – zur Verfügung steht – etwa wenn strafrechtliche Verfahrensrechte nicht in vollem Umfang gewährt werden –, konstatiert der EGMR, dass zur näheren Konkretisierung dieses Beurteilungsspielraums:

> „in dieser Beziehung […] die Existenz oder Nichtexistenz einer weitergehenden Übereinstimmung in den [Rechtsordnungen, Anm. d. Verf.] der verschiedenen Vertragsstaaten Bedeutung haben."[280]

Hierzu legt er die Konventionsrechte mitunter im Lichte nationaler Rechtsordnungen der Vertragsparteien aus und weist ihnen einen erweiterten *expansiven* oder weiterentwickelten *evolutiven* Gehalt zu.[281] Die evolutive Auslegung geht auf das *Tyrer*-Urteil zurück, in dem der EGMR die Konvention als „living instrument" beschreibt, die im Lichte der „present day conditions" auszulegen und dynamisch weiterzuentwickeln sei.[282] Der Rückgriff auf die Staatenpraxis zur Auslegung konkretisierungsbedürftiger Grundrechte kann

---

[278] Vgl. hierzu auch *Schorkopf*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 6 EUV, Rn. 52 f.

[279] Vgl. statt vieler: EGMR, U. v. 7.7.2011 – Bayatyan/Armenien – Nr. 23459/03, Rn. 103; EGMR, U. v. 11.12.2008 – TV Vestas & Rogaland Pensjonistparti/Norwegen – Nr. 21132/05, Rn. 24; *Huber*, EuR 2022, S. 145, S.157, m. w. N.

[280] Erstmalig: EGMR, U. v. 28.11.1984 – Rasmussen/Dänemark – Nr. 8777/79, Rn. 40; EGMR, U. v. 28.6.2007 – Wagner u. J.M.W.L/Luxemburg – Nr. 76240/01, Rn. 128.

[281] EGMR, U. v. 9.10.1979 – *Airey/Irland* – Nr. 6289/73, Rn. 26 a. E.; *Richter*, in: EMRK/GG, Kap. 9. D. I. Rn. 72 ff.

[282] EGMR, U. v. 25.04.1978 – Tyrer/Vereinigtes Königreich – Nr. 5856/72, Rn. 31: „The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

daher auch auf Unionsebene nicht bei der Auslegung der Grundrechtecharta ausgeschlossen sein.

c) Fazit

Art. 52 Abs. 4 GRCh ist aufgrund der Eigenständigkeit des Unionsrechts im Anwendungsbereich der EMRK nach Art. 52 Abs. 3 GRCh nicht ausgeschlossen. Die Auslegung der Grundrechte anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ist insbesondere dann eröffnet, wenn die EMRK oder der EGMR Regelungsbereiche des Grundrechtsschutzes offenlassen, die hierdurch der näheren Ausgestaltung und zur Bestimmung eines höheren grundrechtlichen Schutzniveaus dienen sollen.

5. Zwischenergebnis

Die in der Rechtswissenschaft vorgeschlagenen massiven Einschränkungen des Anwendungsbereichs des Art. 52 Abs. 4 GRCh dürften – neben der Komplexität der Ermittlung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung – der Grund dafür sein, dass der Auslegungsansatz weitestgehend ein Schattendasein fristet. Hierfür besteht jedoch keine Notwendigkeit. Die Anwendung ist erheblich und hinreichend durch den Normzweck als primär rechtsvergleichende unverbindliche Auslegungshilfe und Rechtserkenntnisquelle eingeschränkt. Sie dient dem EuGH neben der EMRK zur potenziellen Legitimation des spezifischen Anwendungsumfangs der Grund- und Verfahrensrechte der Charta im Einzelfall. Zudem besteht für den EuGH ein Ermessen, was Teil einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung ist und ob diese sich in das Unionsrecht einfügt. Derart eng verstanden ist eine zusätzliche Einschränkung nicht sachgerecht.

III. Ergebnis

Als Ergebnis der Einschränkbarkeit folgt daraus, dass die Anwendung des Art. 52 Abs. 4 GRCh zur Grundrechtsgenese nicht grundsätzlich ausgeschlossen, sondern obsolet ist, soweit die Charta oder die EMRK Grund- und Verfahrensrechte enthält, die bereits Ausfluss einer aus allen Verfassungen hergeleiteten Überlieferung sind. Der Anwendungsbereich zur Grundrechtsgenese reduziert sich damit allerdings auf die – eher theoretischen – Fälle, in denen die EMRK keine Rechte enthält.

Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Im Rahmen der Auslegung der Charta-Grund- und Verfahrensrechte im Lichte der Verfassungsüberlieferungen erscheint eine Einschränkung dagegen unzulässig. Der EuGH ist beim Umfang der Anwendung und der normativen Wertung des Auslegungsergebnisses – auch im Zusammenspiel mit anderen Rechtserkenntnisquellen wie der EMRK – frei. Dies gilt insbesondere dann, wenn der EGMR bei der Auslegung und Anwendung der Konventionsrechte Handlungsspielräume für die Vertragsparteien eröffnet, die ausfüllungsbedürftig sind.

C. Differenzierung der Anwendungszwecke

Die Anwendungszwecke der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen – Grundrechtsgenese und Grundrechtsauslegung – haben unterschiedliche Anwendungsvoraussetzungen in Hinblick auf die Art der Regelungslücke im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz. Daher ist es notwendig, zu unterscheiden, wann eine Genese neuer und wann eine Auslegung bestehender Grundrechte vorliegt. Die Abgrenzung bereitet klassischerweise erhebliche Schwierigkeiten[283] und ist vergleichbar mit der Unterscheidung zwischen der „Auslegung“ und „Rechtsfortbildung“, die zu den schwierigsten Aufgaben der Methodenlehre gehört.[284] Dies liegt daran, dass die Grenzen zwischen einer *Ergänzung* und *Erweiterung* des Rechts häufig verschwimmen.[285]

Für die Untersuchung soll die Grundrechtsgenese eine „Erfindung“ von Rechten über den Wortlaut der Charta hinaus darstellen, die Grundrechtsauslegung hingegen die „Findung“ eines Rechts im Rahmen des Wortlauts.[286] Von einer Grundrechts*neuschaffung* wird man daher unproblematisch dann sprechen können, wenn ein Grundrecht bislang keine Entsprechung in der EMRK, der Charta oder dem Primärrecht findet.[287] Von einer reinen Grund-

---

283 In Bezug auf die EMRK: *Richter*, in: EMRK/GG, Kap. 9. D. I. Rn. 73.

284 *Schroeder*, JuS 2004, S. 180, S. 184; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 36.

285 *Schroeder*, JuS 2004, S. 180, S. 184.

286 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 320 ff., S. 322, der Wortlaut hat eine Doppelfunktion, er ist Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung; zur Schließung von Gesetzeslücken, S. 370 ff.

287 So leitet GA *Mischo* in der Entscheidung *Hoechst* etwa spezifisch aus der Betrachtung der Verfassungen der Mitgliedstaaten eine allgemeine Tendenz zugunsten der Existenz eines gemeinschaftsrechtlichen Grundrechts der Unverletzlichkeit von Geschäftsräumen ab: Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 103; Rn. 49: Art. 10 der belgischen Verfassung; Rn. 52: Art. 72 der dänischen Verfassung; Rn. 56: Art. 13 des deutschen Grundgesetzes; Rn. 61: Art. 9 Abs. 1 der griechischen Verfassung; Rn. 64: Art. 18 Abs. 2 der spanischen Verfassung v. 1978; Rn. 69: Art. 66 der französischen Verfassung; Rn. 72: Art. 40 Abs. 5 der irischen Verfassung; Rn. 77: Art. 14 der italienischen Verfassung;

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechts*auslegung* wird dann die Rede sein können, wenn allein der Anwendungsumfang eines unproblematisch existenten Grund- oder Verfahrensrechts infrage steht.[288]

Nicht ohne Weiteres zuordnen lassen sich Grenzfälle, in denen ein in der Charta ausdrücklich genanntes oder von der Rechtsprechung entwickeltes Grundrecht auf andere Rechtsbereiche übertragen werden soll.[289] In der Entscheidung *Akzo Nobel* etwa prüft der EuGH die Übertragbarkeit des gewährleisteten Grundrechtsschutzes des Schriftverkehrs zwischen Rechtsanwalt und Mandant als Ausprägung des Rechts des Mandanten auf Verteidigung auch auf unternehmensinterne Schriftwechsel mit Syndikusanwälten. Insofern stellte sich die Frage, ob dieser Schriftwechsel ebenfalls dem *legal professional privilege* unterliegt und damit dem Recht der Kommission, im Rahmen von Nachprüfungen Unterlagen einzusehen, entzogen ist. Letztlich lehnt der EuGH eine Übertragung jedoch aufgrund der fehlenden Gleichstellung beider Berufsgruppen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ab.[290] Ob es sich dabei methodologisch um eine gescheiterte Grundrechtsgenese oder -auslegung handelte, bleibt offen.

Überträgt man diese Anhaltspunkte auf die Untersuchungsfrage, handelt es sich bei der Legitimationskontrolle des sachlichen Anwendungsumfangs der Mehrzahl der strafrechtlichen Verfahrensrechte nach Art. 47 und Art. 48

Rn. 80: Art. 15 der luxemburgischen Verfassung; Rn. 83: Art. 12 der niederländischen Verfassung; Rn. 88: Art. 34 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung v. 1976; Rn. 92: Common Law des Vereinigten Königreichs, das keine geschriebene Verfassung kennt. Dies könnten etwa für Rechte wie das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung oder das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme oder zum Schutz persönlicher Daten gelten, die in den Verfassungen der Mitgliedstaaten selbst nicht in Reinform vorliegen, sondern erst durch die Kombination mehrerer Grundrechte durch die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte zu neuen Grundrechten verflochten werden; für die genannten Grundrechte in der deutschen Verfassung etwa: BVerfGE v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 1BvR 595/07, 120, 273 ff.

288 GA Trabucchi scheint diese Abgrenzung ebenfalls vorzunehmen, wenn er die Existenz oder den Wesensgehalt eines Grundrechts von der Auslegungsfrage der konkreten Einschränkbarkeit und Fortentwicklung des bestehenden Grundrechts differenziert, vgl. Schlussanträge GA Trabucchi v. 28.03.1974 – Nold – Rs. C-4/73, ECLI:EU:C:1974:27, S. 514.

289 Parallel hierzu spricht der EGMR bei einer solchen Übertragung von einem „inferred“ oder „implied right“; *Richter*, in: EMRK/GG, Kap. 9 D. I. Rn. 75; in der Entscheidung *Airey* überträgt der EGMR etwa das eigentlich nur in strafrechtlichen Verfahren anwendbare Recht auf unentgeltliche Verteidigung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK teilweise auf das Zivilrecht: EGMR, U. v. 9.10.1979 – *Airey/Irland* – Nr. 6289/73, Rn. 26, a. E.

290 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 69 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

GRCh nicht um eine völlige Neuschöpfung. Um einen Grenzfall dürfte es sich allerdings bei der Kontrolle der Geltung und des sachlichen Anwendungsumfang des „nemo tenetur-Grundsatzes“ handeln. Abstellen ließe sich darauf, dass der Grundsatz weder in der GRCh noch in der EMRK ausdrücklich genannt ist. Soweit er von der Rechtsprechung des EGMR und EuGH als Teil des fairen Verfahrens vorausgesetzt wird, gilt dies, wie gezeigt, nur für natürliche Personen. Dies könnte für eine Grundrechtsgenese sprechen. Demgegenüber steht hier nicht die völlige Neuschöpfung eines bislang nicht existenten Grundrechts im Vordergrund, sondern die Frage, ob das bestehende Grundrecht auch für Unternehmen im unionskartellrechtlichen Sinne gilt. Zudem leitet der EuGH bereits aus der Achtung der Verteidigungsrechte nach Art. 48 Abs. 2 GRCh ein beschränktes „Schweigerecht“ – als *aliud* des nemo tenetur-Grundsatzes – ab, weil „die Anerkennung eines Rechts auf uneingeschränkte Aussageverweigerung über das hinausginge, was für die Wahrung der Rechte der Verteidigung der Unternehmen erforderlich ist“[291]. Beides spricht aus der Sicht des Verfassers für einen Grenzfall, der sowohl die Geltung – als auch die Auslegung des Anwendungsumfangs des nemo tenetur-Grundsatzes bzw. des Umfangs des bestehenden sachlichen Schutzbereichs der Verteidigungsrechte betrifft. Beides soll in Hinblick auf die Vorenthaltung und Einschränkbarkeit überprüft werden. Für die Legitimationskontrolle des Schweigerechts sind daher beide Aspekte kombiniert zu prüfen.

D. Zwischenergebnis

Der Anwendungszweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen dient übergeordnet der Schließung von Regelungslücken im unionalen Grundrechtsschutz. Konkret dienen sie nach Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 4 GRCh zweigliedrig der *Grundrechtsgenese* und *Grundrechtsauslegung*. Im Einzelfall ist eine klare Abgrenzung aber nicht immer möglich. Die Bedeutung der Grundrechtsgenese ist neben der Grundrechtecharta rückläufig, aber nicht vollständig aufgehoben. Die Auslegung des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes spielt zur Legitimation des konkreten Anwendungsumfangs der Verfahrensrechte eine tragende Rolle, darf aber die Eigenständigkeit der Charta nicht unterlaufen. Unter diesen Voraussetzungen ist die Anwendung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen nach der hier vertretenen Auffassung nicht beschränkt.

---

[291] EuG, U. v. 20.4.1999 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. T-306/94 u. a., ECLI:EU:C:1999:80, Rn. 448.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 4 Ergebnis

Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten dienen dem EuGH als Rechtserkenntnisquelle. Sie entfalten also keine unmittelbare Rechtswirkung. Die „Rückkopplung" an die nationalen Verfassungsüberlieferungen beschränkt die Auslegung und Genese der Grundrechte daher nicht im Sinne einer limitierenden Transferklausel. Sie sind Bestandteil des Abwägungsprozesses im grundrechtlichen Mehrebenensystem, die der EuGH zur Konkretisierung des unionalen Grundrechtsschutzes berücksichtigt. Dies erfordert ein neues Verständnis der gemeinsamen Verfassungstraditionen. Deren Anwendungsbereich kann im föderalen Rechtssystem der Union darin liegen, offen zu sein für die unterschiedlichen Rechtslösungsansätze der Mitgliedstaaten.[292] Deren Rechtsordnungen werden so von einer Bedrohung für die Eigenständigkeit des Unionsrechts zu einer problemlösungsorientierten Auslegungsdatenbank, die man für neue Lösungsansätze zur Auslegung des Unionsrechts heranziehen kann.[293] Auf diesen Ideenpool sollte zur Schließung rechtsstaatlicher Legitimationslücken nicht verzichtet werden. Der europäische Grundrechtsschutz wird damit nicht zuletzt durch Richterrecht initialisiert und konturiert, sondern entspricht auch – durch die Permeabilität pluraler nationaler Verfassungsordnungen – nicht dem klassischen Über- und Unterordnungsverhältnis des Unionsrechts.[294] Spiegelbildlich greifen auch nationale Verfassungsgerichte und der EGMR[295] auf verfassungsvergleichende Argumentationen zur Beantwortung europäischer Integrationsfragen – insbesondere zur Gewährleistung effektiven Grundrechtsschutzes im Mehrebenensystem sowie der demokratischen Legitimation supranationaler Hoheitsgewalt – zurück.[296] Erforderlich erscheint es daher, die gemeinsamen Verfassungstraditionen nicht mit der Intention anzuwenden, die Verfahrensrechte einfach additiv im nationalen und unionalen Geltungsbereit zur Anwendung zu bringen, sondern eine kohärente, funktionsgerechte Abstimmung strukturbedingter Schwachstellen des Rechtsschutzes zu erreichen, bei dem nationale und unionale Grundrechte nicht harmonieren.[297] Der spezifische Anwen-

---

292 Vgl. *Małolepszy*, in: Festschrift Szwarc, S. 19.

293 Vgl. zu dieser Wechselwirkung auch *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 78.

294 *Wendel*, Der Staat 2013, S. 339, S. 340 f., der insofern auch von einem transnationalen Dialog über den Inhalt und Umfang des gemeineuropäischen Verfassungsrechts als Triebfeder dessen Entwicklung spricht, S. 343 f.

295 *Breuer*, Journal für Rechtspolitik Nr. 18, 2010, S. 223, S. 225.

296 *Wendel*, Der Staat 2013, S. 339, S. 340; vgl. *Huber*, EuR 2022, S. 145, der die Rechtsvergleichung sowohl des EuGH als auch der nationalen Verfassungsgerichte im Mehrebenensystem als deren vordringlichste Aufgabe begreift.

297 *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig Grundgesetz, Art. 47 GRCh, Rn. 42b.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dungszweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen im Rahmen der Untersuchung liegt in der Konkretisierung des grundrechtlichen Schutzniveaus der Art. 47 und Art. 48 GRCh. Es soll geprüft werden, ob die nationalen Rechtsordnungen ein Schweigerecht für juristische Personen vorsehen und ob und inwieweit eine Einschränkung vorgenommen wird. Dadurch kann eine zusätzliche Legitimationswirkung für das gegenwärtige unionsrechtliche Schutzniveau oder die Notwendigkeit einer Anhebung aufgezeigt werden. So verstanden, geben die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als zweite mögliche Rechtserkenntnisquelle dem Rechtsanwender erstmals ein objektives Instrument an die Hand, um die Grundrechte, wie sie durch die höchstrichterliche Rechtsprechung des EuGH konkretisiert werden, zu überprüfen und ggf. eine legitimatorisch erforderliche Anhebung des Grundrechtsschutzes nachzuweisen.

Auf dieser Grundlage ist zu überprüfen, wie die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen entstehen.

2. Kapitel

Die Genese einer gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten anhand einer wertenden Rechtsvergleichung

Es ist allgemein anerkannt, dass die Genese einer gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten (engl.: „*common constitutional traditions*“, franz.: „*traditions constitutionnelles communes*“) zur Auslegung der Grundrechte nach Art. 52 Abs. 4 GRCh anhand einer „wertenden Rechtsvergleichung“ der nationalen Rechtsordnungen durch den Europäischen Gerichtshof erfolgt.[298] Obwohl hinsichtlich der Zulässigkeit der wertenden Rechtsvergleichung als Hilfsmittel zur Entscheidung über den Inhalt und Umfang des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes keine generellen Bedenken beste-

[298] Schlussanträge GA Roemer v. 29.10.1969 – Stauder – Rs. 29/69, ECLI:EU:C:1969:52, S. 428; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 70; *Hatje*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 6 EUV, Rn. 29; *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 48; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 37, m. w. N.; *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze/Hatje Europäisches Unionsrecht, Art. 19 EUV, Rn. 22, m. w. N.; *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 611; *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 162; *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 336; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 39; *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 44, 69 ff.; *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 40; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 58, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hen,[299] bleibt deren konzeptionelle Durchführung wenig konturiert. Soweit der EuGH auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen rekurriert, geschieht dies ohne erkennbare methodisch nachvollziehbare rechtsvergleichende Dogmatik.[300] Was unter einer wertenden Rechtsvergleichung zu verstehen ist und welche methodologischen Anforderungen an ihre Durchführung zu stellen sind, ist daher weitestgehend unklar. Das Rechtsinstrument bedarf folglich zunächst der Herleitung.

§ 1 Herleitung der allgemeinen wertenden Rechtsvergleichung

A. Allgemeiner Begriff der wertenden Rechtsvergleichung

Allgemein versteht Rheinstein unter der gewöhnlichen Rechtsvergleichung „die empirische, Gesetzmäßigkeiten des Soziallebens erforschende Wissenschaft vom Recht als allgemeiner Kulturerscheinung".[301] Eser beschreibt sie als „ein wissenschaftlich-systematisch auf ein bestimmtes Ziel ausgerichtetes und dementsprechend methodisch angepasstes Vergleichen verschiedener Rechte".[302] Sie ist als rechtswissenschaftliche Erkenntnisquelle der Versuch, Erkenntnisse aus der Untersuchung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede nationaler Rechtsordnungen zu gewinnen.[303] In der Literatur gilt Konrad

---

299 Siehe Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1649, m. w. N.; *Wendel*, Der Staat 2013, S. 339, S. 339; auf unionsrechtliche Zulässigkeit zur prätorischen Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze liegt zudem eine verbindliche methodologische Anweisung an den EuGH die nationalen Rechtsordnungen einzubeziehen, vgl. *ders.*, Der Staat 2013, S. 339, S. 368, m. w. N.; auch der EGMR nimmt Verfassungsvergleiche vor, vgl. im Überblick hierzu: *Breuer*, Journal für Rechtspolitik Nr. 18, 2010, S. 223, S. 224; *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 336, der bereits früh auf die methodologische Möglichkeit und Bedeutung der gemeinsamen Rechtsgrundsätze zur Schließung von Regelungslücken im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz hingewiesen hat; vgl. auch *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1448.

300 So auch *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 150.

301 *Rheinstein/Niethammer*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 21; eine präzise Definition fällt aber schwer. *Eberle* meint etwa: „The essence of comparative law is the act of comparing the law of one country to that of another." *Eberle*, University Law Review: 16, 2011, S. 51, S. 52; teilweise wird nur davon gesprochen, dass es sich um einen Vergleich verschiedener Rechtsordnungen handelt, vgl. *Burghardt*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 236, m. w. N.

302 *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 962; vgl. zur Geschichte der Strafrechtsvergleichung auch *Dubber*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 1280 ff.

303 *Groh*, in: Weber – Rechtswörterbuch, zu Rechtsvergleichung bzw. Rechtswissenschaft; *Kischel*, Comparative law, Rn. 9, der aber sichtlich Mühe hat, zu definieren, was denn genau eine Rechtsvergleichung eigentlich ist, vgl. auch *Adams/Bomhoff*, Practice and Theory, S. 1 ff.; *Bhat* meint: „Comparative legal research is a systematic

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zweigert als „Erfinder" des Begriffs der „wertenden Rechtsvergleichung".[304] Rechtsvergleichung ist nach ihm eine:

> „[…] ‚école de vétité' which extends and enriches the ‚supply of sulutions' […] and offers the scholar of critical capacity the opportunity of finding the ‚better solution for his time and place'."[305]

Ernst Werner Fuss dürfte allerdings im unionsrechtlichen Kontext erstmalig bei der „rechtsschöpferischen Ergänzung des Gemeinschaftsrechts" gefordert haben, dass zum Schutz eines Herabsinkens auf den nationalen Minimumstandard statt eines schematischen Vorgehens das Rechtsnormengut der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch eine „wertende Rechtsvergleichung" für das Gemeinschaftsrecht fruchtbar gemacht wird.[306] Ursprünglich sollte damit also die Zementierung des nationalen Grundrechtsschutzes als unionaler Minimumstandard verhindert werden.[307] Indem der Rechtsvergleichung das Attribut „wertend" vorgeschaltet wird, ist es möglich, normativ die „bessere" oder „beste" Lösung anzuwenden.[308] Später verschiebt sich der Anwendungsbe-

---

exposition of rules, institutions, and procedures or their application prevalent in one or more legal systems or their sub-systems with a comparative evaluation after an objective estimation of their similarities and differences and their implications. Comparative legal research may be doctrinal or non-doctrinal, theoretical or fundamental, historical or contemporary, qualitative or quantitative; CLR is also called comparative law." *Bhat*, Idea and Methods, S. 267 ff., 269; *Ambos* beschreibt sie als die „vergleichende Untersuchung des ausländischen Strafrechts", *Ambos*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 247, S. 247, zur historischen Entwicklung der Rechtsvergleichung S. 249 ff.; vgl. auch *Hauck*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 260.

304 *Jung*, in: Europäische Integration und Globalisierung, S. 300; *dies.*, GA 152, 2005, S. 2, S. 4; *Rosenau*, in: FS Puppe; Strafrechtswissenschaft als Analyse, S. 1610; *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1443; *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1021, m. w. N., zeigen aber auf, dass die genaue Herkunft des Begriffs nicht ganz eindeutig ist; *Zweigert* spricht jedenfalls nur von der „kritischen Rechtsvergleichung", *Zweigert*, RabelsZ 15, S. 5, S. 10; vgl. auch *Ress*, Die Bedeutung der, S. 232.

305 *Zweigert/Kötz*, An Introduction to Comparative Law, S. 15.

306 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1444 unter Verweis auf *Fuss*, NJW 1964, 945-951, S. 946, Anm. 11; sodann auch *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 610 f.: „Richtigerweise sind allgemeine Rechtsprinzipien nur nach der heutigen Methode der Rechtsvergleichung zu gewinnen, und diese Methode ist die einer wertenden Rechtsvergleichung", und verweist dabei auch auf *Fuss.* Damit ist freilich unklar, was genau die wertende Rechtsvergleichung ist und wie sie methodisch durchzuführen ist; vgl. auch *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1444.

307 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1444, m. w. N.

308 Vgl. hierzu *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1446; hier nicht weiter ausgeführt werden kann die Diskussion, inwieweit die „Wertung" bereits Teil der allgemeinen Rechtsvergleichung ist, wenn etwa *v. Liszt* ausführt, dass von Rechtsvergleichung im eigentlichen Sinne erst gesprochen werden kann, wenn etwas Neues, Selbstständiges gesucht wird, und erst dann beginnt, wenn auf der Grundlage einer sorgfältigen Untersuchung einer Grundanschauung eine normative Wertung vorge-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

reich eher auf die neuschöpfende Lückenfüllung.[309] Teilweise wird im Kontext der Schließung von Lücken im europäischen Recht auch von einer „wertevergleichenden und wertebasierten (Straf-)Rechtsvergleichung" gesprochen, ohne dass dabei funktionale oder methodische Unterschiede auszumachen wären.[310] Für Bleckmann dient die wertende Rechtsvergleichung darauf aufbauend allgemein der Lösung von Divergenzen zwischen den Rechtssätzen des nationalen und des europäischen Gemeinschaftsrechts.[311] Ganz ähnlich beschreibt Jung die wertende Rechtsvergleichung – den Anwendungsbereich auf die gerichtliche Anwendung verengend – als „Prozess, durch den Gerichte, in diesem Fall insbesondere die europäischen und internationalen Gerichte, zu einer Entscheidung gelangen, indem sie in einer bewertenden Weise aus dem Fundus der nationalen Rechtssysteme schöpfen"[312]. Diese sehr abstrakten Definitionen führen aber kaum weiter und veranschaulichen, dass weniger der Begriff als vielmehr die dynamischen Ziele und die methodologische Genese der wertenden Rechtsvergleichung im Vordergrund der Diskussion stehen.[313]

---

nommen wird, die zu einer Entscheidung über die Handhabung führt; *v. Liszt*, in: Strafgesetzgebung der Gegenwart, S. XIX u. XXII., der selbst aber von dem „richtigen Recht" spricht, vgl. *ders.*, ZStW 27, 1907, S. 91, S. 95; vgl. auch *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1450 ff., 1452, m. w. N., der in der normativ-wertenden Rechtsvergleichung einen Mehrwert gegenüber der deskriptiv-beschreibenden Rechtsvergleichung sieht, a. a. O., S. 1454. Tendenziell scheint ein normatives Wertungselement in der Literatur als Bestandteil der Rechtsvergleichung gesehen zu werden, vgl. *Zehetgruber*, ZStW 132, 2020, S. 195, S. 212, m. w. N., der dies aber verneint und den Kategorisierungen „bessere" und „schlechtere" Lösung kritisch gegenübersteht. Ein wertendes Element der Rechtsvergleichung ist aber jedenfalls dann vorzunehmen, wenn der „wertende Querverweis" gesetzlich angeordnet ist, wie dies im Rahmen der wertenden Rechtsvergleichung nach Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 4 GRCh gerade der Fall ist, vgl. *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1448; *Beck* wirbt jedoch auch – was sich aber nicht ausschließt – für eine Akzeptanz von Mehrdeutigkeit und dem Nebeneinander gleichbedeutender Lösungen, *Beck*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 81.

309 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1446, m. w. N.

310 *Sieber*, ZStW 119, 2007, S. 1, S. 53; *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1447.

311 *Bleckmann*, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, S. 30 f.; *Jescheck* bezeichnet die Rechtsvergleichung allgemein insoweit als eine „notwendige und leistungsfähige Methode der Reform", *Jescheck*, ZStW 86, 1974, S. 761, S. 782.

312 *Jung*, in: Europäische Integration und Globalisierung, S. 300, [englisch:] „[…] it describes the process by which courts, in casu in particular European and International courts, arrive at a decision in drawing from the mine of domestic legal systems in an evaluative manner". Der Fokus wird dabei auf den Ermessensspielraum des Richters gerichtet.

313 *Ambos*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 247, S. 248, der darauf hinweist, dass der Begriff aufgrund der dynamischen Abhängigkeit der Ziele und des Gegenstands als bewegliches Ziel nicht fixierbar ist; *Seyr*, Journal für Rechtspolitik 18, 2010, S. 230, S. 233; *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1445.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Allgemeine Ziele der wertenden Rechtsvergleichung

Die Ziele der wertenden Rechtsvergleichung sind mannigfaltig.[314] Soweit Rabel die „Erkenntnis“ oder Zweigert und Kötz die „Erforschung der Wahrheit“ als Ziele der Rechtsvergleichung ausmachen, erscheint dies pauschal und wenig präzise.[315] Grundsätzlich dient die Rechtsvergleichung als „funktionalistischer Ansatz“ der Untersuchung spezifischer Rechtsprobleme in unterschiedlichen Rechtssystemen zur Identifizierung funktioneller Äquivalente.[316] Sie soll „vertiefte Erkenntnisse über andere mögliche Antworten auf die Frage liefern, welche Verhaltensweisen eine rechtliche Normierung brauchen, was hierfür als Begründung gelten kann, wie die Normierung ausgestaltet wird und wie sie sich auswirkt“.[317] Dabei werden Rechtsprobleme als „soziale Sachverhalte“ formuliert, in der Annahme, sie seien in allen Rechtsordnungen gleichermaßen vorhanden und deren faktischen Lösungsansätze vergleichbar.[318] Im Kontext des Unionsstrafrechts soll die Rechtsvergleichung Bedürfnisse und Lösungsansätze der strafrechtlichen Zusammenarbeit aufzeigen und eine gemeinsame Vertrauensbasis schaffen.[319] Eser ermittelt präzisierend sechs Ziele der wertenden Rechtsvergleichung, die sich weitestgehend mit denjenigen der allgemeinen Rechtsvergleichung decken. Die *Kontroll- und Warnfunktion* soll zuvorderst dem Gesetzgeber als Lackmustest dienen, um den inländischen Rechtsschutzstandard mit dem ausländischen zu vergleichen und zu kontrollieren.[320] Eigene Lösung sollen mit bereits bestehenden Ansätzen rationalisiert werden, soweit diese sich normativ in den eigenen Ordnungsrahmen einfügen.[321] Ein höherer Rechtsschutzstandard durch Gesetze oder die rechtspraktische Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Gerichte kann hierdurch warnend auffallen und ggf. angepasst werden. Eng damit verbunden ist die *Legitimationsfunktion*, sofern die wertende

---

314 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1455 ff.; *Kischel*, Comparative law, S. 46 ff.; *Ambos*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 247, S. 257, m. w. N.; *Burchard*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 277, S. 286.

315 *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit, S. 6, der dieses Ziel der Rechtsvergleichung aber in einen Kontext des Weltrechts setzt, das auch und im Wesentlichen von den Deutschen mitzugestalten wäre, und damit erheblich anachronistisch wirkt.

316 *Małolepszy*, in: Festschrift Szwarc, S. 19; *Wendel*, Der Staat, S. 339, S. 355; *Kischel*, Comparative law, S. 88 ff., m. w. N.

317 *Mona*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 106.

318 *Fateh-Moghadam*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 55; *Michaels*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 348 f., m. w. N.

319 *F. Meyer*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 89.

320 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1445, m. w. N.; so schon *Zweigert*, RabelsZ 15, S. 5, S. 17 ff.

321 *Wendel*, Der Staat, S. 339, S. 355 f.; *Breuer*, Journal für Rechtspolitik Nr. 18, 2010, S. 223, S. 229, in Bezug auf den EGMR.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtsvergleichung keinen höheren Standard vorgibt und damit den inländischen Rechtsschutzstandard zusätzlich bekräftigt.[322] Externe Erkenntnisquellen sollen dabei zusätzliche legitimierende Überzeugungskraft – sog. *persuasive authority* – generieren, insofern sie transparent – also vom Richter in der Urteilsbegründung öffentlich – gemacht werden und zur Untermauerung der Argumente fungieren.[323] Insbesondere bei der Umsetzung europäischer Normen und zur Gewinnung einheitlicher Rechtsstandards bedarf es der wechselseitigen Legitimation und Angleichung. Selbstredend kann die Legitimationswirkung positiv wie negativ zur Bestätigung wie zur Ablehnung eines Konsenses in den verglichenen Rechtsordnungen herangezogen werden.[324] Von besonderer Bedeutung ist zudem die *Lückenfüllungsfunktion*, insbesondere dort, wo „wertungsbedürftige Querverweise" – etwa Art. 6 Abs. 3 EUV oder Art. 52 Abs. 4 GRCh – dies zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze gebieten.[325] Die *kritische Initiativ- und Innovationsfunktion* soll zur kritischen Hinterfragung und Optimierung der eigenen Rechtsordnung führen.[326] Sie beruht auf der Annahme, dass es in anderen Rechtsordnungen andere juristische Lösungen geben kann, die der eigenen überlegen sind.[327] Der Kontrast zur fremden Rechtsordnung schärft hermeneutisch gewinnbringend den Blick auf die eigene und wird teilweise zum „notwendigen Schlüssel" zum Verständnis eines unionalen Verfassungsrechts stilisiert.[328] Eng damit verbunden ist die *Optimierungs*- und

---

322 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1456 f., m. w. N.

323 Zum Begriff: *Glenn*, McGill Law Journal 321, 1987, S. 261, S. 261 ff.: *Glenn* entwickelt keine Definition des Begriffs, versteht hierunter aber, im Unterschied zum positiv imperativ bindenden Recht, die hauptsächliche Rechtslegitimationsquelle: „In the measure, however, that the use of persuasive authority fluctuates according to the needs of practice, or becomes a principal source of law even in the face of binding law, its use is indicative of a certain freedom of appreciation on the part of those charged with the application of law, a freedom in the choice of sources of law. It does not follow, however, that adherence to non-binding, persuasive authority must be taxed as arbitrary, since choice of an external authority which effectively persuades is perhaps the only true alternative to arbitrary conduct, in many cases more effective than adherence to binding, but unpersuasive, law.", *Wendel*, Der Staat, S. 339, S. 359.

324 *Breuer*, Journal für Rechtspolitik Nr. 18, 2010, S. 223, S. 226 f., in Bezug auf den EGMR; *Breuer* will eine weitere Fallgruppe – die Rechtsvergleichung als argumentative Unterstützung von Richtern in Sondervoten gegen die Mehrheitsmeinung – ausmachen, wobei nicht ersichtlich ist, weshalb dies nicht bereits unter die generelle positive oder negative Legitimationswirkung fallen soll, vgl. S. 229; *Rusch*, Jusletter 2006, S. 1, S. 2.

325 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1457; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 30, allgemein zur Rechtsvergleichung.

326 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1475 f., m. w. N.

327 *Jescheck*, 79, 1967, S. 128, S. 144.

328 *Wendel*, Der Staat, S. 339, S. 356, 358 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Modifizierungsfunktion, die betont, dass Reformbedarf erst durch einen wertenden Rechtsvergleich zu ermitteln ist, da vorher unklar sei, weshalb es der „Suche nach der besseren Lösung" bedürfe.[329] Gleiches gilt für die *Harmonierungsfunktion,* die im Rahmen der zunehmenden Europäisierung des Rechts, wechselseitiger Anerkennung von Verfolgungsmaßnahmen und Assimilierung einzelner Straftatbestände ohnehin eine wechselseitige Abstimmung erfordert.[330]

Insgesamt lassen sich die Funktionen der wertenden Rechtsvergleichung damit nicht trennscharf abgrenzen. Deutlich wird allerdings, wie die Anwendungszwecke der gemeinsamen Verfassungstraditionen zur Genese und Auslegung der Charta-Grundrechte optimal durch die wertende Rechtsvergleichung konkretisiert werden. Sie soll lückenfüllend und innovativ Regelungslücken schließen und eine Harmonisierung des Grundrechtsstandards im Sinne einer wechselseitigen Kontrollfunktion gewährleisten. Die verflochtenen Ziele der wertenden Rechtsvergleichung ergänzen sich damit, verkomplizieren aber deren Anwendungsmethode im Einzelfall, die diesen Zielen situativ angepasst werden muss.

C. Allgemeine Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung

Die Rechtswissenschaft hat bislang keine allgemeingültige Methodologie oder theoretisches Fundament der (wertenden) Rechtsvergleichung entwickelt.[331] Dies erklärt sich vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Ziele und Blickwinkel[332] sowie den daraus folgenden Besonderheiten der jeweiligen Problemstellungen, die kaum nach einem einheitlichen Muster geprüft werden können.[333] Zudem kann der Vergleichsgegenstand oder der Verglei-

---

329 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1458 f.

330 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1459.

331 *Perron*, ZStW 1997, S. 281, S. 287, m. w. N.; *Reitz*, The American Journal of Comparative Law 46, 1998, S. 617, S. 620 ff., geht zwar davon aus, dass es eine allgemeine Methode gibt. Diese ist aber so abstrahiert, dass als erster Punkt des Vergleichs gestartet wird mit „identifying the dimilarities and differences between legal systems or part of legal systems", was derart allgemein nicht weiterführt; vgl. auch *Burchard*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 277, S. 292; *Mona*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 105, unter Verweis auf einen Mangel an methodischer und theoretischer Reflexion; vgl. auch *Siems*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 853 f.; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 58.

332 Unterschiede können sich bereits daraus ergeben, ob es sich um eine Rechtsvergleichung der Legislative, Judikative oder der Wissenschaft handelt, welches Ziel der Rechtsvergleich primär erreichen will oder ob es um die Rechtfertigung eines niedrigeren oder höheren Rechtsstandards geht.

333 *Ambos*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 247, S. 248, 259; *Kischel*, Comparative Law, S. 88; *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1454, 1460, 1461, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

chende[334] variieren, weil die Untersuchung nur auf ein spezifisches Problem beschränkt bleibt („problem-solving approach") und die rechtlichen institutionellen Lösungsansätze („functional-institutional approach") oder auch die soziokulturellen Aspekte einbezogen werden.[335]

In der Literatur finden sich daher nur wenige methodologische Ausführungen. Für Biermann setzt die rechtsvergleichende Auslegung i. S. d. Art. 52 Abs. 4 GRCh eine komparative Analyse von Begriffen und Rechtsinstituten aus der gemeinsamen juristischen Tradition einiger oder aller Mitgliedstaaten voraus und dient dem EuGH als Ausgangspunkt zur Schaffung eines genuin unionsrechtlichen Verständnisses.[336] Für Zweigert entsteht aus einer wertenden Rechtsvergleichung ein allgemeiner Rechtsgrundsatz recht undogmatisch als Ergebnis dessen, „was sich bei einer kritischen Analyse der Lösungen, die sich nach einer rechtsvergleichenden Umschau ergeben, als die beste Lösung darstellt"[337]. Bei „gleichwertigen" Lösungen sei derjenigen Lösung der Vorzug zu gewähren, die den Zielen der Union am besten entspräche. Subsidiär sei eine Wahlmöglichkeit für den EuGH eröffnet, wenn sich die Lösungen gleichermaßen in das Unionsrecht einfügten.[338] Was genau bei dieser Umschau zu betrachten oder bei der Inkorporierung des gefundenen Ergebnisses ins Unionsrecht zu beachten ist, lässt Zweigert offen. Auch ist unklar, ob die Rechtsvergleichung dabei eine genuine „fünfte Auslegungsmethode"[339] bildet oder nur als Hilfsmittel anderer Auslegungsmethoden Anwendung findet;[340] dies ist für die Untersuchung indes von untergeordneter Bedeutung, da sich hieraus keine methodologischen oder normativen Unterschiede ergeben und die generelle Zulässigkeit der Rechtsvergleichung im Unionsrecht bereits festgestellt wurde.

---

334 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1465 spricht von „Wertungsakteuren"; vgl. auch *Ambos*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 247, S. 256.

335 Vgl. zur „funktionalen Methode" *Michaels*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 348 f., sowie auch zu weiteren Vergleichsansätzen; *Ambos*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 247, S. 248; *Eser* spricht von Mikro- oder Makrovergleich, *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 973; *Piek*, ZEuP 2013, S. 60, S. 60 ff.

336 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 34.

337 *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 611; sehr ähnlich auch *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 58, der von einer Suche nach der für den jeweiligen Fall im Rahmen der Kompetenz der Union liegenden „besten Lösung" spricht, aber sogleich einwendet, dass sich deren Bestimmung abstrakt-generell kaum hinreichend vorzeichnen lasse; kritisch auch *Zehetgruber*, ZStW 132, 2020, S. 195, S. 212 ff.

338 *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 611.

339 Im Kontext der Auslegung des deutschen Grundgesetzes, *Häberle*, JuristenZeitung 44, 1989, S. 913, S. 619 ff.

340 *Schroeder*, JuS 2004, S. 180, S. 186.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Herausgebildet hat sich daher eine sehr allgemeine funktionale Fünf-Schritt-Methode, die die gewöhnliche Rechtsvergleichung um einen normativen Prüfungspunkt ergänzt. Zunächst werden die Forschungsfrage und das Sachproblem definiert (I.), für die eine Länderauswahl getroffen (II.) und Länderberichte erstellt werden (III.), aus denen ein rechtsvergleichender Querschnitt geschaffen wird (IV.), um auf dessen Grundlage die Ergebnisse einer wertenden Betrachtung zu unterziehen (V.).[341]

I. Forschungsfrage und Sachproblem

Ausgangspunkt der wertenden Rechtsvergleichung ist eine Forschungsfrage oder ein Sachproblem.[342] Dieses muss losgelöst von nationalstaatlichen Vorzeichen so abstrakt und präzise wie möglich als einheitlicher Lebenssachverhalt (sog. „case method") oder abstrakte Frage formuliert werden.[343] Die Suche nach dem spezifischen rechtsinternen Problem („strictly legal point of view") richtet den Fokus des Rechtsvergleichs auf den relevanten Untersuchungsausschnitt, die relevante Rechtsfrage sowie die Gesetze und Urteile, die analysiert werden müssen.[344] Gleiches gilt für die Wahl der Untersuchungsziele, ob also die Untersuchung aus theoretischen, judikativen oder legislativen Zwecken durchgeführt wird, welchen Umfang sie haben und wie die Forschungsfrage beantwortet werden soll.[345] Die Forschungsfrage und der daraus folgende Blickwinkel bestimmen die gemeinsame Vergleichsgrundlage – das sog. *tertium comparationis*[346] – oder das regelungsbedürftige soziale Ordnungsproblem als methodologische Ausgangslage, auf deren Grundlage die Lösungsansätze verschiedener Rechtsordnungen in ihrer soziokulturellen Gesamtheit miteinander verglichen werden können.[347]

---

341 *Kischel*, Comparative law, S. 88 ff., geht aber davon aus, dass die faktische Vergleichsarbeit der Ausgangspunkt ist; *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1462.

342 *Ambos*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 247, S. 259.

343 *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1462.

344 *Fateh-Moghadam*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 55; *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1062, wobei der Umfang des Ausschnitts der Rechtsordnungen davon abhängt, wie weit die Forschungsfrage gestellt wird.

345 *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1099 ff.

346 Allgemein versteht man unter dem Begriff das Gemeinsame, in dem zwei verschiedene Gegenstände oder Sachverhalte übereinstimmen, vgl. https://www.duden.de/rechtschreibung/Tertium_Comparationis (zuletzt besucht am: 2.6.2023); *Fateh-Moghadam*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 46.

347 *Michaels*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 372 ff.; *Ambos*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 247, S. 260 f.; *Bhat*, Idea and Methods, S. 268; *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1061 ff.; *Fateh-Moghadam*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 47.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Wahl der Rechtsordnungen

Das Ergebnis dieses Vergleichs hängt maßgeblich von der Wahl der Rechtsordnungen ab, die ihrerseits von der Forschungsfrage abhängt.[348] Die funktionale Suche nach dem „besseren Recht" kann als Vergleichsgrundlage eine Ländererweiterung erforderlich machen, wenn es etwa um die Durchsetzung universeller oder neuer Mindeststandards geht.[349] Eine Länderreduktion kann ggf. angebracht sein, wenn andere Länder nicht Teil der Fragestellung sind oder aus faktischen oder rechtlichen Gründen keine taugliche Vergleichsgrundlage bilden.[350] Insgesamt gibt es daher keine Mindestanforderungen an den Länderumfang der wertenden Rechtsvergleichung.[351]

Entscheidend ist, dass die Länderauswahl an der Forschungsfrage und nicht dem Ergebnis orientiert wird. Die Länderauswahl darf sich also nicht ohne Begründung auf geografische, kulturelle oder rechtsdogmatisch nahestehende Länder beschränken.[352] Oftmals wird daher eine Beschränkung anhand vergleichbarer Rechtsfamilien, Rechtskreise oder wichtige „Mutterrechtsordnungen"[353] vorgenommen, die aber nur als unspezifischer Ausgangspunkt dienen können.[354] Neben diesen inhaltlichen dürften auch faktische Umstände wie die eigenen Sprachkenntnisse eine Rolle spielen.[355] Entscheidend ist, dass die

---

348 *Dannemann*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 411 ff.; *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1066.

349 *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1066 ff.; *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1463.

350 Denkbar wäre, dass der Rechtsvergleich auf den Rechtshilfeverkehr zwischen Deutschland und der Schweiz beschränkt ist, was andere Länder ausschlösse. Ein Vergleich der Durchführungen der Sterbehilfe in Europa könnte Länder ausschließen, die diese nicht durchführen. Richtigerweise merkt *Eser* aber kritisch an, dass gerade in den anderen Rechtsordnungen ein Mehrwert liegen kann; *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1067.

351 *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1067 f.

352 *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1101 ff.

353 Gemeint ist die Ursprungsrechtsordnung für die Fälle, in denen eine Rechtordnung kopiert wurde, etwa dass das spanische Strafrecht sich vom deutschen Strafrecht inspirieren hat lassen, vgl. *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 998.

354 *Kischel*, Comparative law, S. 89; kritisch: *Burchard*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 277, S. 296, der darauf hinweist, dass diese Systematisierung keiner wissenschaftlichen Grundlage folgt. Problematisch erscheint insoweit, dass durch die Wahl der Vertreter eines Rechtskreises – andernfalls lohnte sich die Kategorisierung nicht – eine erhebliche Wertung und Generalisierung eintreten kann, die die Unterschiede auch innerhalb der Rechtskreise nicht mehr herausarbeiten kann; kritisch auch *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1069 f.

355 *Seyr*, Journal für Rechtspolitik 18, 2010, S. 230, S. 232, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wahl der Rechtsordnungen damit einen erheblichen Einfluss auf das rechtsvergleichende Ergebnis hat.

III. Erstellung der Länderberichte

Die Erstellung der Länderberichten beginnt mit der deskriptiven Darstellung des für die Forschungsfrage relevanten Rechtsausschnittes.[356] Eberle gibt grob Folgendes vor:

> „To do this, we must look quite carefully at the legal data points under review and assess and understand their content, meaning, and application. Here, our focus will be on external law: law as written, stated, or otherwise made concrete.“[357]

Dabei ist zum einen Vorsicht geboten, weil ungewollte Wertungen durch die Wahl des Rechtssauschnitts erfolgen können.[358] Die Darstellung hat daher so neutral wie möglich und beschreibend zu erfolgen.[359] Zum anderen ist es äußerst komplex, die nationalen Rechtsordnungen in ihrer Gesamtheit zu erfassen.[360] Dies beginnt bereits sprachlich damit, nicht an den Begrifflichkeiten der Ausgangsrechtsordnung haften zu bleiben. Nach der *funktionalen Methode* als methodologischer Ausgangspunkt der Rechtsvergleichung sind daher funktionale Äquivalente zu untersuchen, also die Lösungen, die eine Rechtsordnung für die Forschungsfrage bereithält.[361] Abzustellen ist ferner nicht allein auf die faktische Buchlage der Rechtsordnungen („law in books“) oder die gesetzlich normative Ausgangslage,[362] sondern darauf, wie das Recht in

---

356 *Dannemann*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 415 ff.; *Eberle*, Roger Williams University Law Review: 16, 2011, S. 51, S. 60 ff.

357 *Eberle*, Roger Williams University Law Review: 16, 2011, S. 51, S. 61.

358 Zum Beispiel taugen zu ähnlich gewählte oder zu wenige Rechtsordnungen nicht, wenn es darum geht, einen allgemeingültigen Rechtsstandard nachzuweisen, der in allen Mitgliedstaaten gültig sein soll.

359 *Mona*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 113.

360 *F. Meyer*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 91.

361 *Michaels*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 346 ff.; *Ambos*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 247, S. 260, m. w. N.; *Fateh-Moghadam*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 44; vgl. auch *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1042, aber kritisch dazu.

362 *Mona*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 110 unter Verweis auf *Pradel* (Fn. 10) S. 7: „[…] le droit pénal comparé s’intéresse à la règle elle-même, à son caractère normatif […]“, und dann aber Pradel (Fn. 10) S. 38 (zitiert Luis Recasens): „[…] le droit pénal comparé ne doit pas se limiter à une confrontation formaliste des normes ou des systèmes juridiques, mais entreprendre des re-cherches sur le conditionnement des normes par les réalités historico-sociales, utilisant le point de vue et les méthodes de la sociologie juridique.“; auch das lässt sich in dieser Abstraktheit aber nicht bestätigen. Gegenstand des Rechtsvergleichs kann auch sein, ob die Rechtsordnungen eine Regelung vorsehen – etwa zum Schwangerschaftsabbruch. In der Regel wird sich der Vergleich allerdings darauf nicht beschränken.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Praxis angewendet wird („law in action"), sofern es nicht um die Frage geht, ob eine Norm faktisch vorhanden ist.[363] Regelmäßig sind daher auch die Literaturauffassung sowie die Rechtsprechungs- und Rechtsanwendungspraxis einzubeziehen.[364] Komplexität erlangt die Darstellung aufgrund der kulturellen, sprachlichen und rechtlichen Besonderheiten sowie der historischen, gesellschaftlichen und kulturellen Hintergründe,[365] die als Wesenszüge der jeweils anderen Rechtsordnung berücksichtigt werden müssen.[366] Es gehe darum, die gesellschaftliche Lösung von „Lebensproblemen" zu identifizieren, das „Funktionieren der Rechtssysteme in ihrer soziologischen Realität".[367] Entscheidend sei daher, dass ein struktureller Rechtsvergleich die praktische Rechtswirklichkeit der Rechtsordnungen gesamtheitlich mit in den Blick nehme, indem eine vollumfängliche Anamnese aufgezeigt werde, die etwa neben der Geltung der Verfahrensrechte auch die praktische Umsetzung im Gerichtsverfahren durch Beweisverwertungsverbote berücksichtige.[368] Aufgrund dieser praktischen Komplexität weicht der Versuch, alle Rechtsordnungen möglichst vollständig zu vergleichen, häufig einer pragmatischen punktuellen Stichprobenkontrolle.[369]

---

363 *Mona*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 108, 110: „Wer also Strafrechtsvergleichung betreibt, darf sich nicht damit begnügen, rechtstechnische Übereinstimmungen oder Verschiedenheiten festzustellen, sondern muss eruieren, inwiefern die verglichenen Rechtsordnungen Grundfragen des Rechts unterschiedlich erfassen und beantworten"; *Fletcher*, The American Journal of Comparative Law 46, 1998, S. 683, S. 685 f.; *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1075 f.; *Dannemann*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 417.

364 *Mona*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 110; kritisch hierzu *Ambos*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 247, S. 247.

365 *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1078; vgl. auch *Fateh-Moghadam*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 50 f.

366 *Perron*, ZStW 1997, S. 281, S. 282, m. w. N.; *Grossfeld/Großfeld*, Macht und Ohnmacht, S. 25 ff.; 68 f.; 127 ff.; *Meyer*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 91 f.; *Fateh-Moghadam*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 48, wodurch der Rechtsvergleich zum Kulturvergleich wird und nicht nur rechtliche, sondern auch gesellschaftliche Hintergründe der Rechtslösungen untersuchen will.

367 *Jung*, JuS 1998, S. 1, S. 2; kritisch: *Fateh-Moghadam*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 48 f.: „Die geforderte Einbeziehung sämtlicher „Kulturphänomene" in die vergleichende Betrachtung übersteigt nicht nur regelmäßig die Ressourcen rechtsvergleichender Forschungsprojekte, sondern läuft auch Gefahr, Ergebnisse zu produzieren, die für rechtliche Zusammenhänge wenig anschlussfähig sind."

368 Vgl. *Perron*, ZStW 1997, S. 281, S. 288, 301.

369 *Perron*, ZStW 1997, S. 281, S. 285, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

IV. Querschnittsvergleich

Im Rahmen des sich anschließenden Querschnittsvergleichs findet die deskriptive Darstellung der Ergebnisse der Länderberichte statt.[370] Insoweit bilden die verfassungsrechtlichen Lösungen das gegenstandsbezogene *tertium comparationis*.[371] Dabei werden die aufgefundenen Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufgezeigt, die sich aus den Länderberichten in Hinblick auf die Forschungsfrage als Antworten ablesen lassen. Abstrakte Leitlinien lassen sich hierfür nur schwer aufstellen und sind stets in Bezug auf die Forschungsfrage zu evaluieren.[372] Je nach Forschungsfrage müssen die zugrunde liegende Struktur der Rechtsnormen, ihr Kontext und deren Bedeutung innerhalb der Rechtsordnung analysiert werden.[373] Beim Vergleich mehrerer Länder bietet es sich an, die Ergebnisse in Gruppen zu systematisieren. Dies kann anspruchsvoll sein, weil die gleichen Begrifflichkeiten ggf. Unterschiedliches bedeuten und eine Rechtsvergleichung daher grundsätzlich eine vertiefte Kenntnis der Rechtsfiguren der Länder erfordert.[374] Grund dafür ist für Perron, dass dem multinationalem Rechtsvergleich die dem nationalen Recht immanenten kongruenten Rechtsgrundsätze und -hintergründe als gemeinsame Kommunikationsbasis fehlen.[375] Gemeint ist damit die altbekannte Problematik, dass zwei Rechtsordnungen, die dasselbe sagen, nicht zwangsläufig dasselbe meinen.[376] Eberle spricht von „skills of translation“:

> „We must recognize the meaning of the idea or word in its own culture, explain its underlying cultural context, and then translate that meaning as best we can to another legal culture, whether our own or a different, foreign culture.“[377]

Soll der normative Vergleich auch dogmatische Begründungen aus der Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte, der Kultur-, Sitten-, Religions- und Moralvorstellungen des jeweiligen Landes enthalten[378], geriert sich die Rechts-

---

370 *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1080 ff.

371 Vgl. allgemein zur Methodik der Verfassungsvergleichung: *Jackson*, in: The Oxford Handbook, S. 54 ff., 62 ff.; *Dannemann*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 418.

372 *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1082; *Eberle*, Roger Williams University Law Review: 16, 2011, S. 51, S. 464, der jedoch einige Testfragen aufzeigt: Wie und wurde gelernt, was sind die relevanten Daten etc.

373 *Eberle*, Roger Williams University Law Review: 16, 2011, S. 51, S. 460.

374 *Wank*, RdA 2015, S. 294, S. 294.

375 *Perron*, ZStW 1997, S. 281, S. 287, m. w. N.

376 *Wendel*, Der Staat 2013, S. 339, S. 357.

377 *Eberle*, Roger Williams University Law Review: 16, 2011, S. 51, S. 60.

378 *Eberle*, Roger Williams University Law Review: 16, 2011, S. 51, S. 59: „We must also consider the underlying concepts, beliefs, and reasons behind law, what we might call the legal mind or framework of legal philosophy that helps drive and structure law. Law cannot be understood without understanding the culture on which it sits.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vergleichung als eine fast unlösbare Aufgabe.[379] Abgemildert dürfte diese Befürchtung jedoch im Rahmen des europäischen Grundrechtsschutzes sein, da die Mindestanforderungen der EMRK und die Grundrechtsstandards der GRCh – jedenfalls im Rahmen der Untersuchung – den Querschnittsvergleich erleichtern.

V. Normative Bewertung

Abschließend erfolgt die normative Bewertung der Ergebnisse.[380] Die Lösungen der Vergleichsrechtsordnungen sind nicht per se, sondern nach einer Interpretation sowie normativen Einordnung als Argument zur Rechtsanpassung tauglich.[381] Dabei kann es erhebliche Schwierigkeiten bereiten, Erkenntnisse aus der rechtstatsächlichen in die normativ-dogmatische Dimension zu übertragen.[382] Die Bewertung des „besseren Rechts" kann nur in Hinblick auf die Forschungsfrage erfolgen und sollte, um sich nicht dem Vorwurf der Willkürlichkeit auszusetzen, an objektiven Bewertungskriterien festgemacht werden. Hierfür wird mit der „Zweckmäßigkeit", „Gerechtigkeit", „Praktikabilität", „Tradition" sowie der „good governance" eine Vielzahl recht unbestimmter Kriterien vorgeschlagen.[383] Relevanter dürfte die optimale Gewährleistung

---

And to understand the culture, we need to employ acute observation, linguistic skill, and immersion in the milieu and social setting."

379 *Beck*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 78, die sich für eine kulturbezogene Strafrechtsvergleichung einsetzt, vgl. auch S. 83 mit Beispielen im Kontext des Unternehmensstrafrechts. Ein derart weiter Vergleich wird aber in den überwiegenden Fällen den Rahmen des Notwendigen übersteigen. Versteht man die Rechtsvergleichung als eine Annäherung und Inspirationsquelle für Rechtsprobleme, braucht nicht jeder nur denkbare kulturelle Aspekt einbezogen werden. Es dürfte auch insoweit stets auf die konkrete Anwendung im Einzelfall ankommen; vgl. hierzu auch *Perron*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 123, die Bedeutung der rechtskulturellen Hintergründe wird aber zunehmen, je eher es um die internationale Rechtsangleichung geht, *Perron*, a. a. O., S. 124; für eine Inbezugnahme des kulturellen Kontextes auch *Eberle*, Roger Williams University Law Review: 16, 2011, S. 51, S. 59.

380 Es ist umstritten, ob die „Bewertung" noch Teil der funktionalen Rechtsvergleichung ist, vgl. hierzu *Eser*, in: Grundlagen und Dogmatik, S. 1452. Darauf kommt es aber jedenfalls dann nicht an, wenn die wertende Rechtsvergleichung gerade durch das Gesetz (Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 4 GRCh) impliziert wurde.

381 *Smits*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 522: „This means that the influence of comparative law in this type of case is, at most, one of finding inspiration in the process of weighing the arguments in favour or against a particular solution. This is different if comparative law is used in a normative way. A certain international consensus, or a foreign solution, as such is then used as an argument for adopting the same solution at the national level."; *Mona*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 113, m. w. N.

382 *Perron*, ZStW 1997, S. 281, S. 287.

383 *Eser/Perron*, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit, S. 1085 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Grundrechte sein.[384] Entscheidend wird es dabei darauf ankommen, wer die Rechtsvergleichung vornimmt, ob sie aus wissenschaftlicher, legislativer oder judikativer Perspektive vorgenommen wird.[385] Denn was die „beste Lösung" ist, wird stets auch Ausdruck der politischen Konstellationen und Machtverhältnissen sein, die vom Wertenden abhängen.[386] Wie genau die wertende Rechtsvergleichung im Einzelfall durchgeführt werden muss, ist aber dogmatisch abstrakt kaum definiert.[387]

VI. Zwischenergebnis

Die dargestellte Fünf-Schritt-Methode der wertenden Rechtsvergleichung gibt deren Anforderungen an die einzelnen Prüfungsschritte, die stark vom jeweiligen Einzelfall und der zu beantwortenden Ausgangsfrage abhängen, lediglich recht abstrakt vor. Eine einheitliche Methode der (wertenden) Rechtsvergleichung existiert folglich.[388] Der Umfang der Analyse der Rechtsordnungen muss stets im Hinblick auf die konkrete Forschungsfrage abgesteckt und begründet werden. Die ggf. umfangreichen systematischen, sprachlichen und inhaltlichen Betrachtungen der Rechtsordnungen, deren Ergebnisse zudem in den sozio-kulturellen Kontext des Landes gestellt werden wollen, gestalten diese Aufgabe komplex und fast notwendigerweise unvollständig.[389] Dies ergibt sich schon vor dem Hintergrund, dass es *die* „Sitten-, Religions- oder Moralvorstellungen" oder *die* „Literatur und Rechtsprechungsauffassung" eines Landes nicht gibt.[390] Faktisch dürfte sich das Ergebnis der Rechtsvergleichung je nach Fragestellung, Länderauswahl sowie Sprach- und Kulturkenntnis der Rechtsordnungen verändern. Die wertende Rechtsvergleichung ist damit notwendigerweise ungenau, was ihre Bedeutung als Inspirationsquelle stärker in den Vordergrund rückt.

---

384 In Hinblick auf die Auslegung in der Grundrechtecharta auch die Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 4 GRCh.

385 *Hauck*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 260.

386 *Beck*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 78.

387 Vgl. *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Nach Art. 6 EUV, Rn. 20.

388 *Ambos*, Rechtswissenschaft 8, 2017, S. 247, S. 259.

389 *Hauck*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 271, der wie Perron auf diese hohe Hürde der Rechtsvergleichung hinweist; *Perron*, ZStW 1997, S. 281, S. 286 ff.

390 Vgl. auch *Mona*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 110.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

D. Ergebnis

Die wertende Rechtsvergleichung lässt sich stark verallgemeinert als der Versuch beschreiben, Lösungen für Rechtsprobleme aus anderen Rechtsordnungen zu generieren, indem die Lösungen herausgearbeitet, nebeneinandergestellt, Ergebnisse abgeleitet und bewertet werden. Ihre konkrete Durchführung ist wenig präzisiert und hängt im hohen Maß von den Zielen der Rechtsvergleichung im Einzelfall ab. Fundament und entscheidender Ausgangspunkt ist die Forschungsfrage oder die Ausgangsthese, die alle weiteren Schritte des Vergleichs – wie den Vergleichsausschnitt der Rechtsordnungen als *tertium comparationis* oder die Länderauswahl – vorgeben. Für die Untersuchung ist die Forschungsfrage die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes, bzw. eines Schweigerechts für juristische Personen und die Legitimität von dessen Schutzbereichsbeschränkung. Hierfür wird zu prüfen sein, ob die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gegenüber juristischen Personen ein Schweigerecht vorsehen und ob und inwieweit dieses beschränkt wird. Dabei werden auch die Rechtsprechung und die Rechtspraxis einzubeziehen sein. Die Berücksichtigung sozialer, kultureller und allgemeiner Gerechtigkeitsvorstellungen[391] dürfte dagegen in den Hintergrund rücken. Die Charta bildet bereits den gemeinsamen Rechtsboden für die Mitgliedstaaten. In jedem Fall zeigt sich bereits hier, dass die materiellen Ergebnisse der wertenden Rechtsvergleichung notwendigerweise einen beschränkten Ausschnitt der Rechtswirklichkeit darstellen und im Kontext der Einschränkungen zu verstehen sind, die jedem Rechtsvergleich immanent sind.[392] Letztlich kann es sich bei der wertenden Rechtsvergleichung nur um eine bestmöglich Annäherung an eine Rechtslösung handeln. Dies liegt bereits daran, dass der Gegenstand der Rechtsvergleichung – die Rechtsordnungen – ein im Fluss befindliches Gebilde sind, das sich stetig entwickelt.[393] Die Limitation der wertenden Rechtsvergleichung lässt deren Legitimität auf Unionsebene aber unberührt, da die Grundrechtecharta und der EUV die Einbindung der nationalen Verfassungsordnungen im Mehrebenensystem vorgeben. Entscheidend ist, sich der Einschränkungen bewusst zu sein und die methodischen Beschränkungen der Rechtsvergleichung im Einzelfall offenzulegen.

Deutlich wird dadurch aber auch, dass die hergeleiteten Grundsätze der allgemeinen wertenden Rechtsvergleichung nun auf das supranationale Unionsrecht zu übertragen und zu konkretisieren sind. Im nachfolgenden Abschnitt soll dementsprechend untersucht werden, wie die wertende Rechtsver-

391 *Perron*, ZStW 1997, S. 281, S. 297 ff.

392 Vgl. auch *F. Meyer*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 90.

393 *Mona*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem, S. 118, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gleichung auf Unionsebene durchgeführt wird, um deren materiellen Anforderungen für eine Anwendung im Unionsrecht zu präzisieren.

§ 2 Die wertende Rechtsvergleichung im Unionsrecht zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung

Die allgemeinen Grundsätze der wertenden Rechtsvergleichung müssen für die Anwendung im Unionsrecht zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung in Hinblick auf den *Begriff* (A.), die *Ziele* (B.) und die *Methodologie* (C.) angepasst werden. Hierzu soll überprüft werden, ob die allgemeinen Anforderungen der wertenden Rechtsvergleichung nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte, der praktischen Rechtsvergleichungstätigkeit der Generalanwälte oder der Literatur bei der Durchführung im Unionsrecht abweichen oder zu präzisieren sind.

A. Unionsrechtlicher Begriff der wertenden Rechtsvergleichung

Der Begriff der „wertenden Rechtsvergleichung" wird im Unionsrecht nicht definiert. Der EuGH verwendet den Begriff nicht. Er hat in seiner spärlichen kasuistischen und fragmentarischen Rechtsprechung, die die Rechtsvergleichung betraf, folglich auch kein Konzept oder präzise materiellrechtliche Anforderungen der wertenden Rechtsvergleichung entwickelt, aus denen sich ein Begriffsverständnis ableiten ließe.[394] Vertieftere rechtsvergleichende Ausführungen überlässt er den Generalanwälten, die den EuGH nach Art. 252 Abs. 1 AEUV unterstützen, sowie der Direktion Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation.[395] Auf der Grundlage deren Analyse begnügt er sich – in der

[394] *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 39; *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 69; *ders.*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 44, m. w. N.

[395] Zu der primären Aufgabe des Organs gehört es, „auf Ersuchen der das Organ bildenden Gerichte Recherchevermerke zu erstellen, bei denen es in erster Linie darum geht, wie eine bestimmte Problematik im nationalen Recht der verschiedenen Mitgliedstaaten gelöst wird. Diese rechtsvergleichende Herangehensweise ist für die Gerichte, deren Hauptaufgabe es ist, eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts in einer Union von 27 Mitgliedstaaten sicherzustellen, von besonderem Nutzen.", vgl. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_11968/de/ (zuletzt besucht am: 31.5.2023). Die rechtsvergleichenden Rechercheergebnisse werden jedoch nicht veröffentlicht. Teilweise finden die rechtsvergleichenden Ausführungen aber auch keine Erwähnung im Schlussurteil, vgl. Schlussanträge GA Mazák v. 15.2.2007 – Rs. C-411/05 – Palacios de la Villa, ECLI:EU:C:2007:106, Rn. 88 ff., der jedoch auch nur die finnische Verfassung erwähnt, oder Schlussanträge GA Cruz Villalón v. 12.6.2012 – Åkerberg Fransson – Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2012:340, Rn. 83, in Bezug auf den *ne bis in idem*-Grundsatz in Verwaltungsverfahren; die Generalanwälte

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Regel ganz ohne eigene rechtsvergleichende Analysen – damit, zu behaupten, dass ein Grundrecht „Bestandteil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten" sei.[396] Auch die Generalanwälte haben keine Definition der wertenden Rechtsvergleichung entwickelt.[397] Ausgeführt wird lediglich, der Gerichtshof müsse sich von „den charakteristischsten Bestimmungen der innerstaatlichen Rechtssysteme inspirieren" und „von den rechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten leiten […] lassen, um für analoge Rechtsfragen, die sich im Gemeinschaftsrecht stellen, eine Antwort zu finden, die sowohl die Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten respektiert als auch dem eigenen Kontext der Gemeinschaftsrechtsordnung angemessen ist"[398]. Da es an einem genuin unionsrechtlichen Begriff mangelt, muss auf den allgemeinen Begriff zurückgegriffen werden, der wesentlich vom Ziel des Vergleichs abhängt.

B. Unionsrechtliche Ziele der wertenden Rechtsvergleichung

Das übergeordnete Ziel der wertenden Rechtsvergleichung im Unionsrecht ist die Überprüfung des Vorliegens einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung.[399] Akzessorisch zu deren Anwendungszwecken nach Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 4 GRCh, dient die wertende Rechtsvergleichung damit untergeordnet und indirekt der Grundrechts*genese* und *-auslegung*.[400] Die sich überlappenden allgemeinen Ziele der wertenden Rechtsvergleichung liegen damit auch hier vor, wobei ein Schwerpunkt auf der Lückenfüllungs- und Legitimationsfunktion für „wertende Querverweise" aus den Mitgliedstaaten liegen dürfte.[401] Die Generalanwälte sprechen insoweit von „Respekt" für die Grundrechte:

---

verweisen aber z. T. ausdrücklich auf den wissenschaftlichen Dienst des Gerichtshofs, vgl. GAin Kokott v. 17.3.2005 – Kommission/Spanien – Rs. C-135/03, ECLI:EU:C:2005:175, Rn. 37; *Seyr*, Journal für Rechtspolitik 18, 2010, S. 230, S. 232.

396 So auch *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 50; *ders.*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 45, m. w. N.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 39; vgl. die rechtsvergleichenden Ausführungen in Schlussanträge GA Mischo – Hoechst – Rs. C-46/87, ECLI:EU:C:1989:73, S. 2884 ff., sowie EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 20.

397 Die Generalanwälte beziehen sich aber jedenfalls offen auf den Begriff, vgl. Schlussanträge GA Roemer v. 18.9.1973 – Werhan/Rat u. Kommission – Rs. C-63/72, ECLI:EU:C:1973:95, S. 1258; Schlussanträge GA Maduro v. 20.2.2008 – FIAMM – Rs. C-120/06 P, ECLI:EU:C:2008:98, Rn. 55 u. Fn. 59.

398 Schlussanträge GA Maduro v. 20.2.2008 – FIAMM – Rs. C-120/06 P, ECLI:EU:C:2008:98, Rn. 55.

399 Vgl. oben 2. Kap.

400 Vgl. oben 1. Kap. § 3 A.

401 Vgl. oben § 1 B.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„In that sense, the fundamental principles of the national legal systems contribute to enabling Community law to find in itself the resources necessary for ensuring, where needed, respect for the fundamental rights which form the common heritage of the Member States.“[402]

In Hinblick auf die Auslegungsregel des Art. 52 Abs. 4 GRCh konkretisieren die Erläuterungen zur Charta zudem, dass:

„[a]nstatt einem restriktiven Ansatz eines ‚kleinsten gemeinsamen Nenners‘ zu folgen, […] die Charta-Rechte […] so auszulegen [sind, Einfg. d. Verf.] dass sie ein hohes Schutzniveau bieten […].“[403]

In diesem Ziel unterscheidet sich die wertende Rechtsvergleichung auf Unionsebene etwa von der auf Konventionsebene, wie sie durch den EGMR vorgenommen wird.[404]

---

402 Schlussanträge GA Dutheillet de Lamothe v. 2.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, S. 1146 f.; vgl. auch Schlussanträge GA Trabucchi v. 28.3.1974 – Nold – Rs. C-4/73, ECLI:EU:C:1974:27, S. 513.

403 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, Abl. v. 14.12.2007, C 303/34.

404 Auch der EGMR greift in den Urteilen unter „Relevant Comparative Law“ methodologisch rechtsvergleichende Untersuchungen zurück, vgl. EGMR, U. v. 18.12.2007 – Marini/Albanien – Nr. 3738/02, Rn. 76, 123; EGMR, U. v. 15.6.2006 – Lykourezos/Griechenland – Nr. 33554/03, Rn. 21 ff.; *Breuer*, Journal für Rechtspolitik Nr. 18, 2010, S. 223, S. 227, m. w. N.; das Ziel der Rechtsvergleichung auf der völkerrechtlichen Konventionsebene ist die Erarbeitung eines gemeinsamen Mindeststandards, der in erster Linie die Souveränität der hohen Vertragsparteien im Blick hat, *Ambrus*, Erasmus Law Review 02, S. 353, S. 356; inhaltlich werden dabei nicht nur die Verfassungen, sondern auch das einfache Recht verglichen, vgl. EGMR, U. v. 12.12.2007 – Stoll/Schweiz – Nr. 69698/01, Rn. 44, wobei sich aber auch hier keine einheitliche dogmatische Methodik entwickelt hat, vgl. *Breuer*, Journal für Rechtspolitik Nr. 18, 2010, S. 223, S. 227; zudem überlässt der EGMR einen Beurteilungsspielraum – sog. *margin of appreciation –,* dessen Umfang je nach Umstand, Gegenstand und Kontext variiert, erstmalig: EGMR, U. v. 28.11.1984 – Rasmussen/Dänemark – Nr. 8777/79, Rn. 40; EGMR, U. v. 28.6.2007 – Wagner u. J.M.W.L/Luxemburg – Nr. 76240/01, Rn. 128; vgl. *Ambrus*, Erasmus Law Review 02, S. 353, S. 356 f.; der Beurteilungsspielraum, der akzessorisch zum zunehmenden Grad der Übereinstimmung („common ground“/„dénominateur commun“) der Rechtsordnungen der Vertragsparteien sinkt und im umgekehrten Fall steigt, vgl. EGMR U. v. 25.11.1994 – Stjerna/Finnland – Nr. 18131/91, Rn. 39 wird jedoch bei näherer Betrachtung vom EGMR nicht präzise eingehalten, *Breuer*, Journal für Rechtspolitik Nr. 18, 2010, S. 223, S. 226, m. w. N., und bezieht sich zudem auf die Mitgliedstaaten bei der konkreten Ausgestaltung des Konventionsrechts im Einzelfall, vgl. EGMR, U. v. 18.12.2007 – Marini/Albanien – Nr. 3738/02, Rn. 123, bei dem die bestehenden Regelungen der Vertragsstaaten dazu führen, dass die albanische Lösung zu einem nicht akzeptablen Ergebnis führt; EGMR, U. v. 2.3.2006 – Izmir Savaş Karşitlari Derneği/Türkei – Nr. 46257/99, Rn. 36, bei dem der EGMR feststellt, dass kein anderer Vertragsstaat eine vergleichbare Rechtsregelung vorhält; *ders.*, Journal für Rechtspolitik Nr. 18, 2010, S. 223, S. 226; maßgeblich wird damit nur spezifisches Konventionsrecht geprüft, ob die nationalen Vertragsparteien bei der nationalen Regelung das Konventionsrecht verletzt haben, vgl. EGMR, U. v. 25.11.1994 – Stjerna/Finnland –

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Unionsrechtliche Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung

Eine spezifisch unionsrechtliche Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung hat sich bislang nicht etabliert. Der EuGH und die Generalanwälte halten sich mit allgemeinen methodischen Ausführungen bedeckt.[405] Nachfolgend soll daher die allgemeine Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung zugrunde gelegt werden und um die spezifischen unionsrechtlichen Anforderungen erweitert werden, die sich aus einer Betrachtung der bislang vorgenommenen Rechtsvergleichung in der Praxis ergeben.

I. Forschungsfrage und Sachproblem zum unionsrechtlichen Grundrechtsschutz

Die primäre Anforderung der wertenden Rechtsvergleichung zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung ist die Formulierung einer Forschungsfrage oder eines Sachproblems. Diese sind abhängig vom Untersuchungsziel. Das spezifisch unionsrechtliche Ziel der wertenden Rechtsvergleichung – die Genese ungeschriebener bzw. die Auslegung bestehender Grundrechte – konkretisiert die allgemeine Forschungsfrage oder die „Suche nach dem spezifischen rechtsinternen Problem“[406] auf das (Nicht-)Bestehen einer Regelungs- oder Auslegungslücke im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz.[407]

Nr. 18131/91, Rn. 39: „La Cour n’a point pour tâche de se substituer aux autorités finlandaises compétentes pour définir la politique la plus opportune en matière de réglementation de changement des patronymes en Finlande, mais d’apprécier sous l’angle de la Convention les décisions qu’elles ont rendues dans l’exercice de leur pouvoir d’appréciation.“: [deutsch:]: „Es ist nicht die Aufgabe des Gerichtshofs, an die Stelle der finnischen Behörden zu treten, die für die Festlegung der zweckmäßigsten Politik in Bezug auf die Regelung der Änderung von Familiennamen in Finland zuständig sind, sondern die Entscheidungen, die sie in Ausübung ihres Ermessens getroffen haben, unter dem Gesichtspunkt der Konvention zu bewerten.“ Auch der Vergleichsrichtung nach unterscheidet sich die Rechtsvergleichung auf völkerrechtlicher Ebene damit, weil die nationalen Rechtordnungen nicht – wie hier im Unionsrecht – zur näheren Ausgestaltung der EMRK herangezogen werden.

405 *Lenaerts*, International and Comparative Law Quarterly 52, 2003, S. 873, S. 874: „it is striking that the case law of the COJ and the CFI cotains remarkably few express references to comparative law.“; „Only exceptionally one will find a trace of an explicit and extensive comparative law study in the case law of the Community courts“.

406 Vgl. oben unter § 1 C. I.

407 *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Vor. Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 36 f.; *Vogel* hat bereits früh auf die methodologische Möglichkeit hingewiesen, zur Schließung unionsrechtlicher Grundrechtsschutzlücken auf die gemeinsamen Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten zurückzugreifen, vgl. *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50),

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dies entspricht den Anwendungszwecken der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen, zu deren Konkretisierung die wertende Rechtsvergleichung herangezogen wird.[408] Auch der EuGH konstatiert vor einer wertenden Rechtsvergleichung zunächst, dass das Unionsrecht zur relevanten Frage keine Vorgaben enthält.[409] In diesem Spezifikum unterscheidet sich die wertende Rechtsvergleichung von den allgemeinen rechtsvergleichenden Ausführungen der „Recherchevermerke" der Direktion Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation des EuGH.[410]

Eine Regelungslücke soll nach Schneiders bestehen, wenn das geschriebene Unionsrecht grundrechtliche Fragen nicht regelt, obwohl es diese Fragen regeln kann, und wenn das Fehlen einer entsprechenden Regelung planwidrig ist.[411] Nach Winkler soll eine Regelungslücke jedenfalls dann ausgeschlossen sein, wenn das Unionsrecht eine Frage abschließend klärt.[412] Die lediglich konkretisierende Auslegung der Grundrechtecharta ist hingegen zur Lückenfüllung und Legitimation in erheblich größerem Umfang möglich. Neben der allgemeinen Forschungsfrage, die sich auf die Lücke im Grundrechtsschutz bezieht, muss das Anwendungsziel der wertenden Rechtsvergleichung konkretisiert werden.

1. Konkretisierung des Anwendungsziels

Die Konkretisierung des Anwendungsziels der wertenden Rechtsvergleichung ist erforderlich, weil sich das *tertium comparationis*, der Gegenstand des Ländervergleichs, ändert. Zwar wurde bereits festgestellt, dass Art. 6

Heft 7, S. 331, S. 336; *Arnauld* warnt dabei davor, den „allgemeinen Grundsatz" im zu wörtlichen Sinne als fundamentalen Grundsatz, i. S. v. Grundlagen der Rechtsordnung, zu begreifen und führt aus, dass durchaus auch detaillierte Prinzipien im Einzelfall Gegenstand der Lückenschließung waren, vgl. *v. Arnauld*, EuR 2003, S. 191, S. 208; *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 69.

408 Vgl. oben unter 1. Kap. § 3 A.

409 Vgl. oben unter 1. Kap. § 3 A. IV., sowie sogleich unten genauer.

410 Die Generaldirektion erstellt rechtsvergleichende Rechercheberichte, vgl. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170124/de/?text=&opSearch=true&types=generated.NoteOuEtude&typesOff=generated.RecueilPublication&textSearch=true&catName=true&searchInFiles=true&mode=advanced&cids=p1_1976519&portlet=p1_2174525, (zuletzt besucht am: 6.6.2023). Dabei wird zu Beginn der jeweilige „Zweck" der rechtsvergleichenden Untersuchung angeführt, der aber alle möglichen Bereiche des Unionsrechts betreffen kann, etwa „the relationship between criminal proceedings and disciplinary proceedings concerning the same acts", abrufbar unter: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-09/ndr_2020_001_neutralisee_en.pdf (zuletzt besucht am: 6.6.2023).

411 *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 69.

412 *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 32.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 3 EUV zur Grundrechtsgenese und Art. 52 Abs. 4 GRCh zur Grundrechtsauslegung gemeinsam zu lesen sind und ein gemeinsames Verständnis der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen erfordern.[413] Der Betrachtungsgegenstand, die Schranken und die Anforderungen an die Feststellung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung divergieren jedoch.[414] Es muss daher unterschieden werden, ob die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zur Schließung einer Regelungslücke im Sinne der Genese neuer Grundrechte (Art. 6 Abs. 3 EUV) oder der Auslegung bestehender Grundrechte (Art. 52 Abs. 4 GRCh) dienen.

a) Regelungslücke im Anwendungsbereich der Grundrechtsgenese – Art. 6 Abs. 3 EUV

Zur Genese ungeschriebener Grundrechte setzt die wertende Rechtsvergleichung eine planwidrige Regelungslücke im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz voraus. Soweit Grundrechte in der Charta oder der EMRK enthalten sind, ist die Grundrechtsgenese obsolet. Der Untersuchungsgegenstand ist zudem primär die Verfassung der Mitgliedstaaten.

b) Grundrechtsauslegung zur Schließung von Grundrechtsschutzlücken – Art. 52 Abs. 4 GRCh

Zur Auslegung bestehender Grundrechte ist lediglich deren Auslegungsbedürftigkeit zur Schließung von Grundrechtsschutzlücken erforderlich. Weitergehender Eingrenzungen bedarf es nicht. Die Auslegung sieht sich – anders als die Neuschöpfung ungeschriebener Grundrechte durch Richterrecht – nicht dem Vorwurf ausgesetzt, den ordentlichen Gesetzgebungsprozess zu unterminieren. Die richterliche Lückenfüllung durch den Gerichtshof ist nur insoweit bedenklich, als dass eine bewusst planmäßige Lücke durch die Mitgliedstaaten zum Schutz nationaler souveräner Kompetenzinteressen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung auf Kosten der mitgliedstaatlichen Souveränität zugunsten der Union und entgegen Art. 51 Abs. 2 GRCh verschiebt.[415] Im Bereich der Grundrechte fand eine solche Übertragung indes bereits statt, indem dem EuGH nach Art. 19 Abs. 1 S. 2, Art. 6 Abs. 1 letz. Hs. EUV ein verbindlicher Auslegungsauftrag in Bezug auf die den Verträgen rechtlich gleichrangige abgeschlossene Grundrechtecharta zugewiesen wurde. Soweit Schneiders eine Planwidrigkeit umfassend fordert, ist ihm daher relativierend

---

413 Vgl. oben unter 1. Kap. § 3 A.

414 Vgl. oben unter 1. Kap. § 3 C.

415 Vgl. Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV; *Wieland*, NJW 2009, S. 1841, S. 1843.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

entgegenzuhalten, dass dies nur für die Grundrechtsgenese gelten kann, nicht für die Auslegung der Grundrechte nach Art. 52 Abs. 4 GRCh.[416] Zwar mag die wertende Rechtsvergleichung zur Genese ungeschriebener Grundrechte subsidiär zu anderen Rechtsquellen sein,[417] die Auslegung der Grundrechte ist allerdings jederzeit und auch ohne planwidrige Regelungslücke möglich. Viel eher dürfte die Auslegung der Grundrechte nicht erforderlich oder weniger Erfolg versprechend sein, wenn die Charta-Grundrechte keine planwidrige Regelungslücke vorsehen oder der EuGH sich kürzlich ausdrücklich für eine Auslegung ausgesprochen hat. Der Gegenstand – das *tertium comparationis* – der Grundrechtsauslegung ist folglich weiter und umfasst insbesondere auch den Anwendungsumfang der Grundrechte sowie deren Einschränkbarkeit.

c) Differenzierung des Anwendungsziels

Die divergierenden Voraussetzungen an die Regelungslücke erfordern eine Differenzierung des Anwendungsziels – Genese oder Auslegung. Auf die diesbezüglichen Schwierigkeiten wurde bereits hingewiesen.[418] Nach der hier vertretenen Ansicht wird man von einer Grundrechts*neuschaffung* sprechen können, wenn ein Grundrecht bislang keine Entsprechung in der EMRK, der Charta oder dem Primärrecht findet. Eine reine Grundrechts*auslegung* liegt vor, wenn allein der Anwendungsumfang eines unproblematisch existenten Grund- oder Verfahrensrechts infrage steht.

2. Zwischenergebnis

Für die wertende Rechtsvergleichung im Unionsrecht ist die Forschungsfrage in Abhängigkeit des Anwendungsziels auf die Regelungs- und Grundrechtsschutzlücke im Bereich der Grundrechtecharta in Hinblick auf die Genese ungeschriebener oder die Auslegung bestehender Grundrechte zu präzisieren. Auf dieser Grundlage können die zu vergleichenden Rechtsordnungen festgelegt werden.

---

416 *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 70 u. 72 f.; Gleiches gilt für das weitere Kriterium: Der Regelungsbereich der Rechtsgrundsätze muss in die Kompetenz der Gemeinschaft fallen (S. 71). Auch dies betrifft allein die Neuschaffung von Grundrechten, nicht die Auslegung der bestehenden Grundrechte.

417 Vgl. oben unter 1. Kap. § 3 C.

418 Vgl. oben unter 1. Kap. § 3 C.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Wahl der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

Die Wahl der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, die im Rahmen der wertenden Rechtsvergleichung zu betrachten sind, lässt sich nicht generell abstrakt, sondern lediglich anhand der Anwendungsziele und im konkreten Anwendungsfall bestimmen.[419] Übergeordnetes Ziel der wertenden Rechtsvergleichung ist die Bestimmung einer gemeinsamen Verfassungstradition. Es stellt sich daher die Frage, ob Letztere die Betrachtung einer Mindestanzahl nationaler Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verlangt.

1. Mindestanforderung einer Verfassungstradition „der“ Mitgliedstaaten

Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 4 GRCh sprechen dem Wortlaut nach von den Verfassungsüberlieferungen „der“ Mitgliedstaaten, was die Einbeziehung *aller* Rechtsordnungen impliziert. Die Betrachtung der Rechtsordnung nur eines Mitgliedstaats wäre danach in beiden Fällen bereits dem Wortlaut nach unzulässig. Die Unionsgerichte und die Literatur haben jedoch bislang kaum abstrakt numerische Anforderungen für die Entstehung einer gemeinsamen Verfassungstradition entwickelt. Die allgemeine Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung heranziehend, ist eine größere Vergleichsgruppe notwendig, umso mehr das Ergebnis der Durchsetzung universeller oder neuer Mindeststandards dienen soll.[420] Für die Genese neuer Grundrechte wären danach mehr Rechtsordnungen als für die Auslegung bestehender Grundrechte erforderlich. Etabliert haben sich Mindestanforderungen, deren unscharfe Grenzen durch eine Betrachtung der Rechtsprechung genauer herausgearbeitet werden sollen.

a) Keine Einzelbetrachtung eines Mitgliedstaats

Der EuGH hat ausdrücklich konstatiert, dass die Genese einer gemeinsamen Rechtstradition aus der partikularen Einzelbetrachtung nur eines Mitgliedstaats unzulässig ist.[421] Nationale Einzellösungen dürfen daher nicht leichtfertig auf das Unionsrecht übertragen werden und taugen jedenfalls nicht zum Nachweis einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung. Dies darf

---

419 Vgl. allgemein schon oben unter 1. Kap. § 3 A.

420 Vgl. oben unter § 1 C. II.

421 EuG, U. v. 27.9.2006 – Jungbunzlauer – Rs. T-43/02, ECLI:EU:T:2006:270, Rn. 81; EuG, U. v. 5.4.2006 – Degussa – Rs. T-279/02 ECLI:EU:T:2006:103, Rn. 73; eine Ausnahme besteht bei innerstaatlichen Angelegenheiten mit unionsrechtlichem Bezug, wie dem Wahlrecht für das Europäische Parlament, vgl. EuGH, U. v. 12.9.2006 – Spanien/Vereinigtes Königreich – Rs. C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543, Rn. 79.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

allerdings nicht materiell dahingehend fehlinterpretiert werden, dass eine einzelne Rechtsordnung generell untauglich sei, die gemeinsame Rechtstradition der Mitgliedstaaten korrekt widerzuspiegeln.[422] Im Rahmen der praktischen Verteidigung in kartellrechtlichen Gerichtsverfahren ist es Unternehmen daher nicht grundsätzlich versagt, eine nationale Rechtsregelung als Indiz einer gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten zu behaupten – ein hinreichender Nachweis ist dies freilich nicht.

Für die Untersuchung bedeutet dies, dass der Legitimationszustand der verfahrensrechtlichen Anforderungen an die kartellrechtlichen Eingriffsbefugnisse nicht an *einer* Rechtsordnung allein festgemacht werden kann. Fraglich ist, ob es der Einbeziehung *aller* Mitgliedstaaten bedarf.

b) Einbeziehung eines Teilquorums der Mitgliedstaaten

Die Literatur hat sich, soweit ersichtlich, bislang nicht vertieft mit den quantitativen Anforderungen einer wertenden Rechtsvergleichung befasst. Teilweise wird gleichwohl vertreten, der wertende Rechtsvergleich einiger „repräsentativer Rechtsordnungen“ reiche hin, um einen gemeinsame Verfassungstradition und allgemeinen Rechtsgrundsatz zu generieren.[423] Unklar bleibt dabei aber, nach welchen Kriterien sich die Repräsentativität misst. Orientiert man sich an den dargestellten allgemeinen methodischen Anforderungen, erschiene es möglich, die Anzahl der Bevölkerung, die Mehrzahl der Mitgliedstaaten, Rechtskreise, Rechtsfamilien oder ähnliche Maßstäbe anzuwenden.[424] Offen bleibt dann allerdings, ob und wie der Maßstab im Einzelfall verschoben werden muss, etwa weil einige Rechtsordnungen über Sonderwissen verfügen. Mayer schlägt insoweit vor, sich materiell an „der Verfassungsordnung“ zu orientieren, „[…] in der Inhalt und Grenzen des fraglichen Rechts am deutlichsten definiert, die positiven Normierungen und ihre

---

422 Vgl. Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229 Rn. 95, die jedoch von einer „Minderheit der nationalen Rechtsordnungen“ spricht; wieder wird es zudem auf den Einzelfall ankommen. Es ist durchaus vorstellbar, dass sich die „geeignetste Lösung für die europäische Ebene“ (vgl. *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 67) nur in einer Rechtsordnung wiederfindet. Dies betrifft aber nicht die Wahl der zu untersuchenden Rechtsordnungen, sondern die Frage, wann sich aus den untersuchten Rechtsordnungen eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung ergibt.

423 *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 336.

424 Vgl. oben unter § 1 C. II.; eine solche Einschränkung beschränkt aber nicht nur die Länderauswahl, sondern auch die Verallgemeinerungsfähigkeit des Ergebnisses. Dies wird leicht ersichtlich, wenn man bedenkt, dass etwa zum deutschen Rechtskreis Länder wie Tschechien, Slowenien, Griechenland, die Türkei, Estland, Lettland, die Ukraine oder Russland zählen, die kaum abstrakt in einer Rechtsordnung zusammengefasst werden können.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Handhabung am weitesten entwickelt sind"[425]. Hiergegen spricht aber, dass erst nach der Analyse aller Rechtsordnungen feststellbar ist, welche Rechtsordnungen am deutlichsten oder weitesten entwickelt sind, wollte man nicht generell-abstrakt eine nationalen Rechtsordnung über die andere stellen. Dies verkennt jedoch nach hier vertretender Ansicht den Telos der wertenden Rechtsvergleichung, die alle Rechtsordnungen gleichberechtigt berücksichtigt wissen will. Dessen ungeachtet lässt Mayer den Inhalt dieser normativen Kriterien unsubstantiiert. Insgesamt bleibt der Ansatz damit vage.

c) Rechtsprechungspraxis des EuGH – Einbeziehung aller Mitgliedstaaten

Für die Notwendigkeit der Einbeziehung der Rechtsordnungen *aller* Mitgliedstaaten zur Genese einer gemeinsamen Tradition spricht die Rechtsprechungspraxis des EuGH.

aa) Urteil *Algera* v. 10.7.1957

Das *Algera*-Urteil ist die erste ersichtliche Entscheidung, in der der EuGH eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitgliedstaaten zur richterlichen Rechtsfortbildung vornimmt.[426] Die Entscheidung betraf die rechtsstaatliche Legitimierung der Aufhebung unionaler Verwaltungsakte durch Widerruf oder Rücknahme, die im damaligen Unionsrecht nicht vorgesehen waren. Zur Schließung dieser Regelungslücke – und um sich nicht dem „Vorwurf der Rechtsverweigerung" auszusetzen – wendete sich der EuGH ratsuchend an die nationalen Verwaltungsrechte der Mitgliedstaaten als das relevante Regelungsregime.

Dabei sei der EuGH „verpflichtet",

> „[d]iese Frage von sich aus unter Berücksichtigung der in Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung der Mitgliedstaaten anerkannten Regeln zu entscheiden."[427]

Im Ergebnis konstatiert er, dass die sechs damaligen Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) den Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsakts nur vorsehen, wenn dieser rechtswidrig ist.[428] Die faktisch durchgeführte rechtsvergleichende Darstellung führt nach dem EuGH

---

425 *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Nach Art. 6 EUV, Rn. 22.

426 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u.a. – Rs. C-7/56 u.a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 118 ff.

427 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u.a. – Rs. C-7/56 u.a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 118.

428 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u.a. – Rs. C-7/56 u.a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 118.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zu dem Ergebnis, dass „[d]er Widerruf eines infolge Rechtswidrigkeit fehlerhaften Verwaltungsaktes […] somit in allen Mitgliedstaaten zulässig“ ist.[429]

Der Anspruch und die Wirklichkeit hinsichtlich einer vertieften rechtsvergleichenden Untersuchung gehen hierbei jedoch weit auseinander. Der EuGH nimmt keine materiell gleichwertige Einbeziehung der Verfassungstraditionen aller Mitgliedstaaten vor. Zwar werden in *Algera* alle sechs der damals bestehenden Rechtsordnungen angesprochen; eine vertiefte Auseinandersetzung findet jedoch nur mit der Rechtslage in Frankreich, Deutschland und Italien statt.[430] Die anderen Rechtsordnungen werden bereits systematisch als Unterpunkt des französischen Rechts und materiell lediglich äußerst vage dargestellt. Für das belgische, luxemburgische und niederländische Recht konstatiert der EuGH lediglich, dort „scheinen bis auf gewisse abweichende Einzelheiten, entsprechende Regeln zu gelten“[431]. Dass dies so „scheint“ und nicht so „ist“, lässt vermuten, dass eine eingehende Auseinandersetzung ausschließlich mit den „großen“ Rechtsordnungen stattgefunden hat, ohne, dass der Grund hierfür ersichtlich wäre. Zwar ließe sich die Reduktion der Betrachtung auf die „Mutterrechtsordnungen“ als zulässige Methode der allgemeinen Rechtsvergleichung verstehen; die Betrachtung *aller* Mitgliedstaaten als Kriterium zur Entstehung einer gemeinsamen Verfassungstradition wird dann allerdings bereits bei ihrer Entstehung konterkariert.

„Geheilt“ wird diese ernüchternde erste wertende Rechtsvergleichung auch nicht durch die Darstellung des GA Lagrange, der lediglich punktuell rechtsvergleichend und nur auf das französische Recht, auf das die Kläger sich unmittelbar berufen wollen, und das deutsche Recht eingeht.[432] Dennoch kommt er zu dem Ergebnis, dass „unter den sechs Ländern der Gemeinschaft“ nur in Frankreich eine für die Kläger günstige Rechtslage zu bestehen „scheint“.[433]

---

429 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 119.

430 So sei in Frankreich etwa der Widerruf fristgebunden, während das deutsche Recht – im Gegensatz hierzu – grundsätzlich keine Präklusionsfrist für den Widerruf kenne, der Geltendmachung jedoch der Grundsatz von Treu und Glaube entgegenstehen könne. Das italienische und „eindeutigste“ Recht in diesem Zusammenhang sehe dagegen überhaupt keine Frist vor und lasse den Widerruf jederzeit zu, wobei – unter Bezug auf „die Lehre und Rechtsprechung“ – die Grenze im pflichtgemäß auszuübenden Ermessen der Widerrufsbehörde liege; EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 118 f.

431 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 119.

432 Schlussanträge GA Lagrange – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:6, S. 162 f.

433 Schlussanträge GA Lagrange – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:6, S. 163.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Urteil *Nold* v. 14.5.1974

Auch in der 17 Jahre später ergangenen Entscheidung *Nold* zieht der EuGH zur Gewährleistung der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten heran.[434] Die Entscheidung betraf die Ausweitung des bestehenden Eigentumsschutzes sowie die Berufsausübungsfreiheit und damit die Auslegung der Grundrechte als Normzweck der Anwendung der wertenden Rechtsvergleichung. Die Klägerin – die Nold KG als Kohlen- und Baustoffgroßhandlung – machte eine Grundrechtsverletzung durch eine von der Kommission genehmigte neue Handelsregelung für die Ruhrkohle AG geltend, durch die neue Mindestbezugsmengen an Kohlelieferungen festgesetzt wurden, um in den Genuss einer Direktbelieferung durch den Erzeuger zu gelangen.[435] Die Klägerin, die die Mindestbezugsmenge nicht erfüllte, wurde daraufhin vom jahrelang bestehenden Direktbezug ausgeschlossen und rügte im Wege der Nichtigkeitsklage einen Verstoß gegen das Eigentumsrecht und das Recht auf freie Berufsausübung.[436] Der EuGH stellte zunächst fest,

> „[…] dass die Verfassungsordnung *aller* [Hervorhebung durch den Verf.] Mitgliedstaaten das Eigentum schützt und in ähnlicher Weise die Freiheit der Arbeit, des Handels und anderer Berufstätigkeiten gewährleistet.“[437]

Diese Rechte genössen jedoch keinen uneingeschränkten Vorrang, sondern müssten in Hinblick auf ihre soziale Funktion betrachtet werden, was dazu führe, dass die Rechte im nationalen Recht *in der Regel* nur unter dem Vorbehalt des öffentlichen Interesses eingeschränkt gewährt würden.[438] Diese Auszüge, die als Beweise für die Rechtssituation in allen Mitgliedstaaten gelten sollen, werden mit keiner Silbe durch Ausführungen zur Rechtslage auch nur eines Mitgliedstaats belegt, geschweige denn argumentativ durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literaturnachweise konkretisiert. Obschon die nicht näher konkretisierten Einschränkungen nur „in der Regel“ vorgenommen werden, leitet der EuGH hiervon für die Gemeinschaftsrechtsordnung ab, dass es berechtigt erscheint:

> „[…] für diese Rechte bestimmte Begrenzungen vorzubehalten, die durch die dem allgemeinen Wohl dienenden Ziele der Gemeinschaft gerechtfertigt sind, solange die Rechte nicht in ihrem Wesen angetastet werden.“[439]

---

[434] EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 13.
[435] EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 7.
[436] EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 8, 12.
[437] EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 14.
[438] EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 14.
[439] EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 14.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Schutz des Unternehmens könne daher „keinesfalls auf blosse kaufmännische Interessen oder Aussichten ausgedehnt werden“[440]. Rechtsvergleichende Überlegungen finden sich auch nicht in den Ausführungen von Generalanwalt Trabucchi. Zwar geht er darauf ein, dass sich die Klägerin auf Art. 14 des deutschen Grundgesetzes beruft, und meint, vor diesen Grundsätzen müsse die Tätigkeit der Gemeinschaftsorgane respektvoll innehalten und die Aufgabe des Gerichtshofs sei es, deren volle Anwendung zu sichern.[441] Eine Auseinandersetzung mit anderen Rechtsordnungen erschien wohl vor dem Hintergrund obsolet, dass die Klägerin ein absolutes unionsrechtliches Bestandsschutzrecht zu generieren versuchte und damit ein Eigentumsrecht unterstellte, dessen unbedingter Schutz offensichtlich „in der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht vorgesehen ist, sicherlich aber ebenso wenig in den nationalen Rechtsordnungen“[442]. Eine vertiefte wertende Rechtsvergleichung erschien vor dem Hintergrund eines derart überspannten Eigentumsverständnisses obsolet. In jedem Fall fand keine rechtsvergleichende Prüfung aller Mitgliedstaaten statt.

cc) Urteil *Hauer* v. 13.12.1979

Die Entscheidung *Hauer* betraf erneut die Frage der Einschränkbarkeit des Eigentumsrechts und der Berufsfreiheit. Die Klägerin Liselotte Hauer wehrte sich im Wege der Vorabentscheidung gegen die Ablehnung einer Genehmigung zur Anpflanzung von Weinreben in Bad Dürkheim durch die zuständige Verwaltungsbehörde des Landes Reinland-Pfalz, die auf die VO Nr. 1162/76 verwies, die jede Neuanpflanzung von Weinreben für einen Zeitraum von drei Jahren untersagte.[443] In der Entscheidungsbegründung konstatiert der EuGH – ohne rechtsvergleichende Ausführungen irgendwelcher Art – zunächst:

> „Das Eigentumsrecht wird in der Gemeinschaftsrechtsordnung gemäß den gemeinsamen Verfassungskonzeptionen der Mitgliedstaaten gewährleistet, die sich auch im Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention widerspiegeln.“[444]

Sodann leitet er aus Art. 1 dieses Zusatzprotokolls die Differenzierung zwischen der Eigentumsentziehung und -beeinträchtigung sowie die divergierenden Eingriffs- und Legitimationsanforderungen her, wobei er das Weinrebenneuanpflanzungsverbot nicht als Entziehung des Eigentums, sondern als des-

---

440 EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 14.

441 Schlussanträge GA Trabucchi v. 28.03.1974 – Nold – Rs. 4/73, ECLI:EU:C:1974:27, S. 514.

442 Schlussanträge GA Trabucchi v. 28.03.1974 – Nold – Rs. 4/73, ECLI:EU:C:1974:27, S. 515.

443 EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 2.

444 EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sen Beeinträchtigung einordnet.[445] Diese sei allerdings selbst auf das zum „Schutz des im Allgemeininteresse erforderlichen gehaltenen Maß“ beschränkt.[446] Die konkrete Ausgestaltung der Schranken-Schranke, mithin des zulässigen Einschränkungsumfangs des Eigentumsrechts, lasse sich jedoch weder Art. 1 des Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention noch dem Unionsrecht hinreichend präzise entnehmen.[447] Zur Schließung dieser Regelungslücke im fragmentarischen unionalen Grundrechtsschutz müssten daher auch die Hinweise beachtet werden, die „den Verfassungsnormen und der Verfassungspraxis *der neun* Mitgliedstaaten zu entnehmen sind“.[448] Der EuGH zieht sodann rechtsvergleichend allein Art. 14 Abs. 2 S. 1 und S. 2 des deutschen Grundgesetzes, Art. 42 Abs. 2 der italienischen Verfassung sowie Art. 43.2.1 der irischen Verfassung heran, um auf dieser Grundlage Folgendes festzustellen:

> „In sämtlichen Mitgliedstaaten haben zahlreiche Gesetzgebungsakte dieser sozialen Funktion des Eigentumsrechts konkreten Ausdruck verliehen. So gibt es in allen Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Land- und Forstwirtschaft, des Wasserrechts, des Umweltschutzes, der Raumordnung und des Städtebaus, die die Benutzung des Grundeigentums – zuweilen erheblich – einschränken.“[449]

Auf die anderen sechs Mitgliedstaaten geht der EuGH ebenso wenig ein wie auf Rechtsprechung und Literatur der nationalen Rechtsordnungen, sodass – zumal in Ermangelung von Nachweisen – offen bleibt, wie er zu dieser Überzeugung gelangt. Immerhin erweitert Generalanwalt Capotorti die Betrachtung in seiner „kurzen Analyse“ auf die Art. 17 der französischen Menschen- und Bürgerrechtserklärung, Art. 11 der belgischen, Art. 16 der luxemburgischen, Art. 165 der niederländischen sowie Art. 73 der dänischen Verfassung, ohne dabei weitergehende Feststellungen zu generieren.[450] Ohne weiteren Beleg behauptet er, dass in „sämtlichen Mitgliedstaaten […] zahlreiche Gesetzgebungsakte“ eine Sozialfunktion des Eigentums vorsähen und alle Mitgliedstaaten das Eigentumsrecht teilweise erheblich einschränkten.[451] Das 1973 der EU beigetretene Vereinigte Königreich wie auch die 1974 bzw. 1975

---

445 EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 19.

446 EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 19.

447 Nach Art. 1 des ZP hat jede natürliche oder juristische Person ein Recht auf Achtung ihres Eigentums, vgl. EuGH a. a. O., Rn. 17 f.

448 Hervorhebung durch den Verfasser, EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 20.

449 EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 20.

450 Schlussanträge GA Capotorti v. 8.11.1979 – Hauer – ECLI:EU:C:1979:254, S. 3760. Damit fehlen Ausführungen zur Rechtsordnung im Vereinigten Königreich, das der EWG am 1.1.1973 beitrat.

451 EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 20.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

beigetretenen Länder Griechenland, Portugal und das Königreich Spanien werden sowohl vom EuGH als auch vom Generalanwalt unterschlagen.

Eine Besonderheit der Entscheidung *Hauer* – die wie dargestellt das Weinneupflanzungsverbot betraf – ist jedoch, dass der EuGH auf die Rechtsvorschriften „der Weinbauländer der Gemeinschaft" als Basis der gemeinsamen Verfassungskonzeptionen abstellt.[452] Zwar fehlen auch insoweit rechtsvergleichende Ausführungen, Maßstäbe oder Nachweise, es wird jedoch Folgendes festgestellt:

> „Insbesondere bestehen in allen Weinbauländern der Gemeinschaft zwar unterschiedlich strenge, aber zwingende Rechtsvorschriften in bezug auf die Anpflanzung von Weinreben, die Auswahl der Rebsorten und die Anbaumethoden. In keinem der betreffenden Länder werden diese Vorschriften grundsätzlich als unvereinbar mit der Wahrung des Eigentumsrechts betrachtet."[453]

Dies impliziert die – bereits in *Algera* angedeutete – Möglichkeit, auf eine umfassende Rechtsvergleichung aller Mitgliedstaaten zugunsten einer fokussierenden Analyse von „Expertenrechtsordnungen" mit dem die Rechtsfrage betreffenden Sonderwissen zu verzichten.[454] Auch GA Roemer plädierte für „eine Orientierung an der überlegensten nationalen Regelung"[455]. Nach GA Warner liegt eine überlegene nationale Rechtsordnung dann vor, wenn diese bei der Ausgestaltung der konkreten Regelungslücke „besonders eindeutig" oder „am weitesten entwickelt" sei.[456] GA Lagrange will sich an der besten oder fortschrittlichsten Lösung in Hinblick auf die Vertragsziele orientieren.[457] GA Maduro versteht dies dahingehend, dass die für den Kontext und die Er-

---

452 EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 21.

453 EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 21.

454 Dies könnte für eine qualifizierte Betroffenheit als Kriterium der Länderauswahl sprechen, die an die allgemeine Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung und das Konzept der „Mutterrechtsordnung" erinnert (vgl. oben unter § 1 C. II.). Letztlich steht die Konzentration auf diejenigen Rechtsordnungen im Vordergrund, die in besonderer Weise zur Forschungsfrage beitragen können. Für die Untersuchung ist damit bereits hier erkennbar, dass dies für das „Schweigerecht juristischer Personen" nicht weiterführt. Eine „qualifizierte Betroffenheit" für herausgehobene Mitgliedstaaten ist insoweit nicht ersichtlich.

455 Schlussanträge GA Roemer v. 13.07.1971 – Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt – Rs. 5/71, ECLI:EU:C:1971:81, Slg. 1971, 975, 990; *ders.*, v. 18.09.1973 – Werhahn – verb. Rs. 63-69/72, ECLI:EU:C:1973:95, Slg. 1973, 1229. 1258.

456 Schlussanträge GA Warner – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1981:9, S. 1633; EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 119, in Bezug auf das italienische Recht, an dem sich der EuGH letztlich auch hauptsächlich zu orientieren scheint, da er die im französischen Recht vorgesehene Frist unterschlägt.

457 Schlussanträge GA Lagrange v. 4.6.1962 – Hoogovens en Staalfabrieken – Rs. C-14/61, ECLI:C:EU:1962:19, Slg. 1962, 511, 570 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fordernisse der Gemeinschaftsrechtsordnung angemessenste Lösung zu suchen sei.[458] Diese normativen Kriterien verwischen aber die Grenze zwischen der Wahl der Rechtsordnung und der sich anschließenden normativen Bewertung.[459] Dessen ungeachtet existiert für die hier zu untersuchenden strafrechtlichen Verfahrensrechte und das Schweigerecht juristischer Personen keine „Expertenrechtsordnungen". Eine Eingrenzung besteht nur, sofern nicht alle Rechtsordnungen ein Unternehmensstrafverfahrensrecht vorsehen, sodass die Untersuchung analog auf diese Länder beschränkbar erscheint. Zusammenfassend konstatiert der Gerichtshof, es ergebe sich aus dem Gesagten, dass grundsätzlich nicht zu beanstanden sei, dass die Neuanpflanzung von Weinreben:

> „[…] in Anbetracht der gemeinsamen Verfassungskonzeptionen der Mitgliedstaaten und einer ständigen Gesetzgebungspraxis auf den verschiedensten Gebieten […] Einschränkungen unterliegt […]. Hierbei handelt es sich um eine in der Verfassungsordnung sämtlicher Mitgliedstaaten vorkommende und in gleicher oder ähnlicher Form als rechtmäßig anerkannte Art der Einschränkung".[460]

Inhaltlich ist damit jedoch gerade nicht die Schranken-Schranke, sondern lediglich die generelle Einschränkbarkeit des Eigentums durch eine Beeinträchtigung verfassungsvergleichend recherchiert, weshalb auch der EuGH konstatiert, dass mit dieser Feststellung das eigentlich aufgeworfene Problem nicht erschöpfend behandelt worden sei. Es sei folglich zu prüfen:

> „[…] ob die in der umstrittenen Regelung enthaltenen Einschränkungen tatsächlich dem allgemeinen Wohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und ob sie nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff in die Vorrechte des Eigentümers darstellen, der das Eigentumsrecht in seinem Wesensgehalt antastet."[461]

Dies wird jedoch im konkreten Umstand nicht anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen geprüft und verneint.[462] Im Ergebnis hat der EuGH damit ohne Vergleichsnachweise die ohnehin schon aus der EMRK abgeleitete Einschränkbarkeit der Eigentumsfreiheit aufgrund ihrer Sozialbindung „nachgewiesen". Das gesamtbetrachtend damit von einem „außergewöhnlichen, nicht wieder erreichten Niveau der rechtsvergleichenden Analyse der mitgliedstaatlichen Verfassungen" gesprochen wird, ist nicht nachvoll-

---

[458] Vgl. Schlussanträge GA Maduro v. 20.2.2008 – FIAMM – Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:98, Rn. 55, m. w. N.

[459] Welche Lösung „besonders eindeutig" oder besonders „weit entwickelt" ist, lässt sich wohl erst nach einer Betrachtung der Rechtsordnung normativ bewerten und führt daher i. d. R. nicht zu einer Reduktion der zu überprüfenden Länderauswahl.

[460] EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 22.

[461] EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 23.

[462] EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 29, 32.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ziehbar.[463] Die Ausführungen der Generalanwälte in späteren Urteilen übertreffen den EuGH jedenfalls hinsichtlich der Detailliertheit.

dd) Urteil *AM & S* v. 15.5.1982

Die Entwicklung der Rechtsprechungspraxis des EuGH, lediglich die Ergebnisse der rechtsvergleichenden Analyse und auch diese nur behauptend festzustellen, setzt sich in der Entscheidung *AM&S* fort. Diese betraf die Frage sowohl des Umfangs als auch der konkreten Einschränkbarkeit der Vertraulichkeit des Austauschs zwischen Anwalt und Mandant (*legal professional privilege*) im Rahmen kartellrechtlicher Nachprüfungen der Kommission. Die Klägerin hatte sich geweigert, den Inspektoren der Generaldirektion Wettbewerb Unterlagen offenzulegen, weil diese durch das Anwaltsprivileg privilegiert seien. Insoweit stellt der EuGH fest, dass ein solcher Schutz „in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten" im Grundsatz anerkannt wird, „in manchen Mitgliedstaaten" jedoch Einschränkungen hinsichtlich des Geltungsbereiches existieren.[464] Auch sprachlich ist hier nur noch pauschal von „den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten" die Rede, nicht mehr von *allen* Mitgliedstaaten.[465] Welche Mitgliedstaaten der EuGH im Einzelnen betrachtet hat oder auf welchen Teil der Rechtsordnung er sich bezieht, lässt er dabei ebenso unerwähnt wie die dahinterstehenden Ansichten von Literatur und Rechtsprechung.[466] Dass sich der EuGH für diese Erkenntnis tatsächlich mit den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten vertieft auseinandergesetzt hat, ist somit nicht verifizierbar. Gleiches gilt für die aus diesen Rohdaten abgeleitete behauptete normative Verfassungsüberlieferung.

Weitaus brauchbarere Ausführungen machen die Generalanwälte. So führt Generalanwalt Warner entsprechende rechtsvergleichende Betrachtungen jedenfalls für das englische und französische Recht durch.[467] Auch er konstatiert: „[a]uf das Recht der anderen Länder der Gemeinschaft wurde in der

---

463 *Huber*, EuR 2022, S. 145-165, S. 147 ff.

464 EuGH, U. v. 15.5.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 19 f.

465 Soweit der EuGH U. v. 15.5.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 26, auf „alle Mitgliedstaaten" verweist, bezieht sich dies nicht auf die Verfassungstraditionen, sondern auf die gegenseitige Anerkennung innerstaatlicher Rechtsbegriffe.

466 Dies liegt möglicherweise daran, dass sowohl die Klägerin also auch die Streithelfer dieses Ergebnis einräumen.

467 Schlussanträge GA Warner v. 20.1.1981 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1981:9, S. 1621, 1632 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mündlichen Verhandlung nur wesentlich oberflächlicher eingegangen."[468] Bei der Darstellung der Rechtslage geht es ihm allerdings weniger um die generelle Existenz des „legal professional privilege" als dessen konkreten Anwendungsumfang. Für das belgische und französische Recht stellt Warner fest, dass die „Belegstellen über gesetzliche Durchsuchungsbefugnisse meistens die Verpflichtungen des juge j'instruction bei der Durchführung strafprozessualer Voruntersuchungen [betreffen, Einfg. d. Verf.]".[469] Konsequenterweise folgen keine verfassungsrechtlichen, sondern konkret einfachgesetzliche Ausführungen, insbesondere zum englischen Recht, dessen Darstellung Warner unter anderem damit begründet, dass dieses in Bezug auf die konkret zu untersuchende Rechtsfrage am weitesten entwickelt sei.[470] Von einer systematischen Betrachtung der Rechtsordnung aller Mitgliedstaaten kann daher auch bei Warner keine Rede sein.

Eine diesen Anforderungen genügende Rechtsvergleichung nimmt erstmalig Generalanwalt Slynn vor.[471] Er analysiert vertieft alle damaligen zehn Mitgliedstaaten und bezieht dabei teilweise sowohl die Literatur als auch die nationale Rechtsprechung mit ein.[472] Seine Überlegungen umfassen sogar die praktische verfahrensrechtliche Umsetzung und die Frage eines möglichen Beweisverwertungsverbots. Seiner Auffassung nach muss daher die Frage nach der Entscheidung über ein dem Anwaltsprivileg umfasstes Schriftstück durch ein unabhängiges Gericht entschieden werden und darf nicht den Inspektoren der Generaldirektion Wettbewerb obliegen.[473]

Die ausführlichen Darstellungen der Generalanwälte über die Rechtslage in den Mitgliedstaaten relativiert damit die im Ergebnis rein behauptenden Feststellungen des EuGH. Es verwundert allein, dass er nicht ausdrücklich auf die Ausführungen des GA Slynn verweist, sondern sich die vollumfängliche Rechtsvergleichung aller Mitgliedstaaten durch die Generalanwälte stillschweigend zu eigen macht.

---

468 Schlussanträge GA Warner v. 20.1.1981 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1981:9, S. 1636.

469 Schlussanträge GA Warner v. 20.1.1981 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1981:9, S. 1635.

470 Schlussanträge GA Warner v. 20.1.1981 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1981:9, S. 1633.

471 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1651.

472 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1651 ff., etwa für das belgische, deutsche, französische, italienische und niederländische Recht.

473 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1662.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ee) Urteil *Hoechst* v. 21.9.1989

Ähnlich verläuft das Vorgehen auch in der acht Jahre später ergangenen Entscheidung Hoechst. Diese betraf erneut die Rechtmäßigkeit einer kartellrechtlichen Nachprüfung gemäß Art. 14 Abs. 3 VO 17/62 der Kommission, die die Klägerin u. a. für mit gemeinschaftsrechtlich anerkannten Grundrechten unvereinbar hielt und daher deren Duldung verweigerte.[474] Der EuGH leitete zunächst die Geltung der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts her, die er im Einklang mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zu wahren hatte.[475] Die Argumentation der Klägerin, aus dem Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung seien Rechte für das Unternehmen im kartellrechtlichen Ermittlungsverfahren abzuleiten, lässt der EuGH nicht zu.[476] Zwar sei ein solches Recht in der Gemeinschaftsrechtsordnung als ein dem Recht der Mitgliedstaaten gemeinsamer Grundsatz für die Privatwohnung natürlicher Personen anzuerkennen, dies gelte aber nicht für Unternehmen,

> „[…] da die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf Art und Umfang des Schutzes von Geschäftsräumen gegen behördliche Eingriffe nicht unerhebliche Unterschiede aufweisen."[477]

In Ermangelung faktisch rechtsvergleichender Ausführungen im Urteil bleibt zunächst unklar, wie der EuGH zu dieser Feststellung gelangt. Dies gilt auch für die sich anschließende Erkenntnis, dass indessen:

> „in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre einer privaten Betätigung jeder – natürlichen oder juristischen – Person einer Rechtsgrundlage [bedürfen] und […]aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein[müssen]; diese Rechtsordnungen sehen daher, wenn auch in unterschiedlicher Ausgestaltung, einen Schutz gegen willkürliche oder unverhältnismäßige Eingriffe vor."[478]

---

474 Vgl. EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 3 u. 10.

475 EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 13.

476 EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 17.

477 EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 17; etwas anderes ergibt sich für den EuGH auch nicht aus Art. 8 Abs. 1 der EMRK, da dessen Schutzbereich sich nicht auf Geschäftsräume erstrecke, vgl. EuGH, a. a. O., Rn. 18.

478 EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 19.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Festzustellen bleibt, dass der EuGH sich beide Male auf „alle Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten“ bezieht, auch wenn faktisch nicht überprüfbar ist, ob eine solche Auseinandersetzung tatsächlich erfolgt.

Es ist jedoch Generalanwalt Mischo, der eine dem Namen „wertende Rechtsvergleichung“ gerecht werdende vergleichende Darstellung der (Verfassungs-)Rechtstraditionen *aller* damaligen Mitgliedstaaten vornimmt.[479] Inhaltlicher Anknüpfungspunkt seiner Betrachtung sind die Verfassungen der Mitgliedstaaten, die er in Hinblick auf das Grundrecht der „Unverletzlichkeit der Wohnung“ für natürliche Personen untersucht. Präzisierend nimmt er Bezug auf die Literatur[480] und die Rechtsprechung – etwa des Bundesverfassungsgerichts.[481] Auf dieser Grundlage prüft er die Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf juristische Personen – für das deutsche Recht – nach Art. 19 Abs. 3 GG, wobei er dabei konkret das GWB und die einfachgesetzliche Ausgestaltung des nationalen Nachprüfungsrechts im Wettbewerbsrecht heranzieht.[482]

Als Ergebnis dieses ausführlichen Rechtsvergleichs stellt GA Mischo trotz des Abweichlers Niederlande und einer entgegenstehenden Kommentarfundstelle eine „allgemeine Tendenz zugunsten einer Gleichstellung“ und Übertragbarkeit des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung auf juristische Personen in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten fest.[483] Er schlägt daher vor,

> „ausdrücklich die Existenz eines gemeinschaftsrechtlichen Grundrechts der Unverletzlichkeit von Geschäftsräumen anzuerkennen.“[484]

Vor diesem Hintergrund bleibt erklärungsbedürftig, wie der EuGH ohne eigene wertende Rechtsvergleichung zum gegenteiligen Ergebnis gelangen will.[485] Aufgrund der divergierenden Schutzintensität der nationalen Rechtsordnungen und Verfassungsgarantien der Mitgliedstaaten kommt allerdings

---

[479] Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Portugal, Spanien, Vereinigtes Königreich; Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 49 ff.

[480] Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 102.

[481] Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 57.

[482] Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 57.

[483] Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 103.

[484] Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 103.

[485] Vgl. schon oben EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auch der Generalanwalt bei der konkreten Ausgestaltung des Rechts zu dem Ergebnis, dass diesbezüglich keine gemeinsame Verfassungstradition für das Unionsrecht abgeleitet werden könne.[486] Zu unterschiedlich seien die Anforderungen an eine vorherige richterliche Genehmigung je nach Betretungs- oder Durchsuchungsinteresse der Ermittlungsbehörde.[487]

Im Ergebnis wird die fehlende Rechtsvergleichung des Gerichtshofs durch die detaillierten Ausführungen des Generalanwalts kompensiert. Dies kann jedoch nur dann überzeugen, wenn der EuGH ohne eigene Ausführungen zum identischen Ergebnis kommt. Dass der Generalanwalt alle zwölf damaligen Mitgliedstaaten untersucht, spricht jedenfalls dafür, dass sich eine gemeinsame (Verfassungs-)Rechtstradition nur aus einer Betrachtung *aller* Mitgliedstaaten ergeben kann.

ff) Urteil *Orkem* v. 18.10.1989

Im zeitlich kurz darauffolgenden *Orkem*-Urteil rügte die Klägerin den Umfang des Auskunftsverlangens der Generaldirektion Wettbewerb nach Art. 11 der Verordnung 17/62 im Kartellermittlungsverfahren. Die Klägerin machte geltend, die Kommission habe sie mit dem förmlichen Auskunftsverlangen dazu gezwungen, sich durch das Eingeständnis der Zuwiderhandlung gegen Wettbewerbsregeln selbst beschuldigt zu haben.[488] Damit habe die Kommission gegen den allgemeinen Grundsatz des Aussageverweigerungsrechts verstoßen, der u. a. in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten anerkannt sei und es verbiete, als Zeuge gegen sich selbst aussagen zu müssen.[489] In seiner Entscheidung konstatiert der EuGH zwar, dass „die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten“ ein Recht zur Verweigerung der Zeugenaussage gegen sich selbst“ gegenüber natürlichen Personen zustünden, die „im Rahmen eines Strafverfahrens einer Straftat beschuldigt“ seien.[490] Hieraus will der EuGH – ohne weitere Ausführungen – schlussfolgern:

> „Die vergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen rechtfertigt somit nicht den Schluß, daß ein solcher dem Recht der Mitgliedstaaten gemeinsamer Grundsatz zugunsten juristischer Personen und in bezug auf Zuwiderhandlungen

[486] Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 106; er sieht daher letztlich den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Wohnung im Anwendungsbereich von Geschäftsräumen nicht durch die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission betroffen, a. a. O., Rn. 116.

[487] Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 107 ff.

[488] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 18.

[489] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 18.

[490] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 29.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wirtschaftlicher Art, insbesondere auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, bestünde."[491]

Wie üblich bleibt die faktisch wertende Rechtsvergleichung dem Generalanwalt überlassen.[492] GA Darmon betrachtet alle zwölf damaligen Rechtsordnungen.[493] Dabei knüpft er im Ausganspunkt an den Verfassungen der Mitgliedstaaten an, präzisiert diese jedoch schnell auf die Strafprozessrechte gegenüber natürlichen Personen aber auch für das Wettbewerbsrecht.[494]

gg) Urteil *Akzo Nobel* v. 14.9.2010

Die bislang letzte intensivere Auseinandersetzung mit den gemeinsamen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten findet sich in der Entscheidung Akzo Nobel.[495] Diese betraf die präzisierende Auslegung des Schutzumfangs des grundsätzlich geschützten Schriftverkehrs zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Rahmen kartellrechtlicher Nachprüfungen gemäß Art. 14 Abs. 3 VO 17/62.[496] Das Urteil knüpft damit an der bereits dargestellten Entscheidung *AM&S* an.[497] Die Inspektoren der Generaldirektion Wettbewerb erstellten Kopien von – nach dem Dafürhalten der Klägerin – dem Rechtsanwaltsgeheimnis unterliegenden Unterlagen, die diese zu den Akten nahm, ohne die Unterlagen zu versiegeln und getrennt aufzubewahren. In der Entscheidung handelte es sich jedoch um einen unselbstständigen Syndikusanwalt[498], sodass fraglich war, ob die Grundsätze des Anwaltsprivilegs auf den Syndikusanwalt übertragbar waren.[499]

---

491 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 29.

492 Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 98 ff.

493 Spanien, Deutschland, Vereinigtes Königreich, Irland, Niederlande, Dänemark, Belgien, Luxemburg, Portugal, Griechenland, Italien und Frankreich.

494 Teilweise (für Spanien) bezieht er auch nationale Urteile mit ein, Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 99 ff.

495 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 42; vgl. für einen Überblick auch *Frese*, ECLR 2011, S. 1, S. 1 ff.

496 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 14.

497 Vgl. oben unter dd).

498 Ein Syndikus ist ein unselbstständiger Rechtsbeistand, der in einem Arbeitsverhältnis zu seinem Mandanten (etwa einem Unternehmen) steht und im Rahmen des Arbeitsverhältnisses für seinen Arbeitgeber anwaltlich tätig ist, vgl. § 46 Abs. 2 BRAO.

499 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 32 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der EuGH rekurriert zur Beantwortung der Rechtsfrage zunächst chronologisch auf die bereits im Urteil *AM&S* durchgeführte wertende Rechtsvergleichung der gemeinsamen Grundsätze der Rechtordnungen der Mitgliedstaaten.[500] Unausgesprochen bleibt insoweit, dass der EuGH die faktische Rechtsvergleichung nicht selbst vornimmt, sondern GA Slynn überlässt.[501] Danach sei jedenfalls die Wahrung der Vertraulichkeit bestimmter Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant als gemeinsame Verfassungskonzeption der Mitgliedstaaten anerkannt und vom Gerichthof hinreichend zu berücksichtigen.[502] Sodann bezieht der EuGH die „rechtsvergleichende Prüfung" der Vorinstanz mit ein.[503] Das EuG führt jedoch aus, was „eine rechtsvergleichende Prüfung zeigt", ohne eine entsprechende Prüfung durchzuführen.[504] Dennoch würde „noch immer eine große Zahl von Mitgliedstaaten" unternehmensangehörige Juristen vom Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant ausschließen. In „manchen Mitgliedstaaten" sei die Rechtslage jedoch ungeklärt und „in vielen Mitgliedstaaten" seien Syndikusanwälte nicht als Rechtsanwälte zugelassen.[505] Auch die Klägerin habe eingeräumt, keine Tendenz hin zu einer Gleichstellung von Syndikus- und selbstständigen Rechtsanwälten konstatieren zu können.[506] Der EuGH schlussfolgert aus diesen Ausführungen, dass:

> „in Bezug auf die Rechtsordnungen der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union keine überwiegende Tendenz zugunsten eines Schutzes der Vertraulichkeit der unternehmens- oder konzerninternen Kommunikation mit Syndikusanwälten festgestellt werden [kann, Einfg. d. Verf.]."[507]

Diese Rechtslage habe sich auch in den Jahren seit der Verkündung des *AM&S*-Urteils „nicht in einem Maße entwickelt, das es rechtfertigen würde,

---

500 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 69.

501 Vgl. oben unter dd).

502 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 69 f.

503 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 71.

504 EuG, U. v. 17.9.2007 – Akzo Nobel u. a. – Rs. T-125/03 u. a., ECLI:EU:T:2007:287, Rn. 171.

505 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 72, der sich die Ausführungen des EuG, U. v. 17.9.2007 – Akzo Nobel u. a. – Rs. T-125/03 u. a., ECLI:EU:T:2007:287, Rn. 171 zu Eigen macht.

506 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 73.

507 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 74.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung zu rechtfertigen".[508] Wie der Gerichtshof zu dieser Erkenntnis gelangt, bleibt dem Rechtsanwender verborgen. Dennoch bezieht er sich nach wie vor auf die Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten. Diesbezüglich faktisch rechtsvergleichende Ausführungen nimmt hingegen nur GAin Kokott in den Schlussanträgen vor, die sich quantitativ und qualitativ erheblich von den Darstellungen der Generalanwälte Mischo und Slynn unterscheiden.[509] Sie stellt zunächst fest, dass dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses per se im Unionsrecht der Rang eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes mit Grundrechtscharakter zukommt, das in allen 27 Mitgliedstaaten der EU anerkannt sei.[510] Dass „von den 27 Mitgliedstaaten" eine „beträchtliche Anzahl" die Zulassung von Unternehmensjuristen als Rechtsanwälte verbiete, wird nicht weiter erläutert.[511] In „den allermeisten Ländern" folge hieraus die Schutzreduktion der Mandantenkommunikation des Syndikusanwalts.[512] Lediglich in den Fußnoten werden die Länder aufgelistet, bei denen dies der Fall sein soll, ohne dass dies durch ein Aufzeigen von (Verfassungs-)Rechtsnormen geschweige denn Literatur- oder Rechtsprechungszitate verifiziert würde.[513] In einigen Rechtsordnungen sei die Rechtslage derzeit „höchst unklar".[514] Andere Länder entwickelten keine eigene Regelung, sondern orientierten sich am Unionsrecht.[515] Inhaltlich entsprechend werde das Anwaltsgeheimnis vollständig für Unternehmensjuristen nur in einer „kleinen Minderheit" der 27 Mit-

---

508 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 75.

509 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 101.

510 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 47.

511 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 101.

512 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 101.

513 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 101, Fn. 83, unter Verweis auf „Bulgarien, die Tschechische Republik, Estland, Griechenland, Frankreich, Italien, Zypern, Luxemburg, Ungarn, Österreich, Rumänien, Slowenien, die Slowakische Republik, Finnland, Schweden und Zypern".

514 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 102; darunter sollen „Dänemark, Spanien, Lettland, Litauen, Malta und Rumänien" fallen. Lediglich zur Rechtslage in *Belgien* finden sich Gesetzes- und Literaturausführungen in den Fußnoten.

515 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 102, hierzu sollen *Finnland* und *Slowenien* sowie wohl auch *Belgien* zählen, obwohl das Land bereits oben eingeordnet wurde.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gliedstaaten gewährt.[516] Damit gewähren 17 Länder keinen gleichen Schutz, in sechs Ländern ist die Rechtslage unklar und sieben Länder gewähren den inhaltsgleichen Schutz, wobei es hinsichtlich von *Griechenland*, *Belgien*, *Finnland* und *Slowenien* nicht zu einer klaren Einordnung und damit zu Diskrepanzen kommt. Inhaltlich bleibt zu konstatieren, dass auch GAin Kokott alle Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten heranzieht, auch wenn sie allein das Ergebnis der Rechtsvergleichung präsentiert. Eine Überprüfung der Richtigkeit kann damit kaum vorgenommen werden.

hh) Urteil *Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach* v. 8.5.2019

In nachfolgenden Urteilen lässt sich der EuGH überhaupt nicht mehr hinsichtlich der Methode der wertenden Rechtsvergleichung ein. Im Urteil *Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach* weist er lediglich darauf hin, dass:

> „der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung, wie er sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt, als allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen werden kann, der Teil der Unionsrechtsordnung ist.“[517]

Die rechtsvergleichende Prüfung von Ausnahmen des steuerlichen Legalitätsprinzips aufgrund allgemeiner Grundsätze und Grundrechte anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten übernimmt GAin Sharpston in den Schlussanträgen.[518] Ein Konzept lässt sich dabei aber nur schwer ausmachen. Zwar sei das steuerliche Legalitätsprinzip „wohl in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten anerkannt“, in „einigen Mitgliedstaaten“ handele es sich um eine „weit zurückreichende Verfassungstradition“.[519] Für Ersteres wird in den Fußnoten sodann aber nur beispielhaft auf das *Vereinigte Königreich*, *Frankreich* und *Polen* verwiesen, für Letzteres auf *Österreich* und *Deutschland*.[520] Dafür, dass das Prinzip „allgemein in den Verfassungen der Mitgliedstaaten“ verankert sei, verweist die Generalanwältin „wohl“ auf

---

[516] Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 103, hierzu soll der angelsächsische Rechtsraum, mithin das *Vereinigte Königreich* und *Irland*, aber auch *Zypern*, *die Niederlande*, *Griechenland*, *Portugal und Polen* handeln.

[517] EuGH, U. v. 8.5.2019 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2019:390, Rn. 39.

[518] Schlussanträge GAin Sharpston v. 6.12.2018 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 87 ff.

[519] Schlussanträge GAin Sharpston v. 6.12.2018 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 87.

[520] Schlussanträge GAin Sharpston v. 6.12.2018 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 87, in Fn. 73.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Belgien, *Zypern*, *Estland*, *Finnland*, *Italien*, *Irland*, die *Niederlande*, die *Tschechische Republik*, *Litauen*, *Luxemburg*, *Rumänien*, die *Slowakei* und *Schweden*. In *Frankreich*, *Griechenland*, *Portugal* und *Polen* seien darüber hinaus auch konkrete Anforderungen an den Gesetzgeber vorgegeben.[521] GAin Sharpston untersucht damit „wohl" 17 Rechtsordnungen und lässt zehn Rechtsordnungen im Verfassungsvergleich und im weiteren Verlauf der Schlussanträge sieben Rechtsordnungen – *Dänemark*, *Kroatien*, *Lettland*, *Malta*, *Slowenien*, *Spanien* und *Ungarn* – vollständig außen vor. Sodann erfolgt eine „eingehende Prüfung eines Querschnitts der Gesetze und Rechtsprechung von elf Mitgliedstaaten", ohne dass erkennbar wäre, weshalb eine Fokussierung auf diese Rechtsordnungen erfolgt.[522] Diese ergibt, dass „acht der elf Mitgliedstaaten" einige Elemente als wesentlich ansehen, wobei die Generalanwältin es versäumt, mitzuteilen, welche dies sind und wie sie zu diesem Ergebnis gelangt.[523] Im Anschluss werden – ohne Nachweise – einzelne Länder herausgegriffen, die zusätzliche Elemente verlangen und die „wohl" oder „offenbar" die geltende Rechtslage erläutern. Teilweise – dem Umfang nach eher ausnahmsweise – wird hierfür das einfache Recht (*Vereinigtes Königreich*) oder auch die Rechtsprechungspraxis mit zwei Urteilen (*Vereinigtes Königreich*, *Tschechien*) einbezogen.[524] Auf dieser Grundlage kommt die Generalanwältin sodann zu ihrem Ergebnis über die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen. Eine systematische Analyse aller Rechtsordnungen, deren Rechtsprechung und Literatur findet nicht statt.

ii) Urteil *Euro Box Promotion* v. 21.12.2021

Der EuGH verweist heute nur noch vereinzelt und auch ohne eigene bzw. generalanwaltliche Rechtsvergleichung auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zur Begründung allgemeiner Rechtsgrundsätze im fragmentarischen Grundrechtsschutz.[525] Huber unterstellt ob

[521] Schlussanträge GAin Sharpston v. 6.12.2018 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 88, Fn. 75 bis 79.

[522] Schlussanträge GAin Sharpston v. 6.12.2018 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 89 und Fn. 80: *Bulgarien*, *die Tschechische Republik*, *Estland*, *Frankreich*, *Deutschland*, *Griechenland*, *die Niederlande*, *Polen*, *Portugal*, *Schweden und das Vereinigte Königreich*.

[523] Schlussanträge GAin Sharpston v. 6.12.2018 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 89 und Fn. 81, die zum Nachweis auf die sich aus der EMRK ergebende Rechtslage verweist.

[524] Schlussanträge GAin Sharpston v. 6.12.2018 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 97, 100.

[525] Oft werden die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen dabei aber nur noch rechtshistorisch bedeutsam. In EuGH, U. v. 19.1.2010 – Seda Kücükdeveci – Rs. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 20 ff., wird in Hinblick auf das Verbot der

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der pauschalen Inbezugnahme der Verfassungsüberlieferungen ohne eigene Rechtsvergleichung, dass der Rückgriff auf diese lediglich dazu dient, gegen die Kritik einer weiteren Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta zu immunisieren und zur Erweiterung der Zugriffsmöglichkeiten des Gerichtshofs zu instrumentalisieren.[526] Am konkreten Fall, der den wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz betraf, lässt sich diese Unterstellung jedoch nicht festmachen. Dieser ergab sich allerdings bereits aus Art. 6 und Art. 13 EMRK sowie Art. 47 GRCh, sodass es – aufgrund der fehlenden Regelungslücke – keiner Genese eines solchen Grundsatzes bedurfte. Letztlich lässt sich aus dem Urteil daher nur ablesen, dass die Rechtsvergleichung zur Genese eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes nach Art. 6 Abs. 3 EUV eine Regelungslücke im Bereich der EMRK, der GRCh oder des Primärrechts enthalten muss. Dies wurde bereits oben festgestellt.

2. Zwischenergebnis

Die Genese einer gemeinsamen Verfassungstradition bedarf in quantitativer Hinsicht der wertenden Rechtsvergleichung *aller* Mitgliedstaaten.[527] In der

---

Altersdiskriminierung zwar noch auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten verwiesen (Rn. 20), sodann aber konstatiert, dass eine Diskriminierung wegen des Alters auch nach Art. 21 Abs. 1 GRCh unzulässig sei (Rn. 22); vgl. auch EuGH, U. v. 27.2.2018 – *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* – Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 35, [deutsch:] „Der Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Schutzes der Rechte aus dem Unionsrecht, von dem in Art. 19 Abs. 1 UnterAbs. 2 EUV die Rede ist, ist nämlich ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt; er ist in den Art. 6 und 13 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und nun auch in Art. 47 der Charta verankert."; so auch EuGH, U. v. 2.3.2021 – A.B. u. a. – Rs. C.824/18, ECLI:EU:C:2021:153, Rn. 110, EuGH, U. v. 18.5.2021 – Asociaţia Forumul Judecătorilor din România – Rs. C-83/19, ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 190, sowie EuGH, U. v. 21.12.2021 – Euro Box Promotion u. a., – Rs. C-357/19, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 219; in Hinblick auf den ne bis in idem-Grundsatz, vgl. Rn. 64 f., = „[…] dass es sich bei dem Grundsatz ne bis in idem um einen tragenden Grundsatz des Unionsrechts handelt, der nunmehr in Art. 50 der Charta niedergelegt ist […]. Außerdem ergibt sich dieser Grundsatz, der auch in Art. 54 SDÜ verankert ist, aus den gemeinsamen Verfassungs-überlieferungen der Mitgliedstaaten."

526 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 149.

527 Zu diesem Ergebnis kamen bereits: *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 85, und *Seyr*, Journal für Rechtspolitik 18, 2010, S. 230, S. 238; dies wird auch in den Entscheidungen anderer Generalanwälte praktiziert, die sich nicht ausdrücklich auf die wertende Rechtsvergleichung beziehen, vgl. z. B. Schlussanträge GA Léger v. 10.7.2001 – Hautala – Rs. C-353/99 P, ECLI:EU:C:2001:392, Rn. 113, der alle damals 15 Rechtsordnungen jedenfalls benennt, vgl. auch a. a. O., Rn. 57, bei der er von einer in den meisten Mitgliedstaaten gemeinsamen Anschauung spricht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtsprechungspraxis der Unionsgerichte haben die Generalanwälte trotz der kontinuierlichen Erweiterung der Mitgliedstaaten bislang fast immer alle Rechtsordnungen angesprochen, wenn auch nicht mit gleichbleibender Intensität. Dies spricht dafür, für die gemeinsame Rechtstradition grundsätzlich die wertende Rechtsvergleichung aller Mitgliedstaaten zu verlangen. Einzige Ausnahme bildet das *Hauer*-Urteil. Dies überrascht scheinbar, da die zeitintensive und komplexe Untersuchung von derzeit 27 Mitgliedstaaten die Rechtsvergleichung immer weniger praxistauglich erscheinen lässt und der Effizienzgedanken ein plausibler Rechtfertigungsgrund für eine Reduktion sein könnte.[528] Das *Hauer*-Urteil diente allerdings nicht der pauschalen Reduktion der Vergleichsrechtsordnungen, sondern der Fokussierung auf „Expertenrechtsordnungen" aus tatsächlichen Gründen, wenn und soweit diese über spezifisches Sonderwissen im Bereich der Regelungslücke verfügen.[529] Dass sich die Entscheidung über ein „Weinneupflanzungsverbot" am Bedarf der „Weinanbauländer" orientiert, streitet nicht für eine generelle Reduzierbarkeit, sondern unterstreicht vielmehr die grundsätzliche Notwendigkeit einer vollumfassenden Analyse *aller* Rechtsordnungen. An die Wahl der Rechtsordnungen schließt sich die Erstellung der Länderberichte an.

III. Erstellung der Länderberichte der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen

Zur Erstellung der Länderberichte muss zunächst das *tertium comparationis*, also der rechtliche Vergleichsrechtsausschnitt, abgesteckt werden, der vom Anwendungsziel der wertenden Rechtsvergleichung abhängt. Zu wählen ist derjenige Rechtsausschnitt, der funktional die unionsrechtliche Regelungslücke bestmöglich ausfüllen kann. Der Rechtsausschnitt ist sodann deskriptiv und so neutral wie möglich zu beschreiben. Dabei sind – abhängig vom Anwendungsziel – in größerem oder geringerem Umfang soziale, politische, kulturelle Hintergründe der Rechtsordnungen in ihrer Gesamtheit einzubeziehen.[530]

1. Abstrakt methodische Vorgehensweise im Unionsrecht

Der EuGH stellt in der Urteilsbegründung selten ausdrücklich rechtsvergleichende Überlegungen an und teilt noch seltener sein methodisches Vorgehen bei der Erstellung der Länderberichte mit.[531] Die Rechtsprechungspraxis

---

528 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 145.

529 Vgl. die Ausführungen des EuGH im Urteil *Hauer* oben unter II. 1. c) cc).

530 Vgl. oben unter § 1 C. III.

531 Der Präsident des EuGH *Lenaerts* hat in einem Interview erklärt: „Wenn wir eine verfassungsrechtliche Frage zu entscheiden haben, wie etwa kürzlich in Google Spain oder in Digital Rights Ireland und Seitlinger, dann studieren wir als Richter zu-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hat gezeigt, dass überwiegend die Generalanwälte und die Direktion Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation die rechtsvergleichenden Untersuchungen vornehmen.[532] Lenaerts führt aus:

> „More often, the Court of Justice or the CFI will request their research and documentation service, which is composed of lawyers familiar with the respective national legal systems, to prepare a comparative survey on a particular issue. Such survey normally highlights the recent trends observed in the case law and the writings of academics and other commentators in the different Member States. Even if such research rarely transpires directly in the reasoning set forth in the judgment, it nevertheless backs up the decision taken by the Court."[533]

Deren Ergebnis macht sich der EuGH – stillschweigend – zu eigen und stellt lediglich fest, dass ein Grundrecht „Bestandteil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten" sei.[534] Auch die Generalanwälte oder die Direktion Wissenschaftlicher Dienst haben allerdings keine generell abstrakte Methode zur Erstellung der Länderberichte öffentlich gemacht. GA Mischo spricht kaum präzisierend davon, dass die „derzeit in den nationalen Rechtsordnungen bestehende Lage" geprüft werden müsse.[535]

---

vor ausführlich die verfassungsrechtliche Rechtsprechung aller Mitgliedstaaten und analysieren die jeweiligen verfassungsrechtlichen Traditionen mit Hilfe unseres wissenschaftlichen Dienstes.", Verfassungsblog, v. 10.12.2014 abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/dass-der-eugh-als-internationales-gericht-angesehen-wird-ist-ein-grosses-missverstaendnis-interview-mit-prof-dr-koen-lenaerts/ (zuletzt besucht am: 8.6.2023).

532 Vgl. oben unter II. 1. c) und § 2 A.; die veröffentlichten rechtsvergleichenden Berichte sind abrufbar unter: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170124/de/?text=&opSearch=true&types=generated.NoteOuEtude&typesOff=generated.RecueilPublication&textSearch=true&catName=true&searchInFiles=true&mode=advanced&cids=p1_1976519&portlet=p1_2174525, (zuletzt besucht am: 6.6.2023).

533 *Lenaerts*, International and Comparative Law Quarterly 52, 2003, S. 873, S. 875.

534 Vgl. z. B. EuGH, U. v. 8.5.2019 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2019:390, Rn. 39: „Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung, wie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt, als allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen werden kann, der Teil der Unionsrechtsordnung ist."; die rechtsvergleichende Untersuchung aber vornehmend: Schlussanträge GA Sharpston v. 6.12.2018 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 87 ff.; vgl. schon oben unter § 2 A.; *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 50; *ders.*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 45, m. w. N.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 39; vgl. die rechtsvergleichenden Ausführungen in Schlussanträge GA Mischo – Hoechst – Rs. C-46/87, ECLI:EU:C:1989:73, S. 2884 ff., sowie EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 20, das aber aufgrund der vergleichsweise umfangreichen rechtsvergleichenden Überlegungen eine Ausnahme darstellt.

535 Schlussanträge GA Mischo – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 48; diese will er freilich um die Hinweise ergänzen, die sich aus der *EMRK* und

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kingreen meint, es ginge „um die systematische Ermittlung eines die einzelne Rechtsordnung übergreifenden Kontextes“[536]. Dieses Ergebnis überrascht, wurde doch bereits festgestellt und von GA Darmon bestätigt, dass das Ergebnis eines Vergleichs nationaler Rechtsordnungen davon abhängt, welcher Rechtsausschnitt betrachtet wird.[537] Einschränkend meint GA Slynn, dass es aufgrund der mannigfaltigen verfahrensmäßigen und praktischen Unterschiede keines „allzu detaillierten Vergleich[s]“ bedürfe, sondern eher auf das „Allgemeinbild“ zu achten sei.[538]

Dass der EuGH die „wertende Rechtsvergleichung“ materiell nicht selbst vornimmt, mag in Hinblick auf die „Unterstützungsfunktion“ der Generalanwälte i. S. d. Art. 252 Abs. 1 AEUV und der notwendigen Arbeitsteilung nachvollziehbar sein. Dabei verfügt der EuGH über erhebliche Ressourcen, um die Rechtsvergleichung selbst vorzunehmen.[539] Bedenklich ist die Arbeitsteilung, wenn weder die methodologische Vorgehensweise noch die konkreten faktischen Vergleichsergebnisse der Länderberichte im Einzelfall veröffentlich werden. Wenn GA Pikamäe konstatiert, dass eine „Betrachtung des innerstaatlichen Rechts […] zu keiner anderen Auslegung führen [müsse, Einf. d. Verf.]“ und dabei in den Fußnoten auf den unveröffentlichten Bericht der Direktion Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation verweist, kann dies methodisch nicht überzeugen.[540] Soweit die „Research Notes“ teilweise veröffentlicht werden, fehlen allgemeine Ausführungen zur Methodologie der (wertenden) Rechtsvergleichung.[541] Teilweise enthalten die Berichte auch

der *Rechtsprechung des Gerichtshofs* ableiten lassen. Auch dies führt indes kaum weiter, bilden diese doch die grundsätzliche Ausgangsbetrachtung zur Feststellung einer Regelungslücke des Unionsrechts, die es überhaupt erst erlaubt und notwendig macht, auf die gemeinsamen (Verfassungs-)Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten zurückzugreifen.

536 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 39.

537 Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 111 f.; vgl. schon oben unter § 1 C. III.

538 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

539 Am EuGH sind Richter aus jedem Mitgliedstaat tätig, das persönliche Kabinett der Richter besteht in der Regel aus Juristen verschiedener Jurisdiktionen, die ihre Kenntnisse in die Urteilsberatung einfließen lassen; die Mitarbeiter des Wissenschaftsdienstes erstellen Dossiers über die Rechtslage der Mitgliedstaaten, es gibt eigene Übersetzungsabteilungen und gut ausgestattete Bibliotheken, vgl. hierzu auch m. w. N.: *Seyr*, Journal für Rechtspolitik 18, 2010, S. 230, S. 232.

540 Schlussanträge GA Pikmäe, v. 26.1.2023 – K.B, F.S. – Rs. C-660/21, ECLI:EU:C:2023:52, Rn. 84, Fn. 76; andere Generalanwälte haben aber auf öffentliche Berichte verwiesen, vgl. Schlussanträge GA Bobek v. 6.10.2021 – X., Z. – Rs. C-245/20, ECLI:EU:C:2021:822, Rn. 130, Fn. 71.

541 Justizielles Netzwerk, Wissenschaftliche Vorarbeiten und Dokumentationen, abrufbar unter: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170124/de/?text=&opSearch=

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

keine Belege für die rechtsvergleichenden Feststellungen.[542] Letztlich sind damit viele faktische Ergebnisse und normative Stellschrauben der Rechtsvergleichung nicht überprüfbar. Denkbar wäre zudem, dass der EuGH von den Ergebnissen des Generalanwalts abweicht.

Damit bestehen im Ergebnis keine abstrakten Vorgaben an die Durchführung der Länderberichte, die folglich aus dem methodischen Vorgehen der unionsrechtlichen Praxis herzuleiten sind.

2. Methodisches Vorgehen in der unionsrechtlichen Praxis

Der unbestrittene Ausgangspunkt der Länderberichte im Rahmen der wertenden Rechtsvergleichung zur Ermittlung einer „gemeinsamen *Verfassungs*-überlieferung" ist die Analyse der Verfassungen der Mitgliedstaaten der EU.[543] Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 4 GRCh, der die Anerkennung und Auslegung der Grundrechte „aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten" verlangt. In der Entscheidung *Nold* konstatiert der EuGH ausdrücklich, dass er keine Maßnahme als rechtens anerkennen kann, die unvereinbar ist:

> „mit den von den Verfassungen […] anerkannten und geschützten Grundrechten."[544]

---

true&types=generated.NoteOuEtude&typesOff=generated.RecueilPublication&textSearch=true&catName=true&searchInFiles=true&mode=advanced&cids=p1_1976519&portlet=p1_2174525, (zuletzt besucht am: 6.6.2023); die Ziele des Vergleichs werden aber oftmals dargestellt, vgl. https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-09/ndr_2020_001_neutralisee_en.pdf, S. 2 (zuletzt besucht am: 6.6.2023).

542 Vgl. z. B. den Bericht „Impact of ongoing criminal proceedings on the conduct of disciplinary proceedings", abrufbar unter: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-09/ndr_2020_001_neutralisee_en.pdf; keine Nachweise für die Feststellungen enthält der Bericht „European arrest warrant Undertakings to execute a foreign sentence", abrufbar unter https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/ndr_2016-013-anonymisee-en.pdf, (zuletzt besucht am: 6.6.2023).

543 Vgl. EuGH, U. v. 13.12.1979 – *Hauer* – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 20; damit sind die Rechtsordnungen von Drittstaaten (etwa der Schweiz oder der Vereinigten Staaten von Amerika) zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsrechtstradition unbeachtlich. Generalanwältin *Kokott* macht im Rahmen ihres wertenden Rechtsvergleichs zwar teilweise Ausführungen zum Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Dies dürfte jedoch dem Umstand geschuldet sein, dass sie auf den „angelsächsische (Rechts-)Raum" verweist, von dem in der Union hauptsächlich nur Irland verbleit, sowie, dass etwa der amerikanische Unternehmensberaterverband, die amerikanische Handelskammer und die Amerikanische Rechtsanwaltskammer dem erstinstanzlichen Verfahren als Streithelfer beigetreten sind, Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 26 ff. und 103 in den Fußnoten.

544 EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auch die Generalanwälte beziehen sich zunächst auf die Verfassungstexte einiger oder aller Mitgliedstaaten.[545]

a) Einbeziehung der Verfassungen und des einfachen Rechts

aa) Die nationalen Verfassungen als Ausgangspunkt

Trotz des eindeutigen Wortlauts beschränken sich die Länderberichte in der unionsrechtlichen Praxis bei der Genese einer „*Verfassungs*überlieferung"[546] nicht auf die Verfassungen der Mitgliedstaaten, sondern beziehen auch das einfache Recht mit ein.[547] Dies gilt sowohl für den Schutzumfang als auch die Einschränkbarkeit von Grundrechten.[548] GAin Kokott stellt beispielsweise fest, dass das Anwaltsprivileg zwar in allen 27 Mitgliedstaaten anerkannt wird, aber nur zum Teil verfassungsrechtlich, zumeist jedoch lediglich einfachgesetzlich verankert ist.[549] Ein Überblick der Rechtsprechung des EuGH bestätigt dieses Ergebnis mittelbar. Die Inbezugnahme der nationalen einfach-

---

[545] Schlussanträge GAin Sharpston – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 87 ff.; Schlussanträge GA Pitruzzella v. 31.1.2019 – Deutsche Bank – Rs. C-55/18, ECLI:EU:C:2019:87, Rn. 37; Schlussanträge GAin Trstenjak – Stringer – Rs. C-520/06, ECLI:EU:C:2008:38, Rn. 53, Fn. 22.

[546] [Englisch:] „common constitutional traditions" bzw. [französisch:] „traditions constitutionnelles communes".

[547] Dies trifft auch auf die allgemeinen rechtsvergleichenden Ausführungen der Direktion Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation des EuGH zu, vgl. Bericht „Impact of ongoing criminal proceedings on the conduct of disciplinary proceedings", S. 3 ff., abrufbar unter: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-09/ndr_2020_001_neutralisee_en.pdf (zuletzt besucht am: 6.6.2023), oder zur Frage der Verfolgungsverjährung, Bericht „Limitation in criminal matters", abrufbar unter: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-12/ndr-2017-005_synthese_en_neutralisee_finale.pdf (zuletzt besucht am: 6.6.2023), S. 5; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 70; vgl. in diesem Sinne wohl auch *Fassbender*, NVwZ 2010, S. 1049, S. 1052.

[548] *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 70; a.A. wohl *Dorf*, JZ 2005 S. 126, 129: „Die Auslegungsregel greift dabei nur dann ein, wenn es sich um ein Chartagrundrecht handelt, das in den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten in Gestalt eines Grundrechts tradiert ist." Die enge Auslegung dürfte durch die Vereinheitlichung und Tradierung der mitgliedstaatlichen Verfassungen in der EMRK und der GRCh selten zu einer fehlenden Tradierung führen; dazu, dass die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen auch die Schranken und Schranken-Schranken der Chartagrundrechte determinieren, vgl. *Fassbender*, NVwZ 2010, S. 1049, S. 1052; vgl. zur generellen Zulässigkeit der Bestimmung der Schranken anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen: *Pietsch*, Das Schrankenregime, S. 156, 172.

[549] Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 47.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gesetzlichen Rechtsordnung wurde in zahlreichen Entscheidungen vorgenommen und entspricht der ständigen Rechtsprechungspraxis.[550] Im *Orkem*-Urteil verweist der EuGH ausdrücklich auf die nationalen Strafverfahrensordnungen der Mitgliedstaaten:

> „Allgemein erkennen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein Recht zur Verweigerung der Zeugenaussage gegen sich selbst nur natürlichen Personen zu, die im Rahmen eines Strafverfahrens einer Straftat beschuldigt werden. Die vergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen rechtfertigt somit nicht den Schluß, daß ein solcher dem Recht der Mitgliedstaaten gemeinsamer Grundsatz zugunsten juristischer Personen und in bezug auf Zuwiderhandlungen wirtschaftlicher Art, insbesondere auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, bestünde."[551]

Dies spricht dafür, die Verfassungen der Mitgliedstaaten als Ausgangspunkt, nicht aber als Endpunkt der wertenden Rechtsvergleichung anzusehen und es zu erlauben, soweit dies für die konkretisierende Ausgestaltung der Grundsätze erforderlich ist, einen Rückgriff auch auf das einfache Recht zuzulassen, wie dies etwa auch GA Darmon im Urteil *Orkem* vormacht, indem er neben den Verfassungen auch das nationale Strafprozess- und Wettbewerbsrecht betrachtet.[552]

Zudem scheint das konkrete Anwendungsziel der gemeinsamen Rechtstradition – zur Rechtsgenese oder -auslegung der Charta-Grundrechte – auf den Gegenstand der wertenden Rechtsvergleichung durchzuschlagen. So knüpft GA Mischo in der Entscheidung *Hoechst* für die Frage, ob sich aus den gemeinsamen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein ungeschriebenes Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts ableiten lässt, zunächst an den Verfassungen der Mitgliedstaaten an.[553] Ob sich das so festgestellte Grundrecht indes auch im Anwendungsum-

---

[550] Vgl. statt vieler EuGH U. v. 15.5.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 18 f., da das Beschlagnahmeverbot von vertraulichen Unterlagen und der Schutz des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant etwa im deutschen Recht nicht verfassungsrechtlich, sondern einfachgesetzlich in § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO i. V. m. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3 StPO geschützt werden.

[551] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 29 (noch zur VO Nr. 17/62), wobei die eigentlichen rechtsvergleichenden Ausführungen vorgenommen werden in Schlussanträge GA *Darmon* v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 99 ff.; auch GA *Warner* prüft für den Anwendungsumfang des „legal professional privilege" das einfachgesetzliche Recht: Schlussanträge GA Warner – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1981:9, S. 1633 f.

[552] Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 99 ff.; vgl. auch Schlussanträge GA Mengozzi v. 23.5.2007 – Laval un Partneri – Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:291, Rn. 77 und die Fußnoten, der aber keine „erschöpfende Prüfung der Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten vornimmt".

[553] Schlussanträge GA Mischo – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 103; Rn. 49: Art. 10 der belgischen Verfassung; Rn. 52: Art. 72 der dänischen Ver-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fang auf Unternehmen und deren Geschäftsräume bezieht, wird dann durch eine Betrachtung des einfachgesetzlichen (Wettbewerbs- bzw. Strafverfahrens-)Rechts eruiert und abgelehnt.[554] Dies spricht – unter Einbeziehung der Anwendungsziele – dafür, bei der Neuschaffung von Charta-Grundrechten als ungeschriebene Rechtsquellen vorrangig an den Verfassungen der Mitgliedstaaten anzuknüpfen. Soweit es um die Auslegung bestehender Grundrechte geht, ist wegen des klaren Wortlauts eine verfassungsrechtliche Rückbindung zu verlangen, die aber in größerem Umfang auch das einfache Recht einbeziehen kann.

bb) Zulässigkeit der Einbeziehung des einfachen Rechts

Durch die faktische Einbeziehung des einfachen Rechts erfährt die wertende Rechtsvergleichung eine erhebliche Ausweitung des Reservoirs potenzieller Informationsquellen. Insoweit erweist sich die „Verfassungstradition" präziser als eine *Rechts*tradition, die zwar im Ausgangspunkt an den Verfassungen anknüpft, aber die subsidiär auf das einfache Recht zurückgreifen kann, um den Verfassungsüberlieferungen Kontur zu verleihen. Auch der EuGH spricht teilweise von einer „gemeinsamen Rechtstradition der Mitgliedstaaten".[555] GA Léger stellt fest, dass 13 von 15 Mitgliedstaaten den Zugang zu Dokumenten „kennen", neun diesen als Grundrecht oder Grundsatz mit Verfassungsrang ausgestalten oder als ein auf der Verfassung fußendes einfachgesetzliches Recht und in vier Rechtsordnungen nur als einfaches Gesetz besteht.[556] Gleichwohl kommt er ohne weitergehende Differenzierung auf eine „den meisten Mitgliedstaaten gemeinsame Anschauung."

Für die Zulässigkeit dieser Auslegung streitet, dass sich in den Erläuterungen der Charta zum einen ein Verweis auf die einzelstaatliche Gesetzgebung

---

fassung; Rn. 56: Art. 13 des Deutschen Grundgesetzes; Rn. 61: Art. 9 Abs. 1 der griechischen Verfassung; Rn. 64: Art. 18 Abs. 2 der spanischen Verfassung v. 1978; Rn. 69: Art. 66 der französischen Verfassung; Rn. 72: Art. 40 Abs. 5 der irischen Verfassung; Rn. 77: Art. 14 der italienischen Verfassung; Rn. 80: Art. 15 der luxemburgischen Verfassung; Rn. 83: Art. 12 der niederländischen Verfassung; Rn. 88: Art. 34 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung v. 1976; Rn. 92: Common Law des Vereinigten Königreiches, das keine geschriebene Verfassung kennt.

554 Schlussanträge GA Mischo – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 116, sowie die einfachgesetzlichen Ausführungen *pars pro toto* in Bezug auf das deutsche GwG, Rn. 57.

555 EuGH, U. v. 15.5.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 24; EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 42.

556 Schlussanträge GA Léger v. 10.7.2001 – Hautala – Rs. C-353/99 P, ECLI:EU:C:2001:392, Rn. 57.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Mitgliedstaaten findet.[557] Zum anderen wäre eine Beschränkung auf die Verfassungen in rechtspraktischer Hinsicht kaum ergiebig. Die konkrete Ausgestaltung der Schutzbereiche oder der Schranken der Grundrechte sowie der (strafrechtlichen) Verfahrensgarantien – etwa das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 47 Abs. 2 GRCh – werden im Recht der Mitgliedstaaten größtenteils einfachgesetzlich durch das nationale Straf- und Strafverfahrensrecht ausgestaltet, die zur Auslegung daher notwendig heranzuziehen sein dürften.[558] Strafverfahrensrechte sind insoweit lediglich konkretisiertes Verfassungsrecht. Keine Verfassung ist in der Lage, die ständiger Wandlung unterworfenen Anforderungen an das Wirtschaftsleben starr zu kodifizieren.[559] Ein Überblick über die Verfassungstexte der Mitgliedstaaten macht zudem deutlich, dass diese erheblich in ihrer Länge divergieren. Während die dänische Verfassung 89 Paragrafen enthält, sind es in Deutschland – ohne Einschübe – bereits 146 Artikel, in Polen 243 und in Portugal 296 Artikel. Das Inkorporierungserfordernis eines Grundrechts im formellen Verfassungstext käme vor diesem Hintergrund notwendigerweise zu willkürlichen Ergebnissen und erscheint daher wenig zielführend.[560] Letztlich bleibt aber die Grundrechte-Charta der zentrale Ausgangspunkt der Forschungsfrage, sodass allein aus diesem Grund primär die Verfassungen der Mitgliedstaaten in den Blick zu nehmen sind, die durch das einfache Recht lediglich konkretisiert werden. So verstanden, besteht keine Gefahr, dass der Anwendungsbereich der wertenden Rechtsvergleichung überspannt wird.

cc) Zwischenergebnis

Den primären Ausgangspunkt der Erstellung der Länderberichte im Rahmen der wertenden Rechtsvergleichung bildet sowohl bei der Genese als auch bei der Auslegung der Grundrechtecharta die Verfassung der nationalen Mitgliedstaaten. Das *tertium comparationis* ist aber nicht auf die Verfassungen

---

557 Vgl. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, v. 14.12.2007, Art. 10 GRCh, Abl. 2007/C 303/21: „Das in Absatz 2 garantierte Recht entspricht den einzelstaatlichen Verfassungstraditionen und der Entwicklung der einzelstaatlichen Gesetzgebungen in diesem Punkt."

558 Vgl. in diesem Sinne wohl auch Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1648, der die Anwendung nicht auf „Grundrechte" beschränken will.

559 Schlussanträge GA Trabucchi v. 28.03.1974 – Nold – Rs. C-4/73, ECLI:EU:C:1974:27, S. 515.

560 Vgl. *Breuer*, Journal für Rechtspolitik Nr. 18, 2010, S. 223, S. 224; zwar wären gewisse allgemeine Grundsätze sicher allen Verfassungstexten gemein, dies führte jedoch zu einer Reduktion auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner" aller Verfassungsüberlieferungen, was indes nicht dem Telos der wertenden Rechtsvergleichung entspricht, vgl. dazu sogleich unten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

beschränkt, sondern kann es im Einzelfall erfordern, auch das einfache Recht zur Konkretisierung der nationalen Verfassungen einzubeziehen. Insbesondere bei der Auslegung der Grundrechte und deren Schranken werden einfachgesetzliche Normen relevant, weil diese, wie etwa die Strafprozessordnungen für die Strafverfahrensrechte, die nationalen Verfassungsordnungen konkretisieren.

b) Betrachtung der Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung

Nach den allgemeinen Anforderungen an die wertende Rechtsvergleichung sind neben der gesetzlichen Ausgangslage („law in books") die Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechungspraxis („law in action") in die Länderberichte einzubeziehen.[561] Auch der EuGH sah sich bereits im *Algera*-Urteil gehalten, „um sich nicht der Rechtsverweigerung auszusetzen […] diese Frage von sich aus unter Berücksichtigung der in Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung der Mitgliedstaaten anerkannten Regeln zu entscheiden"[562]. GA Roemer pflichtet ihm bei, wenn er ausführt, es dürfe nicht nur auf das eigentliche Gesetzesrecht abgestellt werden.[563] GA Slynn will zudem die Entstehungsgeschichte der Verordnung[564] und Schneiders die völkerrechtlichen Verträge der Mitgliedstaaten einbeziehen.[565]

Diesen selbst gesteckten Anforderungen wird der EuGH jedoch nicht immer gerecht. Zwar verweist er in seiner Rechtsprechungspraxis zur wertenden Rechtsvergleichung immer wieder darauf, dass für die Länderberichte die nationale Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung zu beachten seien.[566] Die Gesetzgebung wird im *Algera*-Urteil aber – wenn überhaupt – nur indirekt, die „Rechtsprechung und Lehre" allein für das deutsche und italienische Recht sowie undifferenziert als Einheit begriffen und dargestellt.[567] Teilweise erschöpfen sich die Ausführungen – etwa für das deutsche Recht – in der Darstellung terminologischer Rechtsbegriffe „Verzicht und der Verwirkung" als

561 Vgl. oben unter § 1 C. III.

562 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 118 f.

563 Schlussanträge GA Roemer v. 13.07.1971 – Zuckerfabrik – Rs. 5/71, ECLI:EU:C:1971:96, Slg. 1971, 975, 990.

564 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1659 f.

565 *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 75.

566 Vgl. oben unter II. 1. c).

567 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 118: „Was die Zulässigkeit des Widerrufs solcher Verwaltungsakte angeht, so handelt es sich hier um eine der Rechtsprechung und der Lehre in allen Ländern der Gemeinschaft wohlvertraute verwaltungsrechtliche Frage."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben.[568] Im *Nold*-Urteil stellen der EuGH und GA Trabucchi ebenfalls ohne jegliche rechtsvergleichende Ausführungen fest, dass „die Verfassungsordnung aller Mitgliedstaaten das Eigentum schützt und in ähnlicher Weise die Freiheit der Arbeit, des Handels und anderer Berufstätigkeiten gewährleistet."[569] Im *Hauer*-Urteil spricht der EuGH davon, dass die Hinweise zu beachten seien, die den „Verfassungsnormen und der Verfassungspraxis" der neun Mitgliedstaaten zu entnehmen seien, erwähnt dann aber nur die deutsche, italienische und irische Verfassungsnormen, keinerlei Verfassungspraxis und spricht ohne Nachweise über „zahlreiche Gesetzgebungsakte in sämtlichen Mitgliedstaaten".[570] GA Capotorti bezieht mehr, aber nicht alle Rechtsordnungen und dabei auch nur den Wortlaut der Verfassungstexte ein.[571] Im *AM&S*-Urteil bezieht nicht der EuGH, sondern GA Slynn die Rechtsprechung und Literatur in den Rechtsvergleich ein.[572] Ähnliches gilt für GA Mischo im *Hoechst*-Urteil[573] und GA Darmon im *Orkem-Urteil*[574], die beide die Rechtsprechung der nationalen Verfassungsgerichte in einem deutlich geringeren und unvollständigen Umfang überprüfen und höchst selten auf die nationale Literatur eingehen. GAin Kokott stellt im *Akzo Nobel*-Urteil für die „beträchtliche Anzahl von Rechtordnungen" die Rechtslage lediglich dem Ergebnis nach fest, ohne auf die (Verfassungs-)Rechtslage, Literatur oder Rechtsprechungspraxis einzugehen.[575] Für andere Länder gebe es keine „spezifischen Rechtsvorschriften […] oder noch keine gefestigte Rechtsprechung bzw. Verwaltungspraxis", für

---

568 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 119.

569 EuGH, U. v. 14.5.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 14; Schlussanträge GA Trabucchi v. 28.3.1974 – Nold – Rs. 4-73, ECLI:EU:C:1974:27, S. 513.

570 EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 20.

571 Schlussanträge GA Capotorti v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. C-44/79, ECLI:EU:C:1979:254, S. 3760.

572 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1651 ff., etwa für das belgische, deutsche, französische, italienische und niederländische Recht, er verweist auf das Werk „Droit Européen de la Concurrence" (Plaisant, Franceschelli, Lassier) oder die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13.8.1973, NJW 1973, S. 2035, beides a. a. O. S. 1652.

573 Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 49 ff.

574 Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 99 ff.

575 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 101, Fn. 83: Bulgarien, die Tschechische Republik, Estland, Griechenland, Frankreich, Italien, Zypern, Luxemburg, Ungarn, Österreich, Rumänien, Slowenien, die Slowakische Republik, Finnland und Schweden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die eine weitergehende Analyse ebenfalls unterbleibt.[576] Literaturauffassungen werden nur in einem Mitgliedsland dargestellt, in dem die Rechtslage unklar ist und das deshalb aus dem Rechtsvergleich fällt.[577] Auch in anderen Verfahren wirkt die Inbezugnahme willkürlich.[578]

Zusammengefasst werden der EuGH und die Generalanwälte der selbst postulierten differenzierten und systematischen Darstellung und Berücksichtigung der Unterschiede oder Besonderheiten der Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung in den seltensten Fällen ganzheitlich gerecht. Erklären lässt sich dieses Ergebnis damit, dass die wesentlichen rechtsvergleichenden Vorarbeiten in der Praxis von der „Direktion Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation" des EuGH vorgenommen werden. Laut dem Präsidenten des EuGH Lenaerts analysierten die Richter – um Überraschungen in den Mitgliedstaaten zu vermeiden – vor einer Entscheidung in verfassungsrechtlichen Fragen:

> „[…] ausführlich die verfassungsrechtliche Rechtsprechung aller Mitgliedstaaten und […] die jeweiligen verfassungsrechtlichen Traditionen mit Hilfe unseres wissenschaftlichen Dienstes."[579]

Überprüft man die allgemeinen rechtsvergleichenden Ausführungen des wissenschaftlichen Dienstes,[580] soweit sie veröffentlicht sind, wird darin auch auf die Rechtsprechung und Literatur verwiesen.[581] Teilweise fehlen aller-

---

576 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 102, Fn. 85: Dänemark, Spanien, Lettland, Litauen, Malta und Rumänien.

577 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 102, Fn. 85.

578 Schlussanträge GAin Sharpston – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 87 ff.; Schlussanträge GA Pitruzzella v. 31.1.2019 – Deutsche Bank – Rs. C-55/18, ECLI:EU:C:2019:87, Rn. 37; Schlussanträge GAin Trstenjak – Stringer – Rs. C-520/06, ECLI:EU:C:2008:38, Rn. 53, Fn. 22.

579 Interview mit Prof. Dr. Koen Lenaerts: „Dass der EuGH als internationales Gericht angesehen wird, ist ein großes Missverständnis", Verfassungsblog v. 10.12.2014, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/dass-der-eugh-als-internationales-gericht-angesehen-wird-ist-ein-grosses-missverstaendnis-interview-mit-prof-dr-koen-lenaerts/ (zuletzt besucht am: 16.1.2023).

580 Abrufbar unter: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170124/de/?text=&opSearch=true&types=generated.NoteOuEtude&typesOff=generated.RecueilPublication&textSearch=true&catName=true&searchInFiles=true&mode=advanced&cids=p1_1976519&portlet=p1_2174525 (zuletzt besucht am: 6.6.2023).

581 Vgl. statt vieler Bericht „Impact of ongoing criminal proceedings on the conduct of disciplinary proceedings", abrufbar unter: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-09/ndr_2020_001_neutralisee_en.pdf, S. 9 (zuletzt besucht am: 6.6.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dings auch in diesen Berichten entsprechende Ausführungen.[582] Da nicht alle „Recherchevermerke“ des wissenschaftlichen Dienstes veröffentlicht werden und die allgemeine Methodik nicht bekannt gemacht wird, kann der Betrachtung dieser Berichte keine weitere Erkenntnis abgerungen werden.[583]

Insgesamt kann mithin davon ausgegangen werden, dass der EuGH – wie Lenaerts behauptet – im Verfassungsverbund des Mehrebenensystems die Rechtsprechung und Literatur im Rahmen der Länderberichte berücksichtigt. Der Wissenschaftliche Dienst bereitet die Berichte für die Generalanwälte vor, auf deren Ergebnis sich der EuGH beruft. In Ermangelung ausdrücklicher Inbezugnahmen auf die Länderberichte ist jedoch weder empirisch noch methodologisch nachweisbar, ob und in welchem Umfang der Gerichtshof oder die Generalanwälte die nationale Rechtsprechung der Verfassungs- und Obergerichte zur Kontextualisierung der Grundrechte allgemein oder speziell im Rahmen der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten heranziehen. Mit Ausnahme von Vorabentscheidungsverfahren zitiert der EuGH jedenfalls auch die nationalen Gerichte selten.[584] Für die Untersuchung folgt daraus, dass die nationale Verfassungsgerichtsrechtsprechung und – soweit vorhanden – Literaturquellen der Mitgliedstaaten in die Länderberichte einfließen müssen. Es ist aber nicht erkennbar, in welchem Umfang dies zu erfolgen hat.

3. Zwischenergebnis

Das methodische Vorgehen der Rechtspraxis bei der Erstellung der Länderberichte ist nicht befriedigend präzisiert. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aufgrund des Anwendungsziels der wertenden Rechtsvergleichung die Betrachtung der nationalen Verfassungsnormen und Verfassungsrechtsprechung eher geboten, umso mehr es um die Genese universeller Grundrechte geht. Die Genese ungeschriebener Grundrechte im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung umgeht den ordentlichen Gesetzgebungsprozess und unterliegt damit strengeren Anforderungen. Zur Auslegung bestehender Grundrechte ist die Verfassung der notwendige Ausgangspunkt, der sich aber, abhängig vom *tertium comparationis*, schnell auf das einfache Recht verlagern dürfte. Inso-

---

582 Vgl. Bericht „European arrest warrant Undertakings to execute a foreign sentence“, abrufbar unter: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/ndr_2016-013-anonymisee-en.pdf (zuletzt besucht am: 6.6.2023).

583 Veröffentlicht werden nur wenige und nicht systematische Berichte zu unterschiedlichsten Themen aus den Jahren 2015 – 2021. Auf dieser Grundlage kann keine methodische Untersuchung der wesentlichen Berichte zur wertenden Rechtsvergleichung erfolgen.

584 *Riedel*, Die Grundrechtsprüfung durch, S. 369, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

weit wurde bereits veranschaulicht, dass die nationalen Verfassungen kaum hinreichend präzise sind, um den konkreten Schutz- und Schrankenbereich vollständig verfassungsrechtlich zu determinieren. Anschließend gilt es festzustellen, ob gewisse nationale Rechtsordnungen über Sonderwissen oder „die besten Lösungsansätze" für die Regelungslücke verfügen, da dies den Kreis der zu vergleichenden Rechtsordnungen einschränken kann. Der Einbezug von Lehre und Rechtsprechung wird vom EuGH zwar postuliert, erscheint aber in der veröffentlichten Rechtspraxis willkürlich. Wann und in welchem Umfang auf beides zurückgegriffen wird, lässt sich auch nach der Gesamtbetrachtung der Darstellung der Rechtsprechung des EuGH, der Schlussanträge und Berichte des Wissenschaftlichen Dienstes nicht vorhersagen.

Die Untersuchung muss sich daher mit der nationalen Literatur und Verfassungsrechtsprechung der Mitgliedstaaten auseinandersetzen. Die so generierten Länderberichte bilden das Rohmaterial, aus dem sich das Ergebnis als Querschnittsvergleich ergibt.

IV. Querschnittsvergleich

In Hinblick auf den unionsrechtlichen Querschnittsvergleich der Länderberichte finden sich keine spezifischen, über die allgemeinen Anforderungen der wertenden Rechtsvergleichung hinausgehenden Anforderungen. Es müssen also die Gemeinsamkeiten und Unterschiede in Bezug auf das *tertium comparationis* neutral aufgezeigt werden, wobei sich spezifische Anforderungen kaum benennen lassen. In diesem Sinne stellt die Direktion Wissenschaftlicher Dienst des EuGH und Dokumentation zu Beginn ihrer „Wissenschaftlichen Vorarbeiten und Dokumentationen" in wenigen Sätzen das Ergebnis ihrer Untersuchung dar und teilt mit, wie viele und welche Mitgliedstaaten welche Regelungen vorsehen.[585] Andere Anforderungen sind nicht ersichtlich. Das Ergebnis muss sodann normativ dahin gehend bewertet werden, ob eine gemeinsame Verfassungstradition besteht.

V. Normative Bewertung

Der Querschnitt der Länderberichte muss normativ bewertet werden, um zu prüfen, ob sich aus den Rechts- und Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten eine „gemeinsame Verfassungstradition" ergibt. In diesem Zwischenschritt unterscheidet sich die wertende Rechtsvergleichung auf Unionsebene von der allgemeinen wertenden Rechtsvergleichung, da der normative Bezugspunkt

[585] Die wissenschaftlichen Vorarbeiten sind abrufbar unter: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170124/de/ (zuletzt besucht am: 6.6.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht die „beste Lösung für die Forschungsfrage“ ist.[586] Aus den Verfassungen müssen daher zunächst die gemeinsamen Verfassungstraditionen normativ generiert werden. Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich aus den Verfassungen eine gemeinsame Verfassungstradition ergibt, wurden bislang kaum präzise normative Bewertungskriterien entwickelt. Der EuGH stellt in der Regel ohne eigene rechtsvergleichende Ausführungen fest, dass ein Grundrecht fester Bestandteil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten sei.[587] Die Untersuchung hat auch insoweit anhand einer Übersicht der Rechtsprechung und Literatur präzisierende Mindestanforderungen herauszuarbeiten.

1. Inhaltliche und numerische Mindestanforderungen einer „gemeinsamen“ Verfassungstradition

Das Anwendungsziel der „wertenden Rechtsvergleichung“ berücksichtigend, impliziert der Wortlaut des Art. 54 Abs. 2 GRCh und des Art. 6 Abs. 3 EUV mit einer „gemeinsamen“ Verfassungsüberlieferung das Erfordernis eines materiell-inhaltlichen Konsenses aller nationalen Rechtsordnungen. Dies könnte bedeuten, dass abweichende Verfassungsüberlieferungen eines Mitgliedstaats eine gemeinsame Tradition ausschließen und nur übereinstimmende Rechtsüberzeugungen auf das Unionsrecht übertragbar sind.[588] Insgesamt lassen sich damit aber materiell-inhaltliche sowie numerische Bewertungskriterien unterscheiden.

---

586 Die nationalen Verfassungsordnungen benötigen also noch einen „Verbindungsakt“, bevor die so verbundenen Lösungen in das Unionsrecht übertragen werden können. Auf nationaler Ebene ist dieser Zwischenschritt nicht erforderlich, weil die nationalen Verfassungen gleichrangig sind und daher sofort in Hinblick auf die beste nationale Lösung hin überprüft werden können.

587 So stellt er in EuGH, U. v. 22.11.2005 – Mangold – Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 74, ohne eigene rechtsvergleichende Untersuchungen fest, dass das Verbot von Altersdiskriminierung ein allgemeiner Rechtsgrundsatz sei, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergäbe, vgl. auch Schlussanträge GA Mazák – Rs. C-411/05 – Palacios de la Villa, ECLI:EU:C:2007:106, Rn. 88 ff.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 39.

588 Vgl. *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 76, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Vollständige Übereinstimmung

aa) Ältere Auffassung der Kommission

Eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung liegt jedenfalls vor, wenn eine inhaltlich identische Rechtslösung in allen Mitgliedstaaten besteht.[589] Die Europäische Kommission vertrat ursprünglich die Auffassung, dass eine „gemeinsame" Verfassungsüberlieferung als Grundlage eines allgemeinen gemeinschaftlichen Rechtsgrundsatzes generell nur in Betracht komme, soweit die Rechtsvorschriften *aller* Mitgliedstaaten inhaltlich übereinstimmten.[590] GA Darmon stellt ein allgemeines Zeugnisverweigerungsrecht in Kriminalstrafverfahren jedenfalls für formelle Angeklagte im Gerichtsverfahren als eine gemeinsame Rechtstradition fest, da dies „keine Rechtsordnung ausschlösse".[591] Auch GA Maduro fragt sich, ob eine nationale Lösung lediglich dann Einzug in das Gemeinschaftsrecht finden kann, wenn sie in Mitgliedstaaten „gemeinsam" ist, weil ein:

> „[…] Rechtsgrundsatz, der den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ‚gemeinsam' ist, nur so gefunden werden [kann, Einfg. d. Verf.], dass das Recht aller Mitgliedstaaten quasi mechanisch übereinandergelegt wird, um nur die Elemente zu bewahren, die sich exakt decken?"[592]

Für diese enge Auslegung ließe sich der Wortlaut des Art. 52 Abs. 4 GRCh anführen, der eine Auslegung der Grundrechte „aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen im Einklang mit diesen Überlieferungen" verlangt. Das Attribut „gemeinsam" bezöge sich dann lediglich auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner" aller Verfassungsordnungen. Umgekehrt dürfe der Gerichtshof daher:

---

589 *Lenaerts*, International and Comparative Law Quarterly 52, 2003, S. 873, S. 884; vgl. EuGH, U. v. 17.12.1970 – Köster – Rs. C-25/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 6 „in allen Mitgliedstaaten anerkannt".

590 Vgl. Schlussanträge GA *Slynn* v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1648; der Generalanwalt benennt die „gemeinsame Verfassungsüberlieferung durch wertende Rechtsvergleichung" als Methode der Genese eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes nicht ausdrücklich, sondern lediglich indirekt, indem er auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verweist. Ausdrücklich spricht er von einer „vergleichenden Betrachtung der nationalen Rechtsordnungen als Hilfsmittel für die Entscheidung über den Inhalt des Gemeinschaftsrechts", vgl. S. 1649; auch *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 75, spricht von einem „Konsens der Mitgliedstaaten", bezieht dies indes nur auf die Herleitung allgemeiner Rechtsgrundsätze, nicht die Auslegung anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen.

591 Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 111; tatsächlich fehlt es aber schnell an einer Übereinstimmung, sobald man sich präziser mit dem einfachen Recht auseinandersetzte, vgl. Rn. 112.

592 Schlussanträge GA Maduro v. 20.2.2008 – FIAMM – Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:98, Rn. 55.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] keinen Grundsatz aufstellen, der über das in einem Mitgliedstaat anerkannte Recht hinausgehe.“[593]

bb) Auffassung der Generalanwälte

Nach ganz überwiegender Ansicht bedarf eine „gemeinsame“ Verfassungstradition hingegen weder einer vollständigen inhaltlichen Kongruenz, noch muss die Lösung in allen Mitgliedstaaten vorliegen. Einige Generalanwälte sprechen sich damit gegen ein zu nah am Wortlaut orientiertes Verständnis aus.[594] GA Roemer sah es bereits 1971 als weithin anerkannt, dass die Rechtsfindungsmethode nicht wörtlich genommen werden dürfe und dass „für das Gemeinschaftsrecht nicht nur Regelungen maßgeblich [sind], die sich in *allen* Mitgliedstaaten finden“[595]. Es sei „nicht das niedrigste gemeinsame Niveau ausschlaggebend“ und es gelte nicht „die Norm der unteren Grenze“.[596] Es sei darüber hinaus „auch nicht eine Art Abstimmung mit der Feststellung einer Mehrheit“ erforderlich, da es sich gerade um eine wertende Rechtsvergleichung handele.[597] GA Slynn wendete gegen die enge Auslegung ein, dass die Kommission für ein solches Verständnis keine Rechtsquellen anführe noch präzisiere, „auf welcher Ebene und in welchem Maße diese für die Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes erforderliche Übereinstimmung vorliegen müsste“[598]. Er plädiert daher dafür, die Existenz einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift im Rahmen einer vergleichenden Prüfung nationaler Rechtsordnungen nicht davon abhängig zu machen, ob der entsprechende Grundsatz in sämtlichen Mitgliedstaaten gleichlautend formuliert ist und eine materiell übereinstimmende Anwendung findet.[599] Zwar könne „Einmütigkeit“ ein

[593] Vgl. Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1648.

[594] Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1648 ff.

[595] Schlussanträge GA Roemer v. 13.07.1971 – Zuckerfabrik – Rs. 5/71, ECLI:EU:C:1971:96, Slg. 1971, 975, 989 f., m. w. N.

[596] Schlussanträge GA Roemer v. 13.07.1971 – Zuckerfabrik – Rs. 5/71, ECLI:EU:C:1971:96, Slg. 1971, 975, 990.

[597] Schlussanträge GA Roemer v. 18.09.1973 – Werhahn – verb. Rs. 63-69/72, ECLI:EU:C:1973:95, Slg. 1973, 1229. 1258.

[598] Vgl. Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1648.

[599] Derzeitige Kandidatenländer sind Albanien, die Republik Nordmazedonien, Montenegro, Serbien und die Türkei. Bosnien und Herzegowina und die Republik Kosovo sind derzeit potenzielle Kandidatenländer, vgl. https://ec.europa.eu/info/policies/eu-enlargement_de (zuletzt besucht am: 4.6.2021); vgl. auch Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650, der dies bereits vorausgeahnt hat.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„starkes Indiz" für die Existenz einer gemeinsamen Verfassungstradition sein, jedoch sei:

> „[e]ine absolute Übereinstimmung in der Formulierung und Anwendung […] nicht erforderlich."[600]

Dagegen spreche bereits, dass in Anbetracht der – damals wie heute – geplanten Erweiterungsaspirationen der EU, eine solche absolute inhaltliche Übereinstimmung der derzeit 27 Rechtsordnungen „höchst unwahrscheinlich" sei.[601] Angesprochen ist damit, dass die überhöhte Anforderung der Kommission den Anwendungsbereich der gemeinsamen Verfassungstraditionen als Rechtsinstrument zur Genese und Auslegung der Grundrechte faktisch auf null reduzieren würde. Eine harmonisierte Auslegung aller Rechtsordnungen dürfte sich kaum jemals einstellen und wäre daher ein wohl unmögliches Unterfangen.[602] Unberücksichtigt blieben auch natürliche – inzwischen auch durch Umsetzungsspielräume – historisch gewachsene Unterschiede der Rechtsordnungen, die Verfahren etwa eher zivil- oder strafrechtlich ausgestalten, was jedoch nicht zwangsläufig zum inhaltlichen Verlust einer „gemeinsamen" Rechtstradition führen könne.[603] Erforderlich sei daher ein allgemeiner, in groben Umrissen formulierter Grundsatz.[604]

cc) Auffassung des Schrifttums

Auch nach Auffassungen in der Literatur ist keine materielle Identität der Verfassungstraditionen in allen bzw. allen untersuchten Mitgliedstaaten erforderlich, um dem Kriterium „gemeinsam" gerecht zu werden.[605] Für Jarass ist ausreichend, dass man von einem „gemeinsamen Erbe" sprechen kann. Erforderlich und hinreichend sei ein Nachweis unter funktionaler Betrachtung.[606] Zweigert gab bereits sehr früh zu bedenken, dass, würde man diese Formulie-

---

600 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

601 Vgl. Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

602 *Bleckmann*, Nationale Grundrechte, S. 269.

603 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

604 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

605 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 67; *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 610; *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 162; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 31 der meint, andernfalls erstarre das Unionsrecht allmählich zum „juristischen Altenheim" der Mitgliedstaaten; *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 336; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Nach Art. 6 EUV, Rn. 22.

606 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 162.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rung wörtlich nehmen, lediglich das keinesfalls hinreichende „gemeinsame Norm-Minimum“ angewendet werden könnte und die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu einem „Asyl der verschiedenen Mängel der einzelnen Rechtsordnungen“ führen würde.[607] Entscheidend sei vielmehr die „beste“ Lösung, weshalb es sich um eine „wertende“ Rechtsvergleichung handle.[608] Auch Schwerdtfeger lässt eine weitgehende, nicht umfassende Kohärenz genügen.[609] Pache möchte dieses Auslegungsergebnis an den Erläuterungen zu Art. 37 GRCh festmachen, der dem Wortlaut nach auf die Verfassungsbestimmungen „einiger“ und gerade nicht „aller“ Mitgliedstaaten verweist.[610] Ein systematisch überprüfender Vergleich aller Inbezugnahmen der Verfassungsüberlieferungen zeigt allerdings, dass die Erläuterungen keinen einheitlichen Begriff verwenden und eine Einschränkung auf einige Mitgliedstaaten nur am angegebenen Ort vorgenommen wird, sodass der Hinweis nicht tragfähig erscheint.[611]

Die Erläuterungen der Grundrechtecharta zu Art. 52 GRCh – die nach Art. 52 Abs. 7 GRCh bei der Auslegung der Charta von den Gerichten der Union gebührend zu berücksichtigen sind – indizieren indes, dass die nationalen Rechtsordnungen zur Begründung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung nicht notwendigerweise inhaltlich übereinstimmen müssen. Zwar beziehen sich die Erläuterungen zum hier relevanten Art. 52 Abs. 4 GRCh lediglich auf den Ansatz des Gerichtshofs hinsichtlich „der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen“[612]; das Ziel einer weitgehenden, nicht notwendi-

---

607 *Zweigert*, RabelsZ 28, S. 601, S. 610, m. w. N.

608 Unter Verweis auf Zweigert a. a. O. S. 611; auch *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 336.

609 *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 68, m. w. N.

610 *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 50 in Fn. 221.

611 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, v. 14.12.2007, Abl. 2007/C 303/17: Die Erläuterungen zu Art. 10: „Das in Absatz 2 garantierte Recht entspricht *den einzelstaatlichen Verfassungstraditionen* und der Entwicklung der einzelstaatlichen Gesetzgebungen in diesem Punkt.“; Erläuterungen zu Art. 14: „Dieser Artikel lehnt sich sowohl an *die gemeinsamen verfassungsrechtlichen Traditionen* der Mitgliedstaaten als auch an Artikel 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK an, der folgenden Wortlaut hat:“; Erläuterungen zu Art. 17: „Es handelt sich um ein gemeinsames Grundrecht *aller einzelstaatlichen Verfassungen*.“; Erläuterungen zu Art. 20: „Dieser Artikel entspricht dem allgemeinen Rechtsprinzip, *das in allen europäischen Verfassungen* verankert ist und das der Gerichtshof als ein Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts angesehen hat.“; Erläuterungen zu Art. 49: „In Absatz 3 wurde der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Straftat und Strafmaß aufgenommen, der durch *die gemeinsamen verfassungsrechtlichen Traditionen* der Mitgliedstaaten und die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften festgeschrieben worden ist.“; Erläuterungen zu Art. 52: „mit dem Ansatz *der Verfassungsordnungen* der Mitgliedstaaten“.

612 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, v. 14.12.2007, Art. 52 GRCh, Abl. 2007/C 303/34.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gerweise vollständigen Kohärenz des Grundrechtsschutzes entspricht jedoch am ehesten den Vorgaben, nicht nur restriktiv den „kleinsten gemeinsamen Nenner" der Grundrechtsgewährleistung zu suchen, sondern stattdessen:

> „die Charta-Rechte dieser Regel zufolge so auszulegen, dass sie ein hohes Schutzniveau bieten, das dem Unionsrecht angemessen ist und mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen im Einklang steht."[613]

Da andernfalls das angestrebte Ziel eines hohen und angemessenen Schutzniveaus nicht zu erreichen wäre,[614] bestünde Einigkeit dahin gehend, dass der Gerichtshof bei einer rechtsvergleichenden Auslegung oder Ergänzung des Gemeinschaftsrechts nicht verpflichtet sei, seiner Entscheidung das gemeinsame Minimum der nationalen Lösungen, ihr arithmetisches Mittel oder die Lösung zugrunde zu legen, die von einer Mehrheit der Rechtsordnungen vorgesehen ist.[615] Verfassungsrechtliche Besonderheiten können aber die objektive Tauglichkeit der Verfassungstradition im Einzelfall aushöhlen.[616]

dd) Auffassung des EuGH

Dieses Ergebnis wird auch durch die oben durchgeführte Rechtsprechungsübersicht bestätigt.[617] Im *Algera*-Urteil ließ der EuGH „gewisse abweichende Einzelheiten" bei drei der sechs untersuchten Mitgliedstaaten nicht genügen, um die generelle Verfassungstradition auszuschalten.[618] Obwohl auch die übrigen Rechtsordnungen nach der rechtsvergleichenden Darstellung des EuGH zu inhaltlich unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, schlussfolgert der EuGH aus dieser Darstellung: „Der Widerruf eines infolge Rechtswidrigkeit fehlerhaften Verwaltungsaktes ist somit in allen Mitgliedstaaten zulässig"[619].

---

613 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, v. 14.12.2007, Art. 52 GRCh, Abl. 2007/C 303/34; vgl. hierzu auch *Bleckmann*, Nationale Grundrechte im, S. 268 ff.; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 68; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 67, m. w. N.; *Lenaerts*, EuR 2012, S. 13, S. 14 f.

614 *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 68; Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, v. 14.12.2007, Abl. 2007/C 303/34.

615 *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 48 f.; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 68; *Geiger/u. a.*, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 8; *Giegerich*, in: EMRK/GG, Kap. 2. C. I. Rn. 29; GA Lagrange v. 4.6.1962 – Hoogovens en Staalfabrieken – Rs. 14/61, Slg. 1962, 511, 570 f.

616 *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 70, m. w. N.

617 *Lenaerts*, International and Comparative Law Quarterly 52, 2003, S. 873, S. 885 ff.

618 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 119.

619 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Leitsatz Nr. 2, Slg. 1957, 81, 119.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Feststellung, dass der Widerruf im französischen Recht fristgebunden ist, führt für den EuGH zu keiner weitergehenden Erkenntnis oder Rechtsfolge.

Der materiellen Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen steht auch entgegen, dass der EuGH im Einzelfall gewisse Rechtsordnungen als tauglicher für einen Rechtsvergleich hält. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Rechtsordnung bei der Ausgestaltung der konkreten Regelungslücke „besonders eindeutig" oder „am weitesten entwickelt"[620] ist.[621] Auch GA Warner kam im *AM&S*-Urteil nach rechtsvergleichender Betrachtung ausgesuchter „am weitesten entwickelter Länder" zu dem Ergebnis, dass, obwohl das italienische – im Unterschied zum englischen, deutschen und französischen – Recht keinen entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz vorsah, ein:

> „Überblick über die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten […] alles in allem genommen […] zu dem Ergebnis führen [muss, Einfg. d. Verf.], dass das Recht auf Anhörung zu den Rechten gehört, die das ‚Recht' im Sinne des Artikels 164 des Vertrages schützt und deren Wahrung deshalb der Gerichtshof zu sichern hat."[622]

Der EuGH schließt sich den Ausführungen an, ohne zu konkretisieren, wann eine Rechtsordnung besonders eindeutig oder am weitesten entwickelt ist, und sieht den allgemeinen Rechtsgrundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt.[623] Die teildivergierenden materiellen Ergebnisse des Rechtsvergleichs lassen die gemeinsame Verfassungstradition also unberührt.[624] GA Slynn schließt hieraus, dass ein verfassungsrechtlicher Grundsatz also nur *weitgehend* anerkannt werden muss, um – nach Entscheidung und zweckmäßiger Inkorporierung durch den Gerichtshof – Bestandteil des Gemeinschaftsrechts zu werden.[625] Dafür sprechen ebenfalls die Ausführungen des EuGH neueren Datums zum *Akzo Nobel*-Urteil, der 27 nationale Rechtsordnungen zu verglei-

---

620 Schlussanträge GA Warner v. 20.1.1981 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1981:9, S. 1633; *Vogel* spricht von einigen wenigen fortschrittlichen Rechtsordnungen, vgl. *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 336.

621 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 119, in Bezug auf das italienische Recht, an dem sich der EuGH letztlich auch hauptsächlich zu orientieren scheint, da er die im französischen Recht vorgesehene Frist unterschlägt; vgl. auch Schlussanträge GA Lagrange v. 4.06.1962 – Hoogovens en Staalfabrieken – Rs. 14/61, ECLI:EU:C:1962:19, Slg. 1962, 511, 570 f. spricht von „*bester* oder *fortschrittlichster* Lösung", im Hinblick auf die Vertragsziele [Hervorh. d. Verf.]".

622 Schlussanträge GA Warner v. 19.9.1974 – Transocean Marine Paint – Rs. 17/74, ECLI:EU:C:1974:91, S. 1091.

623 EuGH, U. v. 23.10.1974 – Transocean Marine Paint – Rs. 17/74, ECLI:EU:C:1974:106, Rn. 15.

624 Vgl. auch Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

625 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

chen hatte und eine „überwiegende Tendenz“ zwar nicht feststellt, jedoch genügen lassen würde:

> „[…] in Bezug auf die Rechtsordnungen der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union [kann, Einfg. d. Verf.] keine überwiegende Tendenz zugunsten eines Schutzes der Vertraulichkeit der unternehmens- oder konzerninternen Kommunikation mit Syndikusanwälten festgestellt werden.“[626]

Die Ausführungen des EuGH sprechen daher dafür, Art. 52 Abs. 4 GRCh nicht dahin gehend auszulegen, dass eine „gemeinsame“ Verfassungsüberlieferung zwingend die materielle Gleichheit der betrachteten nationalen Rechtsordnungen erfordert.

ee) Zwischenergebnis

Im Rahmen der normativen Bewertung ist keine vollständige inhaltliche Übereinstimmung aller nationalen Rechtsordnungen zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung erforderlich. Hierfür spricht, dass die enge Wortlautauslegung bereits nach den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 4 GRCh nicht überzeugt, wonach – anstatt einem restriktiven Ansatz eines „kleinsten gemeinsamen Nenners“ zu folgen – die Charta-Rechte so auszulegen sind, dass sie ein hohes Schutzniveau bieten, das dem Unionsrecht angemessen ist und mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen im Einklang steht. Diese Auslegung spielgelt sich auch in der Rechtsprechungspraxis des EuGH und ergibt sich gleichsam daraus, dass die Anforderungen einer Rechtsvergleichung andernfalls überstrapaziert würden. In der Praxis ist bei 27 Mitgliedstaaten kaum mit vollständig „gemeinsamen“ Rechtstraditionen zu rechnen.

Ist als Mindestanforderung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung nicht der vollständige materielle Konsens aller Mitgliedstaaten erforderlich, stellt sich die Frage, ab wann von einer *hinreichenden* Übereinstimmung gesprochen werden kann. Hierfür müssen die inhaltlichen und numerischen Anforderungen an das Bestehen oder die Ablehnung einer hinreichenden gemeinsamen Verfassungsüberlieferung überprüft werden.

b) Unklare hinreichende Übereinstimmung

Die Anforderungen an eine *hinreichende* materielle Übereinstimmung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sind nicht generell abstrakt und auch

[626] EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 74.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sonst nur unpräzise vorgegeben.[627] Die Unionsgerichte, Generalanwälte und die Literatur haben aber immer wieder inhaltliche und zahlenmäßige Konkretisierungen vorgenommen. Einigkeit dürfte bei allen dahin gehend bestehen, dass die Legitimationswirkung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung zunimmt, umso größer die inhaltlichen Übereinstimmungen sind und umso mehr Mitgliedstaaten vertreten sind. Dadurch reduziert sich das Risiko, dass eine Lösung von anderen Mitgliedstaaten nicht respektiert wird.[628]

aa) Auffassung des EuGH

Aus der Rechtsprechungspraxis des EuGH lassen sich kaum abstrakte und präzisierende Mindestanforderungen für eine hinreichende Übereinstimmung der Verfassungen ableiten. Da er in den Urteilen zumeist auf ausführliche verfassungsvergleichende Begründungen verzichtet, bleibt seine Methodologie weitgehend im Dunkeln.[629] Der Anzahl der Mitgliedstaaten nach genügt dem EuGH im Urteil *Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach* ein Querschnittsvergleich aus *elf* (von 27) Rechtsordnungen zum Nachweis einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung.[630] Inhaltlich erkannte er im *Hoechst*-Urteil ein Grundrecht auf die Unverletzlichkeit der Geschäftsräume aufgrund der „nicht unerheblichen Unterschiede" in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Art und des Umfangs des Schutzes von Geschäftsräumen nicht an.[631] Im *Algera*-Urteil lässt er „gewisse abweichende Einzelheiten" noch genügen.[632] Eine teilweise ablehnende, teilweise unklare, teilweise nicht einheitliche Rechtslage in den nationalen Rechtsordnungen genügte im *Orkem*-Urteil hingegen nicht.[633] Entscheidend ist laut dem EuGH im *Akzo Nobel*-Urteil eine:

---

627 *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Rn. 84 spricht insoweit von (k)einem „hinreichend breiten Konsens".

628 *Lenaerts*, International and Comparative Law Quarterly 52, 2003, S. 873, S. 885 f.

629 *Seyr*, Journal für Rechtspolitik 18, 2010, S. 230, S. 235.

630 EuGH, U. v. 8.5.2019 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2019:390, Rn. 39; und Schlussanträge GAin Sharpston v. 6.12.2018 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 87 ff.

631 EuGH, U. v. 21.9.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 u. 227/88, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 17.

632 EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 119.

633 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 29; und zu den rechtsvergleichenden Ergebnissen Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 112, der „keine klare Feststellung" ermöglicht sieht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„in Bezug auf die Rechtsordnungen der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union […] überwiegende Tendenz“[634],

deren nähere inhaltliche oder numerische Ausgestaltung jedoch offen bleibt. Lenaerts führt insoweit aus:

„In some cases, the Community courts will not find in the national legal systems a sufficient convergence for a solution that can be transported, as such, into the Community legal order. Divergences between the national legal systems, however, often concern details of the solution given in the different legal orders to a certain legal issue. That does not prevent the Community courts from finding a common denominator or dominant idea through the comparative approach. Guided by such general legal tendency, the courts will mould, in the image of the attitude adopted by the national legal orders, a ‚custom-made‘ Community solution taking into account the priorities of the Community legal order, the objectives of the Treaty and the particularities of the Community structures and the Community law.“[635]

Das Kriterium der „überwiegenden Tendenz“ hält der EuGH indessen selbst nicht konstant ein. Im *Mangold*-Urteil konkretisiert er das Verbot der Altersdiskriminierung aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zu einem allgemeinen Grundsatz,[636] obwohl nur *zwei* der damals *15* Mitgliedstaaten ein entsprechendes Verbot vorsahen.[637] Hierbei scheint allerdings selbst für GA Mazák der Bogen überspannt zu sein, wenn er zwar zugesteht, dass der materielle Inhalt der allgemeinen Rechtsgrundsätze stets von „Unbestimmbarkeit“ gekennzeichnet sei, man sich aber „trotzdem mit der Frage auseinandersetzen könne“, ob die Feststellungen des Gerichtshofs im Mangold-Urteil „vernünftig und schlüssig“ seien.[638] An der Grenze eines Vorwurfs der Rechtsbeugung konstatiert er:

„Bei genauerer Prüfung ist es eigentlich ein gewagter Vorschlag und ein bemerkenswerter Schritt, allein aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz das Bestehen eines spezifischen Verbots der Diskriminierung aufgrund des Alters – oder irgendeiner anderen besonderen Diskriminierung der in Art. 1 der Richtlinie 2000/78 genannten Arten – abzuleiten. […] Angesichts der vorstehenden Erwägungen halte ich die im Urteil Mangold gezogene Schlussfolgerung bezüglich des Bestehens ei-

634 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 74; vgl. auch Schlussanträge GA Mischo – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 103.

635 *Lenaerts*, International and Comparative Law Quarterly 52, 2003, S. 873, S. 887.

636 EuGH, U. v. 22.11.2005 – Mangold – Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 74 f.

637 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 150, m. w. N.

638 Schlussanträge GA Mazák v. 15.2.2007 – Palacios de la Villa – Rs. C-411/05, ECLI:EU:C:2007:106, Rn. 86 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nes allgemeinen Verbots der Diskriminierung aufgrund des Alters nicht für unbedingt zwingend."[639]

Die Rechtsprechung sei nicht nur kaum nachvollziehbar, sondern zudem willkürlich.[640] Richter am Bundesverfassungsgericht Landau warf dem Gerichtshof in seinem Sondervotum ein ersichtlich kompetenzüberschreitendes *ultra-vires*-Verhalten vor, bei dem er die Grenzen der methodisch vertretbaren Rechtsfortbildung verlassen habe.[641] Die Herleitung eines spezifischen Diskriminierungsverbots wegen des Alters aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sei nicht vertretbar.[642]

Erst fünf Jahre später entwickelt GAin Kokott auf der Basis des *Mangold*-Urteils einen neuen (rechtfertigenden) Erklärungsansatz und spricht sich, die Anforderungen stark reduzierend, für eine normative und relative Mehrheit der Rechtsordnungen aus.

„Ein […] Rückgriff auf gemeinsame Verfassungsüberlieferungen oder Rechtsgrundsätze setzt nicht notwendigerweise voraus, dass es sich um eine einheitliche oder eindeutig mehrheitliche Tendenz in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten handelt. Vielmehr kommt es auf einen wertenden Vergleich der Rechtsordnungen an, bei dem auch die Ziele und Aufgaben der Europäischen Union sowie der besondere Charakter der europäischen Integration und des Unionsrechts gebührend zu berücksichtigen sind."[643]

Es sei daher:

„keineswegs ausgeschlossen, dass auch ein Rechtsgrundsatz, der nur in einer Minderheit der nationalen Rechtsordnungen bekannt oder gar fest verankert ist, von den Unionsgerichten als Bestandteil der Unionsrechtsordnung identifiziert wird."[644]

Dies gelte insbesondere, wenn der Rechtsgrundsatz „mit Blick auf die Eigenarten des Unionsrechts, die Ziele und Aufgaben der Union sowie die Tätigkeit ihrer Organe von besonderer Relevanz ist" oder einem „im Vordringen

---

639 Schlussanträge GA Mazák v. 15.2.2007 – Palacios de la Villa – Rs. C-411/05, ECLI:EU:C:2007:106, Rn. 89 und 97.

640 Vgl. allgemein zum Vorwurf der fehlenden Nachvollziehbarkeit: *Riedel*, Die Grundrechtsprüfung durch, S. 369 f.; von methodisch dunklen Wegen spricht *Dederer*, ZaöRV 2006, S. 575, S. 613; sowie zum Urteil: BVerfG, U. v. 6.7.2010 – Ultra-vires-Kontrolle Honeywell – 2 BvR 2661/06, Sondervotum zum RiBVerfG Landau, BVerfGE 126, 286, 318 ff., m. w. N.; *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 150.

641 BVerfG, U. v. 6.7.2010 – Ultra-vires-Kontrolle Honeywell – 2 BvR 2661/06, Sondervotum zum RiBVerfG Landau, BVerfGE 126, 286, 318 ff. Rn. 105 ff.

642 BVerfG, U. v. 6.7.2010 – Ultra-vires-Kontrolle Honeywell – 2 BvR 2661/06, Sondervotum zum RiBVerfG Landau, BVerfGE 126, 286, 318 ff., Rn. 109.

643 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 94.

644 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 94 f., die dies jedoch auch auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze bezieht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

begriffenen Trend" entspräche.[645] Der EuGH habe im *Mangold*-Urteil – so GAin Kokott – das Verbot der Altersdiskriminierung daher zu Recht anerkannt, obwohl dies damals keiner einheitlichen oder eindeutig mehrheitlichen Tendenz in den nationalen Rechtsordnungen oder gar im Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten entsprach.[646] Gleichwohl:

> „[…] entsprach jener Grundsatz einer spezifischen Aufgabe der Union im Rahmen der Bekämpfung von Diskriminierungen (Art. 19 AEUV, ehemals Art. 13 EG) und war zudem in Form einer Richtlinie vom Unionsgesetzgeber konkretisiert worden."[647]

Die Anerkennung sei zudem Ausdruck eines „jüngeren Trends" im Bereich des Grundrechtsschutzes gewesen, der durch unverbindliche Rückendeckung der Unionsorgane sowie Billigung der Staats- und Regierungschefs getragen sei.[648]

In Hinblick auf das im *Akzo Nobel*-Urteil relevante Anwaltsgeheimnis erkennt GAin Kokott hingegen „keine vergleichbaren Umstände".[649] Bei den Aufgaben, Befugnissen und allgemein der Tätigkeit der Kommission als Wettbewerbsbehörde sähen die Mitgliedstaaten kein Bedürfnis einer Ausweitung des Anwaltsgeheimnisses vor. Es sei zudem kein eindeutiger oder im Vordringen begriffener Trend ersichtlich, weil mit 15 eine „beträchtliche Zahl von Mitgliedstaaten" Unternehmensjuristen nicht als Rechtsanwälte zulassen würden und in den „allermeisten dieser Mitgliedstaaten" für diese Juristinnen und Juristen das Anwaltsgeheimnis daher nicht gelte.[650] Keine gefestigte Rechtsprechung bestünde hingegen in sieben Rechtsordnungen. Fünf Rechtsordnungen würden den Schutz des Anwaltsgeheimnisses hingegen auch für die unternehmens- oder konzerninterne Kommunikation mit Unternehmensjuristen anerkennen.[651] Dass es sich dabei „nur um eine kleine Minderheit" handelt, erscheint als Argument jedoch widersprüchlich, geht es der General-

---

[645] Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 95.

[646] EuGH, U. v. 22.11.2005 – Mangold – Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 74; Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 96.

[647] Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 96.

[648] Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 96, m. w. N.

[649] Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 98.

[650] Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 99 ff.

[651] Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 101 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

anwältin doch gerade darum, mit Blick auf die Eigenarten des Unionsrechts oder einem im Vordringen begriffenen Trend einen Rechtsgrundsatz zu rechtfertigen, der nur in einer Minderheit der nationalen Rechtsordnungen bekannt oder fest verankert ist. Ein „Trend" kann daher schwerlich mit dem Argument abgetan werden, der Rechtsgrundsatz fände sich lediglich in einer kleinen Minderheit der Mitgliedstaaten.[652]

Letztlich geht der EuGH aber nicht darauf ein, ob er die zwei von GAin Kokott aufgestellten Ausnahmekriterien als zulässig erachtet oder deren rechtliche Würdigung im konkreten Fall teilt.[653] Seine Feststellungen beschränken sich darauf, dass das EuG eine „einheitliche oder eindeutig mehrheitliche Tendenzen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten" nicht erkannt hatte.[654] Die Klägerinnen räumen dies ein,[655] weshalb auch der EuGH in „Bezug auf die Rechtsordnungen der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union keine überwiegende Tendenz" feststellen kann. Insgesamt geht der EuGH damit von einer inhaltlichen und zahlenmäßigen „überwiegenden Tendenz" aus, ohne hierfür objektive Bewertungskriterien zu benennen, anhand derer diese normative Wertung vorgenommen werden soll.[656]

bb) Auffassung der Generalanwältinnen und -anwälte

Die Generalanwältinnen und -anwälte sehen sich früh mit der Frage konfrontiert, wie „ein solches Mosaik nationaler Lösungen" eine gemeinsame Rechtstradition synthetisieren kann.[657] Zur Lösung schlagen auch sie numerische und inhaltliche Anforderungen vor, wobei sie erstaunlich selten ausdrücklich auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen oder -traditionen der Mitgliedstaaten verweisen.

Überwiegend werden *normativ-inhaltliche* Bewertungskriterien für das Bestehen einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung vorgeschlagen. GA Lagrange konkretisiert im Jahr 1962 – soweit ersichtlich – erstmals die normativen Anforderungen der wertenden Rechtsvergleichung. Bei der Heranzie-

652 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 103, die aber in Rn. 105 zudem auf die fehlenden Signale des Unionsgesetzgebers in jüngerer Zeit eingeht, um den jüngeren Trend abzulehnen.

653 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 98 ff.

654 EuG, U. v. 17.9.2007 – Akzo Nobel – verb. Rs. T-125/03 u. 253/03, ECLI:EU:T:2007:287, Rn. 170.

655 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:517, Rn. 73.

656 Vgl. oben § 1 C. V.

657 Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 118, auch unter Verweis auf die Ausführungen von GA Slynn.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hung innerstaatlicher Rechtsordnungen dürfe sich der Gerichtshof nicht darauf beschränken, „ein nur mehr oder weniger arithmetisches „Mittel" zwischen den verschiedenen innerstaatlichen Lösungen zu entnehmen", sondern müsse „in den einzelnen Ländern diejenigen Lösungen auswählen, die im Hinblick auf die Vertragsziele als die *besten* [Hervorh. d. Verf.] oder, wenn man diesen Ausdruck gebrauchen will, als die *fortschrittlichsten* [Hervorh. d. Verf.] erscheinen. Dies ist übrigens auch der Geist, von dem der Gerichtshof sich bisher hat leiten lassen."[658] Ganz ähnlich formuliert GA Roemer im Jahr 1971, dass eine Berücksichtigung der „speziellen Vertragsziele und der Besonderheiten der Gemeinschaftsstruktur" und „vielleicht auch eine Orientierung an der *überlegensten* [Hervorh. d. Verf.] nationalen Regelung" angezeigt sei.[659] Dass er dabei auf Zweigert verweist, impliziert, dass er die allgemeine Methodik der wertenden Rechtsvergleichung im Sinn hat, die Beurteilungskriterien für die normative Wertung der *überlegensten* Regelung anzustellen haben.[660] Auch GA Slynn und später GA Léger verneinen das „arithmetischen Mittel" oder eine „Mehrheitslösung", führen aber daneben positiv auf, „der Gerichtshof hat zu wägen und zu werten und nach der für das konkrete Problem ‚besten' und ‚zweckmäßigsten' Lösung zu suchen".[661] Dabei sei ein „allgemeiner, wenn auch nur in groben Umrissen formulierter Grundsatz" zu ermitteln, der, wenn er „weitgehend anerkannt" wird, „gegebenenfalls Bestandteil des Gemeinschaftsrechts" sein könne.[662] GA Léger betont, es gehe dem Gerichtshof darum, „kritisch" die Lösung herauszuarbeiten, die „im Rahmen des Aufbaus und der Zwecke der Gemeinschaft am *angemessensten* [Hervorh. d. Verf.] erscheint".[663] Die Generalanwälte konkretisieren die Bewertungskriterien für die „beste", „fortschrittlichste", „zweckmäßigste" „angemessenste" oder „überlegenste" Lösung jedoch nicht. GA Slynn betont aber mit dem Verweis auf die allgemeine wertende Rechtsvergleichung, dass es immer auf das konkrete Problem, das konkrete Anwendungsziel im Einzelfall ankomme, was

---

658 Schlussanträge GA Lagrange v. 4.6.1962 – Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken/Hohe Behörde – Rs. C-14/61, ECLI:EU:C:1962:19, S. 570 f.

659 Schlussanträge GA Roemer v. 13.07.1971 – Zuckerfabrik – Rs. 5/71, ECLI:EU:C:1971:96, Slg. 1971, 975, 990.

660 Vgl. oben unter § 1 C. I-VI., insbesondere V.; später dann noch ausdrücklicher in Schlussanträge GA Roemer v. 18.9.1973 – Werhahn/Rat – verb. Rs. C-63-69-72, ECLI:EU:C:1973:95, S. 1258.

661 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1649; Schlussanträge GA Léger v. 17.9.2002 – CCRE – Rs. C-87/01 P, ECLI:EU:C:2002:501, Rn. 64, der betont, dies sei „einhellig anerkannt", a. a. O., Fn. 72, m. w. N.

662 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

663 Schlussanträge GA Léger v. 17.9.2002 – CCRE – Rs. C-87/01 P, ECLI:EU:C:2002:501, Rn. 64.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eine generell abstrakte Beschreibung erschwert. Berücksichtigt man das Anwendungsziel der wertenden Rechtsvergleichung im Unionsrecht – Regelungs- bzw. Auslegungslücke im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz –, präzisiert GA Maduro, worauf sich die Bewertungskriterien beziehen. Es käme entscheidend darauf an, welche der gefundenen Lösungen sich bestmöglich in das Unionsrecht integriere.[664] Der Gerichtshof müsse sich zwar:

> „natürlich von den charakteristischsten Bestimmungen der innerstaatlichen Rechtssysteme inspirieren lassen, aber vor allem darauf achten, eine Lösung zu wählen, die den spezifischen Bedürfnissen und Eigenheiten der Gemeinschaftsrechtsordnung angemessen ist. Der Gerichtshof hat sich, anders gesagt, von den rechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten leiten zu lassen, um für analoge Rechtsfragen, die sich im Gemeinschaftsrecht stellen, eine Antwort zu finden, die sowohl die Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten respektiert als auch dem eigenen Kontext der Gemeinschaftsrechtsordnung angemessen ist. Unter diesem Aspekt kann auch einer Minderheitslösung der Vorrang gegeben werden, wenn sie den Erfordernissen des Gemeinschaftssystems am besten entspricht.“[665]

Käme es allein auf für das Unionsrecht beste Lösung an, könnten auch Minderheitslösungen der Vorrang gebühren. Eine „kleine Minderheit“ von sieben Rechtsordnungen soll allerdings nach GAin Kokott bei entgegenstehenden 17 Rechtsordnungen – und unklar einzuordnenden weiteren Rechtsordnungen – nicht zur Entstehung einer gemeinsamen Verfassungstradition genügen.[666] Demgegenüber stünde die ausdrückliche Ablehnung einer Verfassungstradition in nur einem Mitgliedstaat einer gemeinsamen Verfassungstradition nicht entgegen.[667]

Aufschluss geben könnten die Schlussanträge, in denen die Generalanwälte *numerische* Anforderungen an die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen

---

[664] Schlussanträge GA Maduro v. 20.2.2008 – FIAMM – Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:98, Rn. 55.

[665] Schlussanträge GA Maduro v. 20.2.2008 – FIAMM – Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:98, Rn. 55.

[666] Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 103, hierbei soll es sich um den angelsächsischen Rechtsraum, mithin das Vereinigte Königreich und Irland, aber auch Zypern, die Niederlande, Griechenland, Portugal und Polen handeln.

[667] Ausdrücklich Schlussanträge GA Colomer v. 10.6.2003 – K.B. – Rs. C-117/01, ECLI:EU:C:2003:332, Rn. 28: „Nur die irische und die britische Rechtsordnung scheinen sich dieser allgemeinen Tendenz entgegenzustellen, was nicht daran hindert, eine hinreichend einheitliche Rechtstradition festzustellen, die die Quelle eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts darstellen kann.“; vgl. auch Schlussanträge GA Léger v. 8.4.2003 – Köbler – Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:207, Rn. 77, und darauf vage Bezug nehmend: EuGH, U. v. 30.9.2009 – Köbler – Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Rn. 37; vgl. auch Schlussanträge, GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 93 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stellen. Diese finden sich aber weitaus seltener, auch weil die Generalanwälte die Methode der wertenden Rechtsvergleichung nicht offenlegen. GA Pitruzzella benennt etwa die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen, nimmt aber keine Rechtsvergleichung vor.[668] Er verweist auf GAin Trstenjak, die sich aber auf „mehrere Verfassungstexte" bezieht und daneben für zwei Rechtsordnungen auch die einschlägige Literatur zitiert.[669] GA Léger stellt fest, dass neun der (damals) 15 Mitgliedstaaten den teilweisen Zugang zu Dokumenten vorsähen und drei noch keine entsprechende Entscheidung getroffen hätten.[670] Obwohl die Normen nicht homogen seien, komme in dieser „breiten Übereinstimmung der nationalen Rechte" eine gemeinsame Anschauung zum Ausdruck.[671] Der EuGH folgte dem Antrag, ohne auf die Ergebnisse einzugehen. GA Mengozzi kommt in Hinblick auf die Prozesskostenhilfe für juristische Personen nach einer Prüfung „ohne Anspruch auf Vollständigkeit" der Rechtslage in Frankreich, Italien, Luxemburg und Dänemark zu dem Ergebnis, dass es „keinen wirklichen Grundsatz gibt, der von den Mitgliedstaaten geteilt würde und ggf. auf Unionsebene aufgenommen und verankert werden könnte"[672]. Nachdem er auch die Rechtslage in Deutschland betrachtet, gelangt er zu dem Ergebnis, dass sich „der Praxis der Mitgliedstaaten keinerlei gemeinsam Verfassungstradition entnehmen" lasse.[673] Ob der EuGH – in umgekehrter Herangehensweise – fünf Mitgliedstaaten genügen lassen würde, um eine Verfassungsüberlieferung zu verneinen, bleibt offen. Im Urteil kam es auf die Verfassungsvergleichung nicht an, weil er die Prozesskostenhilfe bereits aus dem in Art. 47 GRCh verankerten effektiven gerichtlichen Rechtsschutz herleitete.[674] GAin Sharpston prüft die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ausführlich anhand einer deskriptiven Darstellung der Verfassungstexte insbesondere von elf Mitgliedstaaten und geht auf die Rechtspre-

---

668 Schlussanträge GA Pitruzzella v. 31.1.2019 – Deutsche Bank – Rs. C-55/18, ECLI:EU:C:2019:87, Rn. 37.

669 Schlussanträge GAin Trstenjak – Stringer – Rs. C-520/06, ECLI:EU:C:2008:38, Rn. 53, Fn. 22; zitiert werden: Luxemburg, Spanien und Italien. Daneben unterscheidet sie die „alten" und die „neuen" Mitgliedstaaten und geht auf die Rechtslage in Zypern, der Slowakei, Polen, Ungarn, Lettland, Litauen, Slowenien, der Tschechische Republik und Estland ein.

670 Schlussanträge GA Léger v. 10.7.2001 – Hautala – Rs. C-353/99 P, ECLI:EU:C:2001:392, Rn. 57 u. 113.

671 Schlussanträge GA Léger v. 10.7.2001 – Hautala – Rs. C-353/99 P, ECLI:EU:C:2001:392, Rn. 58 u. 113.

672 Schlussanträge GA Mengozzi v. 2.9.2010 – DEB – Rs. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:489, Rn. 76 f.

673 Schlussanträge GA Mengozzi v. 2.9.2010 – DEB – Rs. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:489, Rn. 99.

674 EuGH, U. v. 22.12.2010 – DEB – Rs. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, Rn. 63.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

chungspraxis einiger Verfassungsgerichte ein.[675] Sodann kommt sie, ohne weitere normative Ausführungen, zu dem Ergebnis, dass „aus diesem Querschnitt“ eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung ersichtlich sei.[676]

Insgesamt betonen die Generalanwältinnen und -anwälte die normative Berücksichtigung der Interessen des Unionsrechts, ohne einheitliche nummerische Kriterien zu entwickeln.

cc) Auffassung der Literatur

Die Literatur versucht zum Teil, numerische Vorgaben einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung zu entwickeln. Für Jarass lässt sich den Verfassungstraditionen „nur weniger“ Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht das Attribut „gemeinsam“ vorschalten.[677] Dies gelte jedenfalls dann, wenn „die überwiegende Zahl der Mitgliedstaaten“ eine andere Überlieferung kenne.[678] Schneiders verlangt eine größtmögliche Annäherung, die sich bereits dadurch rechtfertige, dass eine durch Synthese vieler Ansichten entwickelte Rechtsansicht dem Fehlen jeglicher Anhaltspunkte vorzuziehen sei.[679] Er spricht sich daher für das arithmetische Mittel als mathematische Schnittmenge der Mengenlehre aus, die er als die größtmögliche Annäherung voneinander abweichender Ansichten bezeichnet.[680] Dies könnte dafür sprechen, für die inhaltliche Übereinstimmung einer Verfassungsrechtstradition eine absolute Mehrheit – also derzeit 14 Mitgliedstaaten – zu verlangen. Gegen diese Auslegung wendet sich allerdings bereits GA Roemer, der 1971 ausführte, dass „auch nicht eine Art Abstimmung mit der Feststellung einer Mehrheit“ erforderlich sei, da es sich gerade um eine wertende, also auch normative Rechtsvergleichung handele.[681] Es sei nicht das niedrigste gemeinsame Niveau, die Norm der unteren Grenze anzuwenden.[682] Dem hat sich die Literatur überwiegend

675 Schlussanträge GAin Sharpston – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 87 ff.

676 Schlussanträge GAin Sharpston – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach – Rs. C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, Rn. 101.

677 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 67.

678 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 67.

679 Vgl. auch *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 78.

680 *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK, S. 78.

681 *Hatje*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Rn. 29; Schlussanträge GA Roemer v. 18.09.1973 – Werhahn – verb. Rs. 63-69/72, ECLI:EU:C:1973:95, Slg. 1973, 1229, 1258.

682 Schlussanträge GA Roemer v. 13.7.1971 – Zuckerfabrik – Rs. 5/71, ECLI:EU:C:1971:96, S. 990.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

angeschlossen.[683] Ladenburger betont die Bedeutung der Verfassungsüberlieferungen als Erkenntnisquelle und lässt einen „von einem hinreichend breiten Konsens der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen getragenen Rechtsgedanken" genügen.[684]

Als Mittelweg schlägt Huber eine funktionale Übereinstimmung anhand von Rechtskreisen vor. Unter Rechtskreisen oder einer Rechtsfamilien versteht man eine Gruppe von Rechtsordnungen verschiedener Nationen, die hinsichtlich ihrer (Rechts-)Systematik, Religion, Kultur, Wirtschaft oder Politik Ähnlichkeiten aufweisen. In der EU werden – vorbehaltlich verschiedener Mischformen – grundsätzlich der angelsächsische „common law" Rechtskreis[685] sowie der römisch-germanischen Rechtskreis unterschieden, wobei sich Letzterer weiter in den romanischen[686], deutschen[687] und den nordischen Rechtskreis[688] aufspaltet.[689] In Bezug auf die „Prägung des romanischen und

683 Der EuGH gehe nicht von einem Minimal- oder Maximalstandard aus, *Hatje*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Rn. 29; wohl unter Verweis auf GA Léger, *Nielsen*, Scandinavian Studies in Law 61, 2015, S. 71, S. 81 f.

684 *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 84.

685 Hierzu zählen klassischerweise Irland und das Vereinigte Königreich.

686 Hierzu zählen Frankreich, Belgien, Luxemburg, Spanien, Italien, Portugal, Rumänien oder die Niederlande, vgl. auch *Kindler/Paulus*, in: Staatslexikon, Nr. 2.

687 Teilweise auch als römisch-germanischer Rechtskreis bezeichnet. Hierzu zählen Deutschland, Österreich und die Schweiz; *Visegrády*, Acta Juridica Hungarica 42, 2001, S. 203, S. 210, zählt auch die Tschechische Republik und Ungarn dazu.

688 Teilweise auch als skandinavischer Rechtskreis bezeichnet. Hierzu zählen Dänemark, Norwegen, Schweden, Island und Finnland, vgl. auch *Visegrády*, Acta Juridica Hungarica 42, 2001, S. 203, S. 211.

689 *Kindler/Paulus*, in: Staatslexikon, Nr. 1, die daneben noch den ehemals sozialistischen Rechtskreis benennen, der aber veraltet wirkt. Sie werden inzwischen oft – ggf. als Mischform – den anderen Rechtskreisen zugeordnet, vgl. *Visegrády*, Acta Juridica Hungarica 42, 2001, S. 203, S. 210, der auf S. 206 zu Rechtsfamilien näher ausführt, die die Rechtskreise weiter unterscheiden. Der Common Law-Rechtskreis wird etwa in die englische und walisische, irische und schottische Rechtsfamilie unterteilt; *Steinert*, Das Recht im internationalen Wirtschaftsverkehr, S. 19; *Hilgendorf*, in: Handbuch Rechtsphilosophie, S. 30 ff., zum kontinental-europäischen Recht; *Linhart/Fabry*, in: Handbuch Rechtsphilosophie, S. 33 ff., zum Common Law; die Unterteilung der Rechts-ordnungen in „Rechtskreise" oder „Rechtsfamilien" geschieht in der Rechtsvergleichung vorrangig mit dem Ziel, die Menge an zu untersuchenden Rechtsordnungen zu reduzieren, indem „repräsentative" Rechtsordnungen gefunden und der Blick auf diese beschränkt wird. Die Methode war bereits Zweigert bekannt, vgl. *Kötz*, HWB-EuP 2009, S. 1, Nr. 1–3, der aber auch darauf hinweist, dass die Methode erhebliche Kritik erfahren habe. Sie gehe zu sehr von einer statischen Konzeption der Rechtsordnungen aus und übersehe, dass diese „im Fluss" seien. Die Unterteilung in Rechtskreise, und damit die Inbezugnahme oder der Ausschluss von Rechtsordnungen, wie auch die Wahl der repräsentativen Vertreter ist zudem klar vorgegeben, sondern untersteht dem Willen des Rechtsvergleichenden; vgl. zum Begriff der Rechtsfamilie auch *Glenn*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 423 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

germanischen Rechtskreises der Europäischen Union“ will Huber nur dann von einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung sprechen, wenn:

> „sie […] in beiden Rechtskreisen und einer substanziellen Zahl von Mitgliedstaaten identifizierbar ist. Dabei kann auch die Anzahl der Unionsbürgerinnen und -bürger, für die entsprechende Regelungen bereits gelten, eine Rolle spielen.“[690]

Dies solle sicherstellen, dass eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung „von unten“ wachse und nicht „von oben“ dezisionistisch dekretiert werde, was eine willkürliche *ultra vires*-Handlung darstelle.[691]

Das Konzept lässt indes zahlreiche Fragen offen, etwa, weshalb zwei Rechtskreise von vornherein „unter den Tisch“ fallen und wann das Quorum der „substanziellen Zahl von Mitgliedstaaten“ erreicht sein soll.[692] Die Kontrolle einer Vielzahl von Rechtordnungen macht zudem die Aufteilung in Rechtskreise obsolet, deren Ziel gerade in der Reduktion der zu vergleichenden Rechtsordnungen liegt. In der Rechtsprechungspraxis des EuGH, der – wie gezeigt – ohnehin auf alle Rechtsordnungen Bezug nimmt, wird nicht mit den Rechtskreisen argumentiert. Gleiches gilt für die Generalanwälte und die Direktion Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation des EuGH.[693] Es erscheint daher nicht im Sinne der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zu sein, zugunsten einzelner Vertreter von Rechtskreisen auf eine Gesamtdarstellung aller Rechtsordnungen zu verzichten.

Andere Teile der Literatur haben abstrakt-generelle Kriterien entwickelt. So konstatiert Seyer – die Rechtsprechung des EuGH und die Rechtsvergleichun-

---

690 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 162.

691 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 162; *Huber* scheint damit aber insgesamt zu einseitig aus der Perspektive eines Verfassungsrichters zu schreiben, der die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als etwas sieht, was in den nationalen Rechtsordnungen geboren wird. Damit wird hingegen nur ein gemeinsames Minimum zugelassen. Die komplexe Grenzziehung zwischen noch zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung des EuGHs wird dadurch aber nicht konkretisiert.

692 An der Lehre von den Rechtskreisen wurde generelle Kritik laut, vgl. hierzu *Kötz*, HWB-EuP 2009, S. 1, S. 3. Die Zuordnung der Rechtsordnungen zu den Rechtskreisen ist danach Veränderungen unterworfen, was es bei deren Inbezugnahme zu berücksichtigen gilt.

693 Die Generalanwälte weisen aber in anderen rechtsvergleichenden Zusammenhängen auf die Rechtskreise, nicht aber auf Argumentationsebene hin, vgl. Schlussanträge GA Pikamäe v. 3.12.2020 – VK – Rs. C-739/19, ECLI:EU:C:2020:988, Rn. 23 u. Fn. 4: „Nun gibt es aber in Europa aufgrund seiner langen und komplexen Geschichte zahlreiche Traditionen, die sich der Vielfalt der Rechtskulturen zuordnen lassen und von denen jede die ihr eigenen Besonderheiten aufweist.“ Die Direktion Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation geht zwar auf die „legal systems“ ein, bezeichnet damit aber die Rechtsordnungen als solche, vgl. z. B. Bericht „Impact of ongoing criminal proceedings on the conduct of disciplinary proceedings“, abrufbar unter: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-09/ndr_2020_001_neutralisee_en.pdfn (zuletzt besucht am: 6.6.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gen der Generalanwälte gesamt betrachtend –, dass der Gerichtshof weder das gemeinsame Minimum noch das gemeinsame Maximum der Rechtsordnungen anwende, sondern diejenige Lösung, die den Zielen und Strukturprinzipien der Union am *besten* gerecht werde.[694] Auch Nielsen spricht von der „best national solution".[695] Dies entspricht auch der von Lenaerts oben angesprochenen „dominant idea".[696] Der EuGH bilde die Tradition der Mitgliedstaaten „rechtsschöpferisch fort", wobei essenziell sei, dass die Lösung für die Mitgliedstaaten akzeptabel bleibe und sich in die Ziele der Union einfüge.[697] Wann dies der Fall ist, lässt Seyer aber offen.[698] In Bezug auf die Grundrechte stelle der EuGH das zu berücksichtigende Grundrecht jedoch zunächst „verfassungsvergleichend fest, dann ‚filtert' er es und zuletzt gestaltet er es aus, indem er es der Struktur und den Zielen der Union anpasst"[699]. Hatje kritisiert die „Struktur und Ziele der Union" aber als „sehr unbestimmt" und deutet – wohl mahnend – auf den weiten Gestaltungsspielraum und die rechtsschöpferische Funktion des Gerichtshofs hin.[700] Konkretisierend schlägt Mayer vor, den Inhalt und die Begrenzung der Grundrechte am Maßstab der Verhältnismäßigkeit des Individualrechts und Unionsinteresses vorzunehmen.[701] Es erscheint gleichwohl fraglich, ob die materiellen Anforderungen an eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung dadurch konkretisiert werden. Letztlich soll dem EuGH mit der normativen Rechtsvergleichung ein flexibles Instrument zur Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzniveaus im Unionsrecht zur Verfügung stehen, bei dem die stetig wandelnden gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquelle berücksichtigt werden sollen,[702] um ein „offenes", der Absorption innovativer und fortschrittlicher nationalstaatlicher Rechtsideen zugängliches Grundrechtsschutzkonzept zu gewährleisten, das die Kohärenz der Rechtsordnungen berücksichtigt.[703] Zur Erreichung eines hohen Schutzniveaus der Grundrechte

694 *Seyr*, Journal für Rechtspolitik 18, 2010, S. 230, S. 233.

695 *Nielsen*, Scandinavian Studies in Law 61, 2015, S. 71, S. 82; vgl. auch *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Nach Art. 6 EUV, Rn. 20.

696 *Lenaerts*, International and Comparative Law Quarterly 52, 2003, S. 873, S. 887.

697 *Seyr*, Journal für Rechtspolitik 18, 2010, S. 230, S. 233.

698 *Seyr*, Journal für Rechtspolitik 18, 2010, S. 230, S. 235, will jedoch einen kaum weiterführenden Zweischritt aus der Logik ableiten: Zum einen werde das fließende Material gesichtet, das in einem zweiten Schritt einer Prüfung anhand der unionsrechtlichen Strukturen und Zielen unterzogen wird.

699 *Seyr*, Journal für Rechtspolitik 18, 2010, S. 230, S. 236.

700 *Hatje*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Rn. 29.

701 *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Nach Art. 6 EUV, Rn. 22.

702 *Weber*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, B. II. 2. Rn. 17.

703 Vgl. zur Begrifflichkeit *Małolepszy*, in: Festschrift Szwarc, S. 20; vgl. auch *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, S. 31.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und um durch die Auslegung der Charta die angemessenste oder beste Lösung für das Unionsrecht zu generieren,[704] verbleibt dem EuGH ein erheblicher Spielraum, welche Verfassungsüberlieferungen anerkannt werden, welche Grundsätze daraus übernommen und auf das Unionsrecht übertragen werden können.[705] Dem stünden zu präzise Vorgaben einengend entgegen.

dd) Fazit

Die Untersuchung hat gezeigt, dass keine einheitlichen *numerischen* oder *generell abstrakten* Mindestanforderungen für die normative Bewertung der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zur Begründung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung existieren.[706] Dies ist in erster Linie dem Aspekt geschuldet, dass der EuGH zwar zweifelsohne rechtsvergleichende Überlegungen, Argumente und Wertungen, anstellt, diese aber selten in seinen Urteilen publik macht oder gar erläutert. Gleiches gilt für die rechtsvergleichenden Vorarbeiten – die „Recherchevermerke" – der Direktion Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation, die zwar die Länderberichte erstellt, aber keine normative Wertung der Ergebnisse vornimmt, die damit weitestgehend im Dunkeln bleibt. Die Generalanwälte haben in ihren Schlussanträgen jedoch einige generell abstrakte Wertungskriterien entwickelt, die der EuGH – wie etwa im *Akzo Nobel*-Urteil – teilweise übernimmt. Dadurch wird der Wertungsakt allerdings kaum präzisiert, weil der EuGH nicht ausführt, wann „nicht unerhebliche Unterschiede", „gewisse abweichende Einzelheiten" oder eine „allgemeine" bzw. „überwiegende Tendenz" vorliegen.

Die Kriterien indizieren dem Wortlaut nach aber ein numerisches Überwiegen, dem sich Teile der Literatur anschließen, die eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung am arithmetischen Mittel bzw. einer überwiegenden Zahl der Mitgliedstaaten festmachen wollen. Insoweit spricht auch der EuGH von einer „beträchtlichen Zahl" von Mitgliedstaaten. Als abstrakte Anforderung ließe sich damit die absolute oder relative *Mehrzahl der Mitgliedstaaten* verlangen, die ein Grundrecht oder eine Auslegung als gemeinsame Verfassungsüberlieferung befürworten oder ablehnen. Konkretisierend ließe sich ebenfalls auf die relative oder absolute *Mehrzahl der Gesamtbevölkerung* abstellen oder die hinreichende Vertretung europäischer *Rechtskreise*. Ein verbindliches und abstraktes numerisches Quorum, ab dem eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung vorliegt, besteht aber nicht.

---

704 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 67.

705 *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 48.

706 Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Nach Art. 6 EUV, Rn. 20.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Andere betonen daher die Bedeutung normativer Kriterien im Rahmen der „wertenden“ Rechtsvergleichung und stellen auf die „beste“, „fortschrittlichste“, „zweckmäßigste“ oder „überlegenste“ Lösung für das Unionsrecht ab. Dies soll zum Teil so weit reichen, dass auch eine absolute Minderheit von zwei mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen für das Bestehen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes genügt, wenn dies nur „mit Blick auf die Eigenarten des Unionsrechts, die Ziele und Aufgaben der Union sowie die Tätigkeit ihrer Organe von besonderer Relevanz ist“ oder einem „im Vordringen begriffenen Trend“ entspricht. Damit rücken die Anwendungsziele der wertenden Rechtsvergleichung im Unionsrecht – Regelungs- bzw. Auslegungslücken im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz zu schließen – in den Fokus. Nur so ließe sich die rechtschöpferische Flexibilität des EuGH und die Funktion der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als Lösungsreservoir aufrechterhalten und verkämen nicht zur Idee des „kleinsten gemeinsamen Nenners“.

Insgesamt und den Telos der Verfassungstraditionen im Blick behaltend, erfordert die Identifikation einer gemeinsamen Verfassungstradition einen gesamteuropäischen Ansatz, womit sich zwei abstrakte Anforderungen an das „Gemeinsamkeitskriterium“ ergeben:

Zum einen zeigt die Entwicklung der Rechtsprechungspraxis, dass die Anforderungen an die Kongruenz der Verfassungsrechtstraditionen abnehmen, je weiter sich der Anwendungszweck der wertenden Rechtsvergleichung von der Genese neuer Grundrechte zur Auslegung der Grundrechte verlagert. So wird für die Geltung eines Grundsatzes des Anwaltsgeheimnisses[707] oder der Selbstbelastungsfreiheit[708] eine gemeinsame Rechtstradition festgestellt, die zwar einen grundsätzlichen Schutz vorsieht, dessen konkrete Umsetzungen im Einzelfall hingegen stark voneinander abweichen. Dies wäre vor dem Hintergrund nachvollziehbar, dass das Bestehen spezifischer Grundrechte den Verfassungen entnommen werden kann, die Ausgestaltung und Schutzumsetzung im Einzelnen jedoch dem einfachen Recht überlassen bleibt, das bei 27 Rechtsordnungen und -strukturen stets einzelne Abweichungen aufzeigen wird. Durch die erhöhten Anforderungen bei der Genese ungeschriebener

[707] Vgl. schon oben unter C. II. 1. c) dd); EuGH, U. v. 15.5.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 19 f., der feststellt, dass ein solcher Schutz „in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten“ im Grundsatz anerkannt wird, es „in manchen Mitgliedstaaten“ jedoch Einschränkungen hinsichtlich des Geltungsbereichs gibt.

[708] Vgl. schon oben unter C. II. 1. c) ff); Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 111 ff., der feststellt, dass jedenfalls alle Rechtsordnungen dem formell Angeklagten im Kriminalstrafverfahren das Schweigerecht zugestehen, die präzisierenden Anforderungen jedoch voneinander abweichen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Grundrechte wird zudem verhindert, dass der EuGH den ordentlichen Rechtssetzungsprozess leichtfertig durch richterliche Rechtsfortsetzung umgeht.

Zum anderen scheinen die Anforderungen mit der Zunahme der Rechtsordnungen zu sinken. Während im *Algera*-Urteil bei sechs Mitgliedstaaten nur „gewisse abweichende Einzelheiten" bestehen dürfen,[709] stellt GA Mischo im *Hoechst*-Urteil eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung von elf Mitgliedstaaten entgegen einer abweichenden Rechtstradition der Niederlande fest.[710] Im *Akzo Nobel*-Urteil stellt der EuGH dagegen nur noch auf eine überwiegende Tendenz ab.[711]

ee) Stellungnahme

In Hinblick auf die Unbestimmtheit der „überwiegenden Tendenz" wäre es begrüßenswert, wenn der EuGH die Mindestanforderungen des Kriteriums präzisierte. Damit ist aber kaum zu rechnen, besteht doch weiterhin ein Interesse an der Wahrung des Beratungsgeheimnisses und dem Schutz mühsam erkämpfter Kompromisse im Rahmen der Urteilsfindung.[712]

Der dem EuGH damit verbleibende Spielraum darf aber nicht durch die „normativen Kriterien" übermäßig erweitert werden. Versteht man die wertende Rechtsvergleichung mit der herrschenden Meinung als Instrument zur Genese einer gemeinsamen Verfassungstradition, muss sich die normative Wertung der Vergleichsergebnisse zunächst darauf beziehen, ob aus den Verfassungen auch eine gemeinsame Tradition erwächst. Der Bezugspunkt ist also zunächst lediglich die nationale Verfassung und nicht die normative Brauchbarkeit für das Unionsrecht. Darin unterscheidet sich die allgemeine wertende Rechtsvergleichung von der im Unionsrecht. Rechtsergebnisse aus Belgien, Frankreich oder Dänemark stehen sich dort gleichberechtigt gegenüber und können ohne weiteren Zwischenakt auf ihre Tauglichkeit im nationalen Recht überprüft werden. Auf Unionsebene muss aus den Rechtsergebnissen der nationalen Rechtsordnungen sowohl nach Art. 6 Abs. 3 EUV als auch Art. 52 Abs. 4 GRCh zunächst eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung gebildet werden. Zunächst ist daher die Lösung zu finden, die – losgelöst von ihrer normativen Bewertung im Unionsrecht – in den gemeinsamen Verfas-

[709] EuGH, U. v. 12.7.1957 – Algera u. a. – Rs. C-7/56 u. a., ECLI:EU:C:1957:7, Slg. 1957, 81, 119.

[710] Vgl. schon oben unter C. II. 1. c) ee); Schlussanträge GA Mischo v. 21.2.1989 – Hoechst – Rs. 46/87 u. a., ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 103.

[711] EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 74.

[712] *Seyr*, Journal für Rechtspolitik 18, 2010, S. 230, S. 239.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sungen wurzelt.[713] Dies ergibt sich auch aus den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 4 GRCh, wonach das „hohe Schutzniveau" der Charta-Rechte das übergeordnete Ziel der wertenden Rechtsvergleichung ist, nicht die Angemessenheit im Unionsrecht.

Erst dann kann in einem zweiten normativen Wertungsakt geprüft werden, ob sich *diese* Lösung bzw. *welche der* Lösungen sich am besten in das Unionsrecht einfügt. Anders als GAin Kokott in Hinblick auf das *Mangold*-Urteil meint, ist das Ziel der wertenden Rechtsvergleichung daher nicht umgekehrt, unionsrechtlich gewollte Lösungen oder Trends anhand weniger Rechtsordnungen zu legitimieren. Nicht jede einzelne Verfassungsordnung eines Mitgliedstaats, sondern die *gemeinsame* Verfassungstradition *der* Mitgliedstaaten bildet das Ideenreservoir. Der Versuch, extreme Minderheitslösungen – von zwei Rechtsordnungen – zur Legitimationsgrundlage zu machen, weil sie sich gut in das Unionsrecht einfügen oder einem „Trend" entsprechen, verkennt die Legitimations-, Rückkopplungs- und Akzeptanzfunktion, die die wertende Rechtsvergleichung in Bezug auf die Mitgliedstaaten hat.[714] Es gehe darum, eine Lösung zu finden:

> „[…] which has the advantage of being ‚compatible' with the traditions of the Member States and of not hurting special sensitivities in certain Member States. The Community judge will establish the middle line which has the best chances of surviving the relentless conflicts between the requirements of Community law and the interests of the national systems. In other words, he will seek a solution that does not risk encountering incomprehension or resistance in some Member States, which could undermine the effectiveness and the uniform application of Community law."[715]

Daraus folgt, dass es, im Unionsrecht einen zweifachen normativen Wertungsakt braucht. Einmal zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung und einmal zur Prüfung, ob und welches Ergebnis sich bestmöglich in die Union integrieren lässt. Für das Mangold-Urteil bedeutet diese Zweiteilung der normativen Wertung, dass bei nur zwei Mitgliedstaaten *nicht* von ei-

---

713 *Lenaerts*, International and Comparative Law Quarterly 52, 2003, S. 873, S. 880.

714 *Lenaerts*, International and Comparative Law Quarterly 52, 2003, S. 873, S. 879.

715 *Lenaerts*, International and Comparative Law Quarterly 52, 2003, S. 873, S. 879 f., [deutsch:] „die den Vorteil hat, mit den Traditionen der Mitgliedstaaten ‚vereinbar' zu sein und besondere Empfindlichkeiten in bestimmten Mitgliedstaaten nicht zu verletzen. Der Gemeinschaftsrichter wird den Mittelweg finden, der die besten Chancen hat, die unablässigen Konflikte zwischen den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts und den Interessen der nationalen Systeme zu überstehen. Mit anderen Worten, er wird eine Lösung suchen, die nicht Gefahr läuft, in einigen Mitgliedstaaten auf Unverständnis oder Widerstand zu stoßen, was die Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen könnte".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ner gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten ausgegangen werden kann. Als zusätzliche Legitimationsquelle eines unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes würden die Verfassungsüberlieferungen damit ausscheiden.

Die Anwendung des Grundsatzes der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ist vor diesem Hintergrund mit besonderer Vorsicht anzuwenden. Keinesfalls darf er von den Unionsgerichten dazu missbraucht werden, leichtfertig und von oben herab sowie unter Bezugnahme auf eine vermeintliche gemeinsame Tradition über den eigenen Kompetenzbereich wirkende Grundrechte zu entwickeln. Weniger bedenklich erscheint die Anwendung im Rahmen der Grundrechtsauslegung. Dort schafft der EuGH keine neuen Kompetenzbereiche zulasten der Mitgliedstaaten, sodass es an der strukturellen Bedeutsamkeit einer *ultra-vires*-Handlung fehlt.[716]

c) Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat einerseits ergeben, dass eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung nicht aus der Betrachtung einer einzelnen Rechtsordnung entsteht. Andererseits muss keine materielle Übereinstimmung aller Mitgliedstaaten vorliegen. Die weiteren numerischen oder abstrakt generellen Kriterien sind dagegen kaum in der Lage, die materiellen Anforderungen an eine wertende Rechtsvergleichung belangvoll zu konkretisieren. In jedem Fall ist trotz gewisser möglicher Abweichungen eine „überwiegende Tendenz“ in den Rechtsordnungen erforderlich. Dabei sind strengere Anforderungen an eine „gemeinsame“ Verfassungstradition zu stellen, je eher die wertende Rechtsvergleichung zur Genese ungeschriebener Grundrechte dient und je mehr Mitgliedstaaten in den Vergleich einbezogen werden. Umso spezifischer die Auslegung Einzelfallfragen des Schutzbereichs oder der Einschränkung von Grundrechten im einfachen Recht tangiert, desto geringer sind die Anforderungen. Einfließen muss damit auch die Frage, welche Länder überhaupt für die Forschungsfrage einschlägige Rechtsregelungen vorsehen bzw. inwieweit die Rechtslage hinreichend klar erkennbar ist. Bereits Generalanwalt Darmon konstatiert insoweit, dass das Ergebnis eines Vergleichs davon bestimmt wird, wie weit oder eng man den Vergleichsradius zieht.[717] Letztlich verbleibt damit ein – gewollter, aber unbefriedigender – erheblicher Spielraum des EuGH, ab

[716] Aus diesem Grund hat auch das deutsche Bundesverfassungsgericht in der dargestellten Entscheidung Mangold des EuGH, in der dieser aus nur zwei Rechtsordnungen das Verbot der Altersdiskriminierung abgeleitet hat, keinen ultra vires-Verstoß festgestellt, vgl. *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 163.

[717] Vgl. Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – Rs. 374/87, ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 112.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

welchem Grad der Übereinstimmung er die Voraussetzungen an eine gemeinsame Verfassungstradition gegeben sieht.

2. Keine zeitliche Mindestanforderung einer „Überlieferung“

Anders als es der Wortlaut „Überlieferung und Tradition“ des Art. 52 Abs. 4 GRCh und Art. 6 Abs. 3 EUV dem natürlichen Sinn nach impliziert – eine über längeren Zeitraum entwickelte, weitergegebene und weiterhin Bestand habende Sitte[718] –, herrscht Einigkeit darüber, dass die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten keinen zeitlichen Mindestbestand voraussetzen.[719] Dies dürfte dem Telos der wertenden Rechtsvergleichung als punktueller Bestandsaufnahme des gegenwärtigen und potenziell einem ständigen Wandel unterworfenen Grundrechtestands der Mitgliedstaaten zur Auslegung einer konkreten Rechtsfrage entsprechen. Vor diesem Hintergrund stellt eine gemeinsame Verfassungstradition lediglich eine notwendig unvollständige Momentaufnahme der Rechtsordnungen dar, die durch weitere innerstaatliche oder außerstaatliche Erkenntnisse und Rechtsentwicklungen widerlegbar ist.[720] Selbstverständlich steht es dem nationalen wie auch dem Unionsgesetzgeber frei, gefundene Lösungen durch Gesetzgebungsakte zu ändern.

Auch der EuGH bzw. die Generalanwälte beziehen sich in der Rechtsprechungspraxis allein auf den *Status quo* der Rechtslage in den Mitgliedstaaten. Ausführungen zu Anforderungen, wie lange diese schon vorherrschen, finden sich nicht. Soweit GAin Kokott in ihren Schlussanträgen von einem „jüngeren Trend im Bereich des Grundrechtsschutzes auf Unionsebene“[721] spricht, geschieht die nicht in Hinblick auf *zeitliche* Minderstandforderungen. Als *materieller* Mindestanforderung der „gemeinsamen“ Verfassungsüberlieferung sei in diesem Fall aber unbeachtlich, dass keine „mehrheitliche Tendenz“ in den Rechtsordnungen bestünde und ein Rechtsgrundsatz „nur in einer Minderheit der nationalen Rechtsordnungen bekannt ist“[722]. Zudem

---

718 Nach dem Duden ist eine „Tradition“: „etwas, was im Hinblick auf Verhaltensweisen, Ideen, Kultur o. Ä. in der Geschichte, von Generation zu Generation [innerhalb einer bestimmten Gruppe] entwickelt und weitergegeben wurde [und weiterhin Bestand hat]“ https://www.duden.de/rechtschreibung/Tradition (zuletzt besucht am: 2.6.2021).

719 *Jarass*, Art. 52 GRCh, Rn. 67, m. w. N.; *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 50.

720 Vgl. Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

721 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 95 f., in Bezug auf EuGH, U. v. 22.11.2005 – Mangold – Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

722 Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 94 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sprechen weder der EuGH noch GA Tizzano im *Mangold*-Urteil von einem „jungen Trend".[723]

Letztlich wird eine vom EuGH bereits einmal untersuchte gemeinsame Verfassungstradition lediglich punktuell überprüft und aktualisiert. In der Entscheidung Akzo Nobel, die inhaltlich an die Entscheidung AM&S anknüpft, stellt der EuGH etwa Folgendes fest:

> „Nach Auffassung des Gerichtshofs hat sich die Rechtslage in den Mitgliedstaaten der Union in den Jahren seit der Verkündung des Urteils AM & S Europe/Kommission nicht in einem Maße entwickelt, das es rechtfertigen würde, eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung in dem Sinne zu rechtfertigen […]."[724]

Daraus lässt sich schlussfolgern, dass eine einmal gefundene Verfassungsüberlieferung ständigem Wandel unterworfen ist. Gleichzeitig geht ein einmal entwickelter Grundsatz auch dann nicht sofort unter, wenn er „in manchen Mitgliedstaaten" modifiziert oder für unanwendbar erklärt wird.[725]

3. Zwischenergebnis

Eine gemeinsame Verfassungstradition bedarf keiner *vollständigen* inhaltlichen Übereinstimmung der nationalen Rechtsordnungen. Sie ist als gegenwärtige Bestandsaufnahme darüber hinaus nicht an zeitliche Anforderungen geknüpft.

Zur Determinierung der *hinreichenden* inhaltlichen Übereinstimmung wurde eine Vielzahl numerischer und generell abstrakter Kriterien entwickelt. Es müsse sich zahlenmäßig um die Verfassungstradition einer *substanziellen*, *beträchtlichen* Zahl oder der *allermeisten* Mitgliedstaaten handeln. Dabei dürfen inhaltlich nur *unerhebliche Unterschiede*, *gewisse Abweichungen* oder eine *überwiegende Tendenz* bestehen. Andererseits sollen das arithmetische Mittel oder reine Mehrheitserwägungen nicht entscheidend sein. Die wertende Rechtsvergleichung verlangt als normativ abstrakte Kriterien die Wahl der *besten*, *fortschrittlichsten*, *überlegensten*, *zweckmäßigsten* oder *angemessensten* Lösung der nationalen Rechtordnungen. Bezugspunkte sind – nach der Auffassung der Generalanwälte – die Aufgaben, Ziele und die Struktur des Unionsrechts. Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Bezugspunkte der normativen Wertung hingegen die „Gemeinsamkeit" der Verfassungstradition und die Bewertung in Hinblick auf das hohe grundrechtliche Schutz-

723 EuGH, a. a. O.; Schlussanträge GA Tizzano v. 30.6.2005 – Mangold – C-144/04, ECLI:EU:C:2005:420.

724 EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 76.

725 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

niveau. Daran schließt sich in einem zweiten Schritt – dazu sogleich – die normative Wertung der Integration in das Unionsrecht an. Alle genannten Kriterien bleiben allerdings zugunsten einer flexiblen Handhabung des Grundrechtsschutzes durch den EuGH unbestimmt. Dieser führt keines der Kriterien näher aus. Der Vorwurf fehlender Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit,[726] die die Verfassungsüberlieferungen in den Bereich der Willkür rücken, erscheint daher nicht von vornherein unbegründet.[727]

Hiergegen spricht zum einen, dass sich die Lösungen einer wertenden Rechtsvergleichung kaum abstrakt-generell vorzeichnen lassen.[728] Zum anderen besteht jedenfalls ein in groben Zügen strukturiertes methodologisches Grundgerüst zur Durchführung der wertenden Rechtsvergleichung. Mit Blick auf deren allgemeinen Voraussetzungen variieren auch im Unionsrecht die numerischen und normativen Anforderungen an die „Gemeinsamkeit" der Verfassungsüberlieferungen. Sie hängen von der konkreten Forschungsfrage, der daraus folgenden Wahl der Rechtsordnungen sowie den Ergebnissen der Länderberichte im Einzelfall ab. Wie viele Rechtsordnungen haben das Grundrechtsproblem ausdrücklich geregelt? Wie viele haben es nicht oder nicht eindeutig geregelt, weil etwa Rechtsprechung, Gesetzgeber und Literatur unterschiedlicher Auffassung sind? Gibt es eine gleich starke oder stärkere entgegengesetzte Verfassungsüberlieferung? Selbst wenn man vom arithmetischen Mittel – bei 27 Mitgliedstaaten derzeit also 14 Rechtsordnungen – nach unten abweicht, erscheint es willkürlich, die „überwiegende Tendenz" abstrakt bei zwölf, zehn, acht oder fünf Rechtsordnungen festzusetzen. Generell wird man nur sagen können, dass die Legitimität einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung größer ist, je mehr Rechtsordnungen, Literatur, Rechtsprechungspraxis, Rechtskreise oder Bevölkerungsanteile repräsentiert werden. Dies entspricht dem Telos der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen, als flexible Inspirationsquelle für den EuGH zur Schließung unionaler Grundrechtsschutzlücken eine Legitimation für das Auslegungsergebnis zu generieren.

VI. Fazit

Zusammengefasst besteht eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung damit dann, wenn eine – in Abhängigkeit des Zwecks, der Rechtsfrage und der betrachteten Rechtsordnungen – belangvolle Anzahl von Mitgliedstaaten Rechtslösungen im Rahmen der Auslegung oder zur Schließung der untersuchten unionsrechtlichen Schutzlücke aufweisen, die funktional große inhalt-

726 *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Nach Art. 6 EUV, Rn. 20.

727 *Huber*, EuR 2022, S. 145, S. 150, m. w. N.

728 *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 59.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

liche Ähnlichkeiten aufweisen, ohne dass eine ebenso belangvolle Anzahl von Mitgliedstaaten eine erheblich abweichende Rechtslösung vorweist. Kriterien wie die repräsentierte Gesamtbevölkerungszahl, die Rechtskreise oder die Anzahl der Rechtsordnungen können indizieren, ob die wertende Rechtsvergleichung auch zu einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung führt.

D. Zusammenfassende unionsrechtliche Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung

Anhand der bisherigen Untersuchungsergebnisse lässt sich die unionsrechtliche Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung herausarbeiten. Unterscheidet man dabei zwischen formellen und materiellen Anforderungen,[729] ergibt sich ein Sechsschritt.

In *formeller* Hinsicht bedarf es einer konkreten Forschungsfrage oder eines Sachproblems (1.), die sich aufgrund des Anwendungszwecks der wertenden Rechtsvergleichung auf eine Regelungslücke im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz bei der Genese oder Auslegung der Grundrechte beziehen müssen. Akzessorisch bedarf es der Wahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen (2.), wobei grundsätzlich alle Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten einzubeziehen sind. Zuletzt ist das das *tertium comparationis* abzustecken (3.). Der Ländervergleich ist auf denjenigen Ausschnitt der nationalen Rechtsordnungen zu fokussieren, der funktional die unionsrechtliche Regelungslücke bestmöglich ausfüllt.

In *materieller* Hinsicht müssen die Länderberichte der ausgewählten Rechtsordnungen erstellt werden (4.) Dabei sind die einzelnen nationalen Verfassungsrechtsordnungen deskriptiv und objektiv in Hinblick auf den zu untersuchenden Grundrechtsschutz darzustellen, wobei die individuellen Lösungen für die dem Unionsrecht vergleichbaren Regelungslücken herauszuarbeiten sind. Zur Konkretisierung sind das einfache Recht, die Literatur und die Rechtsprechung einzubeziehen. Die gefundenen Ergebnisse müssen dann in einem deskriptiven Querschnittsvergleich aufbereitet werden (5.). Zuletzt erfolgt die normative Betrachtung der Ergebnisse, bei der die gefundenen nationalen Lösungsansätze auf ihre „hinreichende Gemeinsamkeit“ im Sinne

[729] Die formellen Elemente beziehen sich als Vorfragen auf den Zuschnitt der Länderberichte und den Gegenstand, der verglichen werden soll. Die materiellen Elemente beziehen sich auf die Darstellung der Rechtsordnungen und die normative Wertung, die der Rechtsvergleichende aus dem Ergebnis zieht. Die Unterscheidung erscheint sinnvoll, weil eventuelle Kritik an der wertenden Rechtsvergleichung zielgerichteter erfolgen kann.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einer „überwiegenden Tendenz“ hin in einer Gesamtbetrachtung überprüft werden, um eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung zu bilden (6.). Maßgebliche objektive Kriterien können dabei die relative und absolute Anzahl der Mitgliedstaaten sein, die eine materiell vergleichbare Lösung gefunden haben, die vertretene Bevölkerungsanzahl oder die vertretenen Rechtskreise. Einfließen kann auch, ob es inhaltlich nur marginale, erhebliche oder entgegenstehende Abweichungen gibt. Die Anforderungen dürften dabei strenger sein, je eher es sich um eine Grundrechtsgenese handelt, und großzügiger im Rahmen der Auslegung. Dies entspricht dem Telos der Auslegung als Inspirationsquelle, in größerem Umfang flexible Lösungen für das Unionsrecht zu finden. Nach hier vertretener Auffassung ist es für die Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung hingegen zunächst unbeachtlich, ob sich eine Lösung als die „beste“, „fortschrittlichste“, „zweckmäßigste“ oder „überlegenste“ Lösung für das Unionsrecht darstellt. Erst wenn eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung materiell festgestellt wurde, ist in einem zweiten normativen Wertungsakt zu prüfen, ob sich die gefundene gemeinsame Verfassungsüberlieferung in das Unionsrecht einfügt.

§ 3 Ergebnis

Im Rahmen der Untersuchung wurde ein Prüfungsschema für die Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten anhand einer wertenden Rechtsvergleichung entwickelt. Die so ggf. festgestellte gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten verpflichtet die Unionsgerichte grundsätzlich dazu, einen entsprechenden Grundrechtsschutz zu gewährleisten.[730] Eine national übereinstimmende Verfassungstradition darf indes sowohl für die Grundrechtsgenese als auch für die Grundrechtsauslegung nicht ungeprüft auf das Unionsrecht übertragen werden. Die festgestellte gemeinsame Verfassungsüberlieferung ist lediglich eine Rechtserkenntnisquelle, keine Rechtsquelle.[731] Erforderlich ist daher ein weiterer – von der Genese der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung getrennter – normativer Akt zur Überprüfung, ob sich die gefundene gemeinsame Verfassungsüberlieferung als allgemeiner Grundsatz materiellrechtlich in das Unionrecht inkorporiert.[732]

Überwiegend wird dieser Integrationsakt als Teilelement der wertenden Rechtsvergleichung bei der Entstehung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung berücksichtigt. Nach hier vertretener Ansicht werden dabei die unterschiedlichen Bezugspunkte verkannt, die eine Aufspaltung der normativen

730 *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 58, m. w. N.

731 Vgl. schon oben unter 1. Kap. § 2 C.; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66 f.

732 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wertung erfordern. Die wertende Rechtsvergleichung bezieht sich zunächst auf die Auswahl der Kriterien zur Feststellung einer gemeinsamen Verfassungstradition und damit auf die (Verfassungs-)Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Erst im Anschluss an diesen Zwischenschritt kann in einem erneuten Wertungsakt die Integration in das Unionsrecht geprüft werden. Aus Klarstellungsgründen ist die Integration der gemeinsamen Überlieferung in das Unionsrecht daher getrennt darzustellen.

3. Kapitel

Integration der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten in das Unionsrecht zur Genese und Auslegung der Grundrechte

Die aus der wertenden Rechtsvergleichung gewonnene gemeinsame Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten ist nicht unmittelbar bindend, sondern bildet als Rechtserkenntnisquelle[733] das „Rohmaterial" der Legitimationsbetrachtung.[734] Sowohl zur Grundrechtsgenese nach Art. 6 Abs. 3 EUV als auch zur Grundrechtsauslegung nach Art. 52 Abs. 4 GRCh bedürfen die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen daher eines weiteren normativen Übertragungs- und Integrationsakts auf das Unionsrecht.[735] Dies entspricht dem eigentlichen normativen Wertungsakt der allgemeinen Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung.[736] Nach dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 EUV sind die Verfassungsüberlieferungen erst als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. Nach Art. 52 Abs. 4 GRCh werden die Grundrechte nur im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt. Unmittelbar materielle Geltung erlangen die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen folglich nur, wenn sie sich hinsichtlich der Struktur, Ziele und Inhalte des Unionsrechts auf

[733] *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 66; Kingreen, Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 39.

[734] *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 40; *Hatje*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 6 EUV, Rn. 29.

[735] In der Praxis wird – wie gezeigt – bereits das Bestehen oder Nichtbestehen einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung normativ an den Zielen des Unionsrechts ausgerichtet. Nach der hier vertretenen Auffassung sind die beiden Wertungen aber zu trennen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass das Unionsrecht auf eine extreme Minderheit nationaler Rechtsordnungen abstellt, weil diese Lösung normativ am besten für das Unionsrecht ist. Nach hier vertretener Auffassung wird damit verkannt, dass es zunächst der Feststellung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung bedarf, bevor diese auf das Unionsrecht übertragen werden kann.

[736] Vgl. oben unter 2. Kap. § 1 C. V.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

selbiges übertragen lassen.[737] Erst an dieser Stelle kommt es normativ darauf an, welche der aufgefundenen gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen sich bestmöglich auf die europäische Ebene übertragen lässt. Die diesbezügliche Notwendigkeit und die Genese eines Integrationsakts bedürfen daher der näheren Betrachtung.

§ 1 Der normative Integrationsakt in das Unionsrecht

Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen müssen als Rechtserkenntnisquelle sowohl für die Genese als auch für die Auslegung der Grundrechte in das Unionsrecht integriert werden.

A. Notwendigkeit des normativen Integrationsakts

I. Zur Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze bei der Genese von Grundrechten

Mit der Entscheidung *Internationale Handelsgesellschaft* hat der EuGH früh den Vorrang und die Eigenständigkeit des Unionsrechts als autonome Rechtsquelle zementiert. Verletzungen der Grundrechte durch die Gemeinschaftsorgane seien lediglich nach dem Gemeinschaftsrecht und nicht nach nationalen Verfassungsordnungen sowie Strukturprinzipien eines Mitgliedstaats zu beurteilen.[738] Andernfalls seien die materielle Einheit und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts und damit letztlich der gemeinsame Markt sowie der Zusammenhalt in der Gemeinschaft gefährdet.[739] GA Gand gab insoweit zu bedenken:

> „Wir können uns also nur mit größten Vorbehalten den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zuwenden, denn die diesen gemeinsamen Normen könnten nur insoweit als Bezugspunkt dienen, als ihre Übertragung auf das Gemeinschaftsrecht bei Beachtung der Besonderheiten dieser Rechtsordnung möglich wäre.“[740]

Zu prüfen sei jedoch, ob eine gemeinschaftsrechtliche Garantie, wie sie von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten getragen

---

[737] Dazu sogleich EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 4.

[738] EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3; so später auch EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 14.

[739] EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 f.

[740] Schlussanträge GA Gand v. 10.6.1970 – Chemiefarma – Rs. 41-69, ECLI:EU:C:1970:51, S. 729.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sei, verkannt wurde. Die herausdestillierten mitgliedstaatlichen Verfassungsgrundsätze und deren Anwendung dürften daher nicht ohne Weiteres auf das autonome Unionsrecht übertragen werden, sondern müssen sich:

> „[…] in die Struktur und Ziele der Gemeinschaft einfügen."[741]

In seinem Rechtsgutachten 2/13 führt der EuGH zu diesem Verhältnis der Grundrechte der Charta, der EMRK und dem Recht der Mitgliedstaaten präzisierend aus:

> „Die Autonomie, über die das Unionsrecht im Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten sowie zum Völkerrecht verfügt, gebietet aber, dass die Auslegung dieser Grundrechte im Rahmen der Struktur und der Ziele der Union gewährleistet ist. […] Zur Verfolgung der in Art. 3 EUV angeführten Ziele der Union dient wiederum eine Reihe grundlegender Bestimmungen wie diejenigen über den freien Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, die Freizügigkeit, die Unionsbürgerschaft, den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sowie die Wettbewerbspolitik. […] Unter Beachtung dieses in den Rn. 155 bis 176 des vorliegenden Gutachtens dargestellten verfassungsrechtlichen Rahmens sind daher die insbesondere durch die Charta anerkannten Grundrechte innerhalb der Union auszulegen und anzuwenden."[742]

Erforderlich ist damit ein Integrationsakt, der die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen auf das Unionsrecht überträgt und mit den besonderen Allgemeinwohlinteressen der Union in Einklang zu bringen versucht.[743] Dabei seien die Ziele, Aufgaben, der besondere Charakter der europäischen Integration sowie das Recht der Union selbst im Rahmen eines „wertenden Rechtsvergleiches" gebührend zu berücksichtigen.[744] Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass sich das Unionsrecht über eine gemeinsame Verfassungstradition hinwegsetzen kann, sofern hierfür spezifische sachliche, in den Errichtungs- und Funktionsbedingungen des gemeinsamen Markts liegende Gründe

---

741 EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 4; vgl. auch Gutachten 2/13 des Gerichtshofs v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 170.

742 Gutachten 2/13 des Gerichtshofs v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 170, 172 u. 177.

743 *F. Meyer*, in: FK, Art. 101 AEUV, Rn. 40, der von einer Synthese mitgliedstaatlicher Lösungen spricht; *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 336 spricht insoweit von einem „Funktionsvorbehalt zugunsten des Europarechts"; *Heine*, ZStrR 2007, S. 105, S. 118 in Bezug auf die „Verantwortlichkeit" aber wohl generalisierbar; *Bleckmann*, Nationale Grundrechte im, S. 269.

744 EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 4; vgl. Schlussanträge GA Roemer v. 13.7.1971 – Zuckerfabrik – Rs. 5/71, ECLI:EU:C:1971:96, S. 990; Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 94; Schlussanträge GA Maduro v. 20.2.2008 – FIAMM – Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:98, Rn. 55 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

existieren, die dies verlangen.[745] Fraglich ist, ob diese Anforderungen auch für die Auslegung der Grundrechte gilt.

II. Zur Auslegung im Einklang mit den Charta-Grundrechten

Art. 52 Abs. 4 GRCh verweist dem Wortlaut nach zwar nicht auf die allgemeinen Grundsätze, beruht aber ausdrücklich auf dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 EUV.[746] Aufgrund der engen Verknüpfung ist unklar, ob auch bei der Auslegung bestehender Grundrechte nach Art. 52 Abs. 4 GRCh die Entwicklung „allgemeiner Rechtsgrundsätze" erforderlich ist. In Hinblick auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen differenziert die Rechtspraxis hingegen nicht.[747] Dafür, dass auch eine Auslegung des Unionsrechts anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen eines „Integrationsakts" bedarf, sprechen zudem der enge rechtshistorische Zusammenhang und der einheitliche Wortlaut beider Vorschriften, die systematisch gemeinsam zu lesen sind und ein einheitliches Verständnis „der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen" erfordern.[748] Die materiellen Anforderungen an den normativen Integrationsakt gelten daher auch bei der Auslegung. Artikel 52 Abs. 4 GRCh soll ebenso sicherstellen, dass Widersprüche zwischen dem Unionsrecht und den nationalen Rechtsordnungen vermieden und einzelstaatliche Besonderheiten im Grundrechtsschutz der Union berücksichtigt werden.[749] Es bedarf folglich der normativen Wertung dahin gehend, welche der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen sich nach der Struktur, Funktion, Zielen, Wesen und dem Gehalt des Unionsrechts als die beste und fortschrittlichste Lösung in das Unionsrecht integrieren lässt.[750] Deutlicher als bei Art. 6 Abs. 3 EUV tritt dabei zutage, dass der übergeordnete Zweck allerdings in der Gewährleistung eines hohen grundrechtlichen Schutzniveaus besteht.[751] Dies trifft aber ge-

---

745 *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 336.

746 Vgl. Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 4 GRCh, Abl. 2007, C-303/34.

747 Vgl. oben die Ausführungen unter 2. Kap. § 2 C. V. 1. b) in Hinblick auf die normativen Kriterien, die sich nur auf das Ergebnis der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen beziehen und nicht zwischen Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 4 GRCh unterscheiden.

748 Vgl. sogleich unter B.; nach den Erläuterungen der Charta beruht Art. 52 Abs. 4 GRCh auf dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 EUV, Abl. v. 14.12.2007 C-303/34; vgl. auch *Geiger/u. a.*, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 8; *Folz*, in: NK-Europäisches Unionsrecht, Art. 52 GRCh, Rn. 12.

749 *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 69 f.

750 *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 48.

751 Vgl. Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 4 GRCh, Abl. 2007, C-303/34: „[…] sind die Charta-Rechte dieser Regel zufolge so auszulegen, dass sie ein hohes Schutzniveau bieten".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nauso auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu und erweist sich damit als übergeordnetes Integrationskriterium.[752] Nach Art. 52 Abs. 4 GRCh sind die Grundrechte ferner „im Einklang" mit den Überlieferungen auszulegen, was eine Wechselwirkung und gegenseitige Inbezugnahme impliziert. Teilweise finden sich Überlegung zur Integration der Auslegungsergebnisse in das Unionsrecht bereits undifferenziert bei der Entstehung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen.[753] Faktisch bewirkt die Übertragung auf das Unionsrecht aber jedenfalls eine zusätzliche materiell verbindlichere Legitimationswirkung. Es wurde bereits dargestellt, dass sich die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen durch die Integration von einer Rechtserkenntnisquelle zu einer Rechtsquelle wandeln.[754] Dies spricht dafür, auch im Rahmen einer Auslegung der Grundrechte an den nationalen Rechtsordnungen ebenfalls einen Integrationsakt zu verlangen.

III. Zwischenergebnis

Die gemeinsame Verfassungsüberlieferung muss sowohl zur Genese als auch zur Auslegung von Grundrechten in einem zweiten normativen Wertungsakt in das Unionsrecht übertragen werden. Sie muss sich in die Funktion, Struktur und die Ziele des Unionsrechts einfügen. Übergeordnetes Integrationskriterium ist der hohe Grundrechtsschutz im Unionsrecht, der dem Unionsrecht angemessen ist und zugleich mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen im Einklang steht.[755] Zu untersuchen bleibt, welche Hinweise aus der Rechtsprechung und der Literatur in Bezug auf den Integrationsakt vorgegeben werden.

B. Materielle Anforderungen an den Integrationsakt

I. Einfügen in die Struktur und Ziele der Gemeinschaft

Der EuGH führt nicht aus, wann sich eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung normativ in die „Struktur und Ziele der Gemeinschaft" einfügt. Älteren Entscheidungen nach ergeben sich die allgemeinen Rechtsgrundsätze unmittelbar:

---

752 *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 43 ff., m. w. N.

753 Schlussanträge GA Roemer v. 13.07.1971 – Zuckerfabrik – Rs. 5/71, ECLI:EU:C:1971:96, S. 990, der diese Integration bereits als Teil der wertenden Rechtsvergleichung versteht. Im Ergebnis kann danach bereits keine gemeinsame Verfassungsüberlieferung sein, was sich nicht in das Unionsrecht integrieren lässt. Inhaltlich ergeben sich hierdurch also keine Unterschiede.

754 Vgl. oben unter A.

755 Vgl. Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 4 GRCh, Abl. 2007, C-303/34.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„aus der Gesamtheit der innerstaatlichen Rechtsordnungen."[756]

Auch im *Campina*-Urteil scheint der EuGH von der Verfassungstradition kausal auf den allgemeinen Grundsatz zu schließen, wenn er konstatiert:

„Der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes gehört zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, so dass er als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen ist, dessen Wahrung der Gerichtshof sichert […]."[757]

Die Generalanwältinnen und -anwälte haben jedoch – wie bereits dargestellt wurde – normative Kriterien für den Integrationsakt entwickelt. Sie betonen mit der „besten", „fortschrittlichsten", „zweckmäßigsten" „angemessensten" oder „überlegensten" Rechtslösung für das Unionsrecht die Bedürfnisse und Eigenheiten der Gemeinschaftsrechtsordnung.[758] Der Bezugspunkt des Integrationsakts ist damit einseitig die qualitativ beste Lösung für das Unionsrecht.[759] Konkretisierende Ausführungen dazu, wann diese Vorgaben erfüllt sind, finden sich nicht. Dies gilt gleichermaßen für die Literatur, die die Kriterien übernimmt.[760] Konsequenterweise bedingt die Unbestimmtheit der Kriterien und des normativen Wertungsakts der „besten Lösung für das Unionsrecht" unter dieser Prämisse einen erheblichen, fast unbegrenzten Gestaltungsspielraum des EuGH.[761] Ob sich aus dem innerstaatlichen Recht ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts ergibt,[762] welche der nationalen Rechtsordnung die problemadäquateste und vorzugswürdigste Lösung für das

---

756 EuGH, U. v. 14.10.1976 – LTU – Rs. 29/76, ECLI:EU:C:1976:137, Rn. 3; EuGH, U. v. 16.12.1980 – Niederländischer Staat – Rs. 814-79, ECLI:EU:C:1980:291, Rn. 7, m. w. N., die jedoch den Umfang der autonomen Auslegung betreffen.

757 EuGH, U. v. 8.3.2007 – Campina – Rs. C-45/06, ECLI:EU:C:2007:154, Rn. 32; noch stärker: EuGH, U. v. 3.5.2005 – Berlusconi – Rs. C-387/02, ECLI:EU:C:2005:270, Rn. 68 f., der formuliert: „*Daraus folgt*, dass dieser Grundsatz als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts anzusehen ist […][Hervorh. d. Verf.]."

758 Vgl. schon die normativen Kriterien der Generalanwältinnen und -anwälte unter 2. Kap. § 2 C. V. 1. b) bb); Schlussanträge GA Maduro v. 20.2.2008 – FIAMM – Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:98, Rn. 55.

759 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17 S. 1648 f.; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 67, m. w. N.

760 Vgl. schon die normativen Kriterien der Literatur unter 2. Kap. § 2 C. V. 1. b) cc).

761 Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AM & S – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650, unter Zitat von *Kutscher*, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aus der Sicht eines Richters, Begegnung von Justiz und Hochschule 1976, S. 30/40; *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 67, m. w. N.; *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 48. *Hatje*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 6 EUV, Rn. 29.

762 Vgl. Schlussanträge GA Lagrange v. 24.5.1960 – Geitling – verb. Rs. 36-59 u. a., ECLI:EU:C:1960:27, Slg. 160, 885, 940 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Unionsrecht bildet[763] oder sich am zweckmäßigsten auf das Unionsrecht übertragen lässt,[764] obliegt nach dieser Lesart vollständig dem EuGH.[765] Zu dessen Gunsten habe bei der Ermittlung der allgemeinen Rechtsgrundsätze „immer eine gewissen Freiheit" bestanden.[766]

II. Stellungnahme

Zuzugeben ist der Auffassung, dass jede wertende Rechtsvergleichung mit „gewissen Freiheiten" verbunden ist. Es liegt in der Natur der Sache, dass das Ergebnis eines normativen Akts nicht deterministisch vorgegeben sein kann. Dem EuGH ist daher sicherlich ein gewisser Ermessensspielraum bei der Frage einzuräumen, ob und welche gemeinsame Verfassungsüberlieferung sich am „besten" in das Unionsrecht einfügt.

Andererseits wurde bereits im Rahmen der allgemeinen wertenden Rechtsvergleichung festgestellt, dass die Bewertung des „besseren Rechts" an objektiven Bewertungskriterien festgemacht werden muss, um sich nicht dem Vorwurf der Willkür auszusetzen. Daher überzeugt es nicht, die normative Wertung vollständig in das Ermessen des EuGH zu stellen. Dies ergibt sich bereits aus der Funktion der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen, die sowohl nach Art. 6 Abs. 3 EUV als auch nach Art. 52 Abs. 4 GRCh übergeordnet dem hohen Schutzniveau der Grundrechte dienen sollen. Beide Vorschriften betonen deren Entwicklungsfunktion, den dynamischen Grundrechtschutz, der die Grundrechte als „living instrument" betrachtet und durch die wechselseitige Abgleichung den effektiven Schutz der Grundrechte wahren will.[767] Dies entspricht dem Auftrag der Präambel der Grundrechtecharta – den Schutz der Grundrechte zu stärken – und den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 4 GRCh ein hohes Schutzniveau der Grundrechte zu bieten. Ausdrücklich muss nach den Erläuterungen die Auslegung dem Unionsrecht „angemessen" sein und mit den Verfassungsüberlieferungen „im Einklang" stehen. Das *Ziel* der Gemeinschaft besteht damit nicht nur einseitig in der Funktionsfähigkeit des Unionsrechts und der Kartellermittlung, sondern auch im Erhalt des primärrechtlich hohen Schutzniveaus der Grundrechte. Dies wird verkannt, wenn der Flexibilität der unionsrechtlichen Lückenfüllung einseitig zugunsten der „Bedürfnisse" des Unionsrechts der alleinige Vorrang gewährt wird. Bei der Frage, ob

---

763 Vgl. in Bezug auf die Rechtsvergleichung nationaler Verfassungsgerichte: *Wendel*, Der Staat 2013, S. 339, S. 367 f.

764 Vgl. Schlussanträge GA Slynn v. 26.1.1982 – AS & M – Rs. 155/79, ECLI:EU:C:1982:17, S. 1650.

765 *Jarass*, GRCh, Art. 52 GRCh, Rn. 67.

766 *Pache*, in: FK, Art. 6 EUV, Rn. 48.

767 *Schorkopf*, in: Grabitz et al., Recht der EU, Art. 6 EUV, Rn. 52.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sich ein allgemeiner Rechtsgrundsatz in das Unionsrecht einfügt, ist mithin das Ziel, sowohl das Unionsrecht als auch die Gewährleistung eines hohen grundrechtlichen Schutzniveaus zu berücksichtigen. Beides wird man im Wege der praktischen Konkordanz gegeneinander abwägen müssen.

§ 2 Ergebnis

Die festgestellte gemeinsame Verfassungsüberlieferung – als das Ergebnis eines wertenden Rechtsvergleichs – bedarf eines erneuten wertenden Integrationsakts, um derjenigen Lösung den Vorzug zu gewähren, die sich bestmöglich in die Gesamtheit der Struktur und Ziele des Unionsrechts einfügt. Dies gilt für die Grundrechtsgenese und die Auslegung der Grundrechte. Welche Lösung dies ist und zum allgemeinen Rechtsgrundsatz erhoben wird, lässt sich anhand objektiver Kriterien nicht präzise bestimmen, sondern soll im weiten Ermessen des Europäischen Gerichtshofs liegen.[768] Der EuGH präzisiert die materiellen Anforderungen an diesen Integrationsakt kaum. Es bleibt daher kaum vorhersehbar, wann der EuGH eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung anerkennt und diese als Rechtsquelle materiell verbindlich zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz stilisiert.

Nach hier vertretener Ansicht ist das maßgebliche Bewertungskriterium jedoch die Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus der Grundrechte. Dies entspricht der Funktion der sich stetig wandelnden gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen, zur Genese und Auslegung der Grundrechte als dynamische Rechtserkenntnisquelle beizutragen.[769] Ziel ist damit ein „offenes", der Absorption nationalstaatlicher Rechtsideen zugängliches Grundrechtsschutzkonzept, das die Kohärenz der Rechtsordnungen grundrechtsfördernd berücksichtigt.[770] Eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung ist danach dann die beste Lösung, wenn sie das Unionsrecht angemessen berücksichtigt und ein hohes Schutzniveau der Grundrechte gewährt. Das Ermessen des EuGH bei der Abwägung beider Ziele im Wege der praktischen Konkordanz ist damit in Hinblick auf die Abwägung beider Ziele einer Legitimationskontrolle zugänglich.

---

768 *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde FK, AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 48.

769 *Weber*, in: Stern/Sachs, EU-GRCh, B. II. 2. Rn. 17.

770 Vgl. zur Begrifflichkeit *Małolepszy*, in: Festschrift Szwarc, S. 20.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Kapitel

Gesamtergebnis des vierten Teils

Die Untersuchung hat die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als einen weiteren Legitimationsmaßstab zur Kontrolle des hinreichenden Geltungsniveaus strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren hergeleitet und deren Anwendungszwecke präzisiert. Aus einer Gesamtbetrachtung der Rechtsprechung der Unionsgerichte, der Ausführungen der Generalanwälte und der Literatur wurden zudem die bestehenden spezifisch unionsrechtlichen Anforderungen an die wertende Rechtsvergleichung zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung herausgearbeitet. Da der EuGH die Anwendungsvoraussetzungen bestenfalls grob präzisiert, verbleibt ihm ein Ermessensspielraum bei der Frage, ob eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung existiert und ob sowie welche der Lösungen sich am besten in das Unionsrecht integrieren. Daraus folgt als Ergebnis, dass der Legitimationskontrolle des Anwendungsumfangs der strafrechtlichen Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen nicht die erhoffte Eindeutigkeit und Verbindlichkeit zukommen kann. Nach hier vertretener Auffassung ist das Ermessen des EuGHs aber durch den Zweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen beschränkt, ein möglichst einheitliches und hohes Schutzniveau der Grundrechte zu gewährleisten. Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen dienen danach jedenfalls nicht ausschließlich der freien und flexiblen Legitimierung oder „im Trend“ liegenden bzw. nützlichen Vorhaben im Unionsrecht.

Dass auch unter diesem Vorbehalt ein Ermessen beim EuGH verbleibt, dürfte in der Natur der normativen Rechtsvergleichung liegen, die zwangsläufig einen Ausschnitt der Rechtsordnung darstellt und zwangsläufig auch der subjektiven Wertung durch den Rechtsvergleichenden unterworfen ist.

Für diesen Untersuchungsansatz spricht allerdings, dass die Betrachtung der nationalen Rechtsordnungen die einzig verbleibende Rechtserkenntnisquelle bleibt, um den Schutzbereich und die Einschränkbarkeit der Grundrechte annäherungsweise und damit auch den Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren objektiv zu überprüfen.[771]

Für die Untersuchung bedeutet dies, dass die nachfolgende Überprüfung der nationalen Rechtsordnungen zur Bestimmung einer gemeinsamen Verfas-

[771] Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 52 GRCh, Rn. 70, m. w. N. dazu, dass sich die Auslegung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen auch auf die Einschränkbarkeit von Grundrechten erstreckt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sungsüberlieferung hinsichtlich des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte nur einen argumentativen Annäherungswert darstellen kann, der unter dem Vorbehalt der Ermessensausübung durch den EuGH steht. Legitimatorisch überprüfen lassen sich aber die Rechtslage in den Mitgliedstaaten nach dem oben dargestellten und präzisierten Schema und die Abwägung der Ziele des Unionsrechts, mithin die Effektivität des Kartellermittlungsverfahrens und des hohen Schutzniveaus der Grundrechte. Die Zulässigkeit hierfür ergibt sich aus der Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK im Kartellvorermittlungsverfahren[772] sowie daraus, dass der EuGH ihn aus dem Erfordernis der Wahrung der Rechte der Verteidigung als fundamentalen Grundsatz der Gemeinschaftsrechtordnung anerkannt hat.[773] Die vorgebrachten Gründe gegen die Existenz einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung oder eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes lassen sich ebenfalls legitimatorisch überprüfen. Die auf der Grundlage der Rechtsprechungsübersicht entwickelte Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung und eines gemeinsamen Rechtsgrundsatzes soll daher nachfolgend auf das europäische Kartellermittlungsverfahren angewendet werden. Anhand dieser Legitimationsmethode (Bestehen einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung und Integrationsakt in das Unionsrecht) soll die Forschungsfrage präziser beantwortet werden, ob die gegenwärtige Vorenthaltung des nemo tenetur-Grundsatzes und die Reduktion des Schweigerechts auf ein Geständnisverweigerungsrecht im europäischen Kartellermittlungsverfahren legitim sind oder sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ein höherer Schutzmaßstab ergibt, der als Rechtsgrundsatz materiell verbindlich bei der Auslegung der Grundrechte zu beachten ist.

---

772 Vgl. dazu ausführlich schon oben unter 2. Teil 2. Kap. § 2 A. und C.; *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 103 f.

773 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 32 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

5. Teil

Die Genese einer gemeinsamen Verfassungstradition durch wertende Rechtsvergleichung mitgliedstaatlicher Unternehmenssanktionsverfahren zur Genese eines legitimatorischen Vergleichsmaßstabs im Unionsrecht

Nachdem im vierten Teil ein Legitimationsmaßstab aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und die Voraussetzungen der wertenden Rechtsvergleichung sowie des normativen Integrationsakts auf das Unionsrecht entwickelt wurden, sollen diese Maßstäbe im fünften Teil in Hinblick auf den nemo tenetur-Grundsatz praktisch angewandt werden. Dadurch soll die Forschungsfrage geprüft und präziser beantwortet werden. Zu prüfen ist, ob das europäische Kartellermittlungsverfahren einen hinreichenden strafrechtlichen Legitimationszustand oder ein Legitimationsdefizit vorhält, weil ein allgemeiner Rechtsgrundsatz die Erweiterung und Anhebung der strafrechtlichen Verfahrensrechte verlangt. Der Blick soll auch insoweit auf den nemo tenetur-Grundsatz beschränkt werden.

Im *ersten* Kapitel soll daher entsprechend der im vierten Teil erarbeiteten Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung überprüft werden, ob die nationalen (Verfassungs-)Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Anwendbarkeit des nemo tenetur-Grundsatz gegenüber juristischen Personen anerkennen. Überprüft werden soll auch, inwieweit den Rechtsordnungen ein einheitlicher Geltungsumfang der Selbstbelastungsfreiheit und des Schweigerechts gegenüber juristischen Personen zu entnehmen ist.

Im *zweiten Teil* soll die Integrationsfähigkeit der ggf. aufgefundenen gemeinsamen Verfassungsüberlieferung in das Unionsrecht überprüft werden, indem die Anforderungen an einen allgemeinen Rechtsgrundsatz beleuchtet werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Kapitel

Gemeinsame Verfassungsüberlieferung zur Geltung und zum Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen anhand der wertenden Rechtsvergleichung

Nachfolgend ist zu prüfen, ob sich aus den Verfassungsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung als Legitimationsmaßstab in Hinblick auf die Geltung und den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen ergibt. Dabei soll die im vierten Teil erarbeitete Methodologie der wertenden Rechtsvergleichung angewendet und deren formelle sowie materielle Anforderungen geprüft werden. So soll festgestellt werden, ob sich aus dem Vergleich eine gemeinsame (Verfassungs-)Rechtstradition ableiten lässt, wonach der nemo tenetur-Grundsatz und dessen einzelne Schutzrechte in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten umfassender gewährt werden, als dies derzeit im europäischen Kartellermittlungsverfahren der Fall ist.

§ 1 Formelle Anforderungen der wertende Rechtsvergleichung zur Konkretisierung des nemo tenetur-Grundsatzes

In formeller Hinsicht verlangt die wertende Rechtsvergleichung die Feststellung der Forschungsfrage bzw. des Sachproblems zum unionsrechtlichen Grundrechtsschutz (A.), die Wahl der Rechtsordnungen (B.), sowie die Festlegung und Begrenzung des nationalen Vergleichsausschnitts (C.).[1]

A. Forschungsfrage und Sachproblem zum unionsrechtlichen Grundrechtsschutz

Die Forschungsfrage und das Sachproblem müssen sich auf eine Regelungs- oder Auslegungslücke im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz beziehen. Diese liegen darin, ob Art. 47 und Art. 48 GRCh dahin gehend auszulegen sind, dass sie den nemo tenetur-Grundsatz enthalten bzw. dass ein Schweigerecht und die Selbstbelastungsfreiheit von Unternehmen im europäischen Kartellermittlungsverfahren weitergehend gewährt werden müssen, als dies nach der gegenwärtigen Auslegung der Rechtsprechungspraxis und der Europäischen Kommission der Fall ist. Akzessorisch zur Forschungsfrage

[1] Vgl. oben unter 4. Teil 2. Kap. § 1 C. und § 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

muss der Anwendungszweck der wertenden Rechtsvergleichung konkretisiert werden.

I. Festlegung des Anwendungszwecks

Die Forschungsfrage verfolgt einen doppelten Anwendungszweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen. Zum einen geht es nach Art. 6 Abs. 3 EUV um die Grundrechtsgenese des nemo tenetur-Grundsatzes und eines Schweige- und Selbstbelastungsfreiheitsrechts, zum anderen um die Auslegung des Grundrechtsumfangs dieser generierten Rechte bzw. der „Verteidigungsrechte" für Unternehmen nach Art. 52 Abs. 4 GRCh.

1. Grundrechtsgenese

Bei der Grundrechtsgenese ließe sich überprüfen, ob sich aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung ergibt, wonach der nemo tenetur-Grundsatz auch für Unternehmen und juristische Personen Anwendung findet. Die hierfür erforderliche planwidrige Regelungslücke liegt vor. Weder die GRCh noch die EMRK nennen den nemo tenetur-Grundsatz generell oder in Bezug auf Unternehmen.[2] Dass die Rechtsfrage planmäßig nicht geregelt wurde, ist nicht ersichtlich. Viel eher zielen beide Rechtsinstitute primär auf natürliche Personen ab und haben deren Geltung für juristische Personen nicht geregelt. Artikel 6 Abs. 3 EUV ist daher dem Grunde nach anwendbar.

Andererseits hat die Untersuchung die grundsätzliche Geltung strafrechtlicher Verfahrensrechte nach Art. 6 EMRK im europäischen Kartellverfahren bereits nachgewiesen.[3] Nach hier vertretener Auffassung gilt dies auch für den nemo tenetur-Grundsatz bzw. es besteht ein Legitimationsdefizit, soweit dessen Geltung in Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR und die Menschenwürdeanknüpfung im EU-Kartellverfahren von den Unionsgerichten de lege lata abgelehnt wird.[4] Der EuGH hat das Geständnisverweigerungsrecht zudem aus dem Erfordernis der Wahrung der Rechte der Verteidigung als fundamentalen Grundsatz der Gemeinschaftsrechtordnung abgeleitet.[5] Schwerpunktmäßig richtet sich der spezifische unionsgrundrechtliche Legitimationsvorwurf der Ausgangsthese daher weniger gegen die (Nicht-)Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes als vielmehr gegen den konkreten Geltungsumfang

---

[2] Vgl. oben unter 3. Teil 3. Kap. § 1 C und D.; *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 103 f.

[3] Vgl. oben unter 2.Teil 2. Kap. § 2 A. II. 3.

[4] Vgl. oben unter 3.Teil 3. Kap. § 2 § 3.

[5] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 32 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des gegenwärtigen Geständnisverweigerungsrechts. Mit anderen Worten ist für die Sanktionsadressaten nicht entscheidend, ob ein Schweige- und Selbstbelastungsfreiheitsrecht aus dem nemo tenetur-Grundsatz oder der Wahrung der Verteidigungsrechte hergeleitet wird. Das von ihnen postulierte Legitimationsdefizit bezieht sich stärker auf den Geltungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte und weniger auf den Geltungsgrund. Der Anwendungszweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung bezieht sich damit schwerpunktmäßig auf die Auslegung bestehender Grundrechte – insbesondere der Art. 47 und Art. 48 GRCh – bzw. der Überprüfung deren Einschränkbarkeit oder Schranken-Schranke nach Art. 52 Abs. 4 GRCh. Die Hinweise in der Verfassung zur Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes sollen und müssen dennoch auch zur Auslegung berücksichtigt werden.

2. Grundrechtsauslegung

Der Anwendungszweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen bezieht sich damit primär auf die Auslegung des Grundrechtsschutzniveaus, die stets möglich ist.[6] Es ist daher zu prüfen, ob sich aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung ergibt, wonach Art. 47 und 48 GRCh dahin gehend auszulegen sind, dass Unternehmen nicht verpflichtet sind, der Ermittlungsbehörde alle erforderlichen Auskünfte über eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und erforderlichenfalls die im Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln, selbst wenn diese dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen.[7]

Die Auslegung des Grundrechtsschutzniveaus wäre im Übrigen auch dann erforderlich, wenn man der hier nicht vertretenen Auffassung folgen würde, dass es sich beim europäischen Kartellermittlungsverfahren eindeutig um Strafrecht im weiteren Sinne handelte. Auch dann wäre nach der „not with full stringency"-Doktrin des EGMR unklar, inwieweit strafrechtliche Verfahrensrechte nicht notwendigerweise in vollem Umfang Anwendung finden müssen. Die Legitimität einer Mitwirkungs- und Herausgabepflicht für Unternehmen wäre daher auch unter diesen Umständen zu überprüfen. Dass nach GAin Kokott „im wettbewerbsrechtlichen Kontext kein Anlass" bestehe, nach

---

[6] Vgl. ausführlich oben unter 4. Teil 2. Kap. § 2 C. I. 1. b).

[7] EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387 Rn. 34; vgl. zuletzt EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 46; vgl. für einen Überblick auf die Rechtsprechungsentwicklung auch die Darstellung von Schlussanträge GA Pikamäe v. 27.10.2020 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 89 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh über den Standard der EMRK hinauszugehen,[8] ist ohne nähere Begründung eine bloße Behauptung.[9] Nach hier vertretener Auffassung besteht ein Legitimationsdefizit, soweit strafrechtliche Verfahrensrechte und insbesondere der nemo tenetur-Grundsatz aufgrund der Rechtsnatur des Kartellverfahrens und der Unternehmereigenschaft der Adressaten reduziert werden.

II. Zwischenergebnis

Der doppelte Anwendungszweck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen liegt in der Genese des nemo tenetur-Grundsatzes und schwerpunktmäßig in der Auslegung des Geltungsumfangs des „Schweigerechts" für juristische Personen im europäischen Kartellermittlungsverfahren.

B. Wahl der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

Eine gemeinsame Verfassungstradition muss grundsätzlich alle Mitgliedstaaten in die wertende Rechtsvergleichung einbeziehen. Der EuGH nimmt Einschränkungen restriktiv vor.[10] Eine Fokussierung auf wenige(re) Mitgliedstaaten kann daher nur ausnahmsweise erfolgen, wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen Expertenrechtsordnungen bestehen, die in Hinblick auf die Forschungsfrage über Sonderwissen verfügen.[11] Die Forschungsfrage betrifft hier die verfassungsrechtliche Geltung und den einfachgesetzlichen Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen. Für diese allgemeine strafprozessuale Frage ist keine Expertenrechtsordnung ersichtlich, die von vornherein aus tatsächlichen Gründen über Sonderwissen verfügt. Auch eine „Mutterordnung", aus der sich der nemo tenetur-Grundsatz entwickelt hat und sodann von anderen Rechtsordnungen übernommen wurde, drängt sich nicht auf. Zwar wäre in rechtlicher Hinsicht eine Beschränkung auf Länder mit einer längeren Erfahrung und Praxis im Unternehmenssanktionsrecht denkbar. Welche dies sind, müsste jedoch zunächst durch die Län-

---

[8] Dies ergibt sich bereits aus Art. 53 EMRK, die mit dem Günstigkeitsprinzip den Mindestgarantiecharakter der EMRK verdeutlicht, wobei es den Vertragsstaaten freisteht, ein höheres Schutzniveau einzuhalten, vgl. *Grabenwarter/Pabel*, in: EMRK/GG, § 2, Rn. 14.

[9] Schlussanträge GAin Kokott v. 14.4.2011 – Solvay – ECLI:EU:C:2011:257, Rn. 101.

[10] Vgl. oben unter 4. Teil 2. Kap. § 2 C. II.

[11] Vgl. hierzu ausführlich oben unter 4. Teil 2. Kap. § 2 C. II. 2. Sowie die Rechtsprechung *Hauer* unter 4. Teil 2. Kap. § 2 C. II. 1. c) cc).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

derberichte eruiert werden.[12] Soweit es zudem um die generelle Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes in den Verfassungen zur Herleitung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes geht, müssen ferner ohnehin alle Verfassungen einbezogen werden. Eine Länderreduktion käme daher lediglich in Hinblick auf den Geltungsumfang der Selbstbelastungsfreiheit und des Schweigerechts für Unternehmen infrage. Auch diesbezüglich drängt sich eine Beschränkung auf spezifische Mitgliedstaaten jedoch nicht von vornherein auf. Schließlich soll hier eine umfassende rechtsvergleichende Analyse vorgenommen werden. Der Wert des Vergleichs steigt mit der Anzahl der betrachteten Rechtsordnungen. An dieser Stelle ausgeschlossene Rechtsordnungen können zudem nicht im Rahmen der normativen Wertung berücksichtigt werden. Eine Beschränkung der Länderberichte auf spezifische der Mitgliedstaaten ist folglich nicht angezeigt. Zielführender ist es, die Rechtsordnungen, die im Nachhinein keinen Beitrag zur Forschungsfrage leisten können, auf der normativen Wertungsebene (nicht) zu berücksichtigen. Eine Reduktion der 27 Rechtsordnungen scheidet daher aus. Die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes und dessen Geltungsumfang sind anhand der Rechtsordnungen aller 27 Mitgliedstaaten in Hinblick auf eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung zu prüfen.

C. Festlegung und Begrenzung des nationalen Vergleichsausschnitts – *tertium comparationis*

Die Forschungsfrage und der Anwendungszweck der wertenden Rechtsvergleichung geben den nationalen Vergleichsausschnitt – das *tertium comparationis* – vor. Ausgangspunkt sind die nationalen Verfassungen. Dies gilt sowohl für die Grundrechtsgenese als auch die -auslegung. Zur Grundrechtsauslegung muss präzisierend häufiger auf das einfache Recht zurückgegriffen werden, weshalb der Vergleichsausschnitt hierfür genauer abgesteckt werden muss.

I. Festlegung der Rechtsmaterie

Der nationale Vergleichsausschnitt ist auf diejenige Rechtsmaterie zu beschränken, die in funktionaler Hinsicht am ehesten zur Lösung der konkreten

[12] Führt man sich den Telos im *Hauer*-Urteil vor Augen, muss die Beschränkung von vornherein, also ohne das Ergebnis der Länderberichte zu kennen, möglich sein. Es muss feststehen, dass die ausgeschlossenen Länder auch durch die Nichtregelung der Materie keinen Beitrag zur Sachfrage leisten können, etwa wie im *Hauer*-Urteil, weil sie keinen Wein anbauen. Ginge es z. B. um eine Regelung zur Sterbehilfe, müsste zunächst geprüft werden, welche Länder eine Regelung vorsehen. Die Beschränkung auf diese Länder unterschlüge aber ggf. die Feststellung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung dergestalt, dass die Mehrzahl der Mitgliedstaaten keine entsprechende Regelung vorsieht und die Sterbehilfe damit verbietet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Forschungsfrage und des Sachproblems relevant ist. In Bezug auf die Genese von Grundrechten ist dies primär die Verfassung. Zur Grundrechtsauslegung muss daneben in größerem Umfang auf das einfache nationale Recht zurückgegriffen werden. Anders als es die *Orkem*-Entscheidung des Gerichtshofs impliziert, die das Bestehen des nemo tenetur-Grundsatzes im Kartellverfahren zum Gegenstand hatte, ist die wertende Rechtsvergleichung nicht auf die nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten beschränkt.[13]

Als relevante Rechtsmaterie kommt hier eine Betrachtung der nationalen Kartell- oder Kriminalstrafverfahrensordnungen in Betracht. Die Untersuchung wird die nationalen Kartellverfahrensordnungen ausschließen (1.) und den Fokus auf nationale Kriminalstrafverfahren legen, wie sie gegenüber Unternehmen, Verbänden und juristischen Personen geführt werden (2.). Die Verfahren müssen zudem nicht gesamtheitlich mit dem europäischen Kartellermittlungsverfahren verglichen zu werden. Die Forschungsfrage beschränkt die Rechtsvergleichung auf die entscheidenden Strukturpunkte und einen Einzelvergleich des nemo tenetur-Grundsatzes im Rahmen von Befragungen und Nachprüfungen (3.).

1. Ausschluss nationaler Kartellermittlungsverfahrensordnungen

Prima facie bilden die nationalen Kartellermittlungsverfahren der Mitgliedstaaten den funktional tauglichsten Vergleichsausschnitt zur Beantwortung der Forschungsfrage. Auf den zweiten Blick sprechen die in der EU uneinheitliche Kartellsanktionierung und -durchsetzung sowie kompetenzrechtliche Bedenken gegen die Festlegung des nationalen Kartellrechts als Vergleichsausschnitt.

a) Uneinheitliche Kartellsanktionierung und -durchsetzung in der EU

Bereits ein kursorischer Überblick über die Wettbewerbsrecht der Mitgliedstaaten genügt, um zu zeigen, dass diese strukturell und materiell erheblich divergieren.[14] Während einige Mitgliedstaaten in Bezug auf natürliche

[13] Vgl. die nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten betrachtend: EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 29; Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 98 ff.

[14] Vgl. hierzu insg. ICN Templates abrufbar unter: https://www.international competitionnetwork.org/working-groups/cartel/templates/ (zuletzt besucht am: 29.7. 2021); *van der Vijver*, World Competition 37, S. 27, S. 28 ff.; *Hildebrandt*, Strafrechtliche Verantwortung, S. 30 ff. *Bulgarien*: Das bulgarische Wettbewerbsgesetz sieht für natürliche Personen eine verwaltungsstrafrechtliche Sanktion vor, die von der nationalen Wettbewerbsbehörde verhängt wird, vgl. Art. 15 Abs. 1, Art. 102 Abs. 1, Art. 103 Protection of Competition Act. Das Strafrecht sieht keine kartellrechtsspezifische

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und oder juristische Personen eine kriminalstrafrechtliche Einordnung der Rechtsnatur vornehmen, bevorzugen andere eine Einordnung ins Ordnungs-

---

Sanktion vor. *Dänemark*: Das dänische Wettbewerbsgesetz sieht für natürliche Personen unspezifisch für schwere Kartellzuwiderhandlungen Geldbußen und Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr und sechs Monaten vor, vgl. Art. 23 Abs. 1 Nr. i) i. V. m. Art. 6 Abs. 1; Abs. 1 Nr. iv) i. V. m. Art. 11 Abs. 1; Abs. 1 Nr. xiv) i. V. m. Art. 101 u. 102 AEUV Abs. 3 des dänischen Wettbewerbsgesetzes. Kapitel 5 (§ 25 ff.) des dänischen Strafgesetzbuchs sieht zudem die strafrechtliche Haftung von Unternehmen vor, aber keine wettbewerbsspezifische Kriminalstrafe. *Estland*: Kartellzuwiderhandlungen werden nach Art. 399 i. V. m. Art. 400 Abs. 1, Abs. 2 des estnischen Strafgesetzbuchs für natürliche Personen mit Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr als Kriminalstrafe bedroht, wobei die erstmalige Zuwiderhandlung eine Ordnungswidrigkeit (misdemeanour) dargestellt, die von der Wettbewerbsbehörde geahndet wird, vgl. Art. 73^5 Abs. 1 u. Abs. 2 i. V. m. Art. 73^5 des estnischen Wettbewerbsrechts. *Finnland* sieht lediglich Geldbußen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen vor, die von der finnischen Wettbewerbsbehörde beantragt und dem Marktgericht verhängt werden, Art. 12 des finnischen Wettbewerbsrechts. Das Strafrecht sieht keine kartellrechtsspezifischen Sanktionen vor, vgl. Art. 2 u. Art. 13 des finnischen Strafgesetzbuchs. In *Griechenland* sind Wettbewerbsverstöße gegen Art. 101 AEUV für natürliche Personen mit Geldstrafe bis zu 150.000 Euro bestraft, Art. 44 Abs. 1 S. 1 des griechischen Wettbewerbsgesetzes. Verstöße gegen Art. 102 AEUV werden mit Geldstrafe bis zu 300.000 Euro sanktioniert, Art. 44 Abs. 2 des griechischen Wettbewerbsgesetzes. Alternativ ist eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren möglich Art. 44 Abs. 1 S. 3 des griechischen Wettbewerbsgesetzes i. V. m. Art. 53 des griechischen Strafgesetzbuches, wenn die Unternehmen im Wettbewerb miteinander standen. *Kroatien* sieht materielle Kartellsanktionen nur gegen Unternehmen vor, Art. 52 i. V. m. Art. 36 Abs. 1 des kroatischen Wettbewerbsgesetzes. Submissionsbetrug wird nach Art. 254 Abs. 1 des kroatischen Strafgesetzbuchs mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht, in schweren Fällen nach Abs. 2 bis zu zehn Jahren. *Lettland* ahndet materielle Kartellverstöße auch gegen natürliche Personen, vgl. Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 11 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 9 des lettischen Wettbewerbsrechts. Zuwiderhandlungen sind zudem nach Art. 212 des lettischen Strafgesetzbuchs strafbar. Das *luxemburgische* Wettbewerbsgesetz sieht für materielle Kartellzuwiderhandlungen Sanktionen gegen Unternehmen vor, Art. 20 Abs. 2. Strafrechtlich kriminalisiert werden die Manipulation von Lebensmittelpreisen, Art. 311 Code Pénal und Ausschreibungen, Art. 314 Code Pénal. In *Malta* werden nur Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sanktioniert, vgl. Art. 21 des maltesischen Wettbewerbsgesetzes. Die *Niederlande* sanktionieren natürliche Personen nach Art. 56 Abs. 1 lit. a Wettbewerbsgesetz, i. V. m. Art. 5:1 Abs. 3 des allgemeinen Verwaltungsrechtsgesetzes i. V. m. Art. 51 Abs. 1 des niederländischen Strafgesetzbuchs. In *Polen* werden materielle Kartellsanktionen grundsätzlich gegen Unternehmen verhängt, vgl. Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 des polnischen Wettbewerbsgesetzes. Nach dem neu eingefügten Art. 106a Abs. 1 i. V. m. Art. 6a des polnischen Wettbewerbsgesetzes können nunmehr auch Manager für vorsätzliche Kartellverstöße mit einer Geldstrafe bis 2. Mio. Zloty (PLN, was ca. 437.000 Euro entspricht) geahndet werden, wenn sie absichtlich zugelassen haben, dass das Unternehmen gegen die in Art. 6 vorgesehenen Kartellbestimmungen verstößt. Submissionsabsprachen sind nach Art. 305 § 1 und § 2 des polnischen Strafgesetzbuchs mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bedroht, für die nach Art. 10 § 1 und Art. 11 § 1 der polnischen Strafprozessordnung die Staatsanwaltschaft zuständig ist. Das *portugiesische* Wettbe-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

widrigkeitenrecht, das wiederum nicht in allen Mitgliedstaaten vorgesehen ist.[15]

Belgien sieht für materielle Kartellrechtsverstöße Sanktionen nur für Unternehmen und nicht für natürliche Personen vor.[16] Diese sind als kriminalstraf-

---

werbsrecht sieht eine Haftung von natürlichen Personen und Unternehmen vor, vgl. Art. 73 Abs. 1 des portugiesischen Wettbewerbsrechts, wobei eine parallele Haftung besteht, vgl. Art. 73 Abs. 7; zuständig ist die Wettbewerbsbehörde, vgl. Art. 5, Art. 67. Das portugiesische Strafrecht kennt daher keine weitergehende Kriminalisierung. *Rumänien* sieht nach Art. 60 Abs. 1 des Wettbewerbsgesetzes für die betrügerische und vorsätzliche Teilnahme natürlicher Personen an der Teilnahme und Planung kartellrechtlicher Zuwiderhandlungen eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu vier Jahren oder eine Geldstrafe vor. Zuständig für die Einleitung des Strafverfahrens ist die Wettbewerbsbehörde, vgl. Art. 60 Abs. 2 des rumänischen Wettbewerbsgesetzes. *Schweden* sieht lediglich die Sanktionierung von Unternehmen vor, vgl. Kap. 3 Art. 5 i. V. m. Kap. 1 Art. 5 des schwedischen Wettbewerbsgesetzes. Das schwedische Strafgesetzbuch sieht keine spezifischen Kartellsanktionen vor. Die *Slowakei* kennt Sanktionen nur gegenüber Unternehmen, vgl. Art. 38 Abs. 1 des slowakischen Wettbewerbsrechts. Nach Art. 250 Abs. 1 des slowakischen Strafgesetzbuchs werden natürliche Personen, die gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoßen, jedoch mit Freiheitsstrafen von bis zu drei Jahren bestraft, wenn sie dabei einem Wettbewerber erheblichen Schaden zufügen. *Spanien* sieht nach Art. 63 Abs. 2 eine Sanktion für natürliche Personen i. H. v. bis zu 60.000 Euro für die Repräsentanten des Unternehmens vor, die an der kartellwidrigen Vereinbarung beteiligt waren. Daneben enthält auch der Código Penal mehrere kartellrechtsspezifische Straftatbestände, wie den Submissionsbetrug nach Art. 262 des spanischen Strafgesetzbuchs, der eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren vorsieht, die Manipulation von Märkten von Rohstoffen für überlebenswichtige Produkte nach Art. 281, der eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vorsieht, oder Art. 284 Ziff. 1 Código Penal, der die generelle Manipulation des Preises durch Gewalt oder Betrug mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe bewehrt.

Das *tschechische* Wettbewerbsgesetz sieht für materielle Kartellverstöße von natürlichen Personen Geldbußen i. H. v. bis zu 10 Mio. tschechische Kronen (ca. 400.000 Euro) vor, vgl. Art. 22 Abs. 1, Abs. 2. Das tschechische Strafgesetz sieht für Kartellverletzungen daneben eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vor, vgl. Art. 248 Abs. 1, Abs. 2. Auch Tschechien sieht eine geteilte Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde vor, vgl. Art. 22b Abs. 4 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 des Wettbewerbsgesetzes und der Staatsanwaltschaft, vgl. Section 2 Abs. 3 der Strafprozessordnung. *Ungarn* sieht Sanktionen lediglich gegen Unternehmen vor, vgl. Art. 78 Abs. 1 des ungarischen Wettbewerbsgesetzes. Das ungarische Strafgesetzbuch enthält im 42. Kapitel jedoch mehrere Straftatbestände für natürliche Personen mit spezifisch kartellrechtlichem Inhalt, etwa die Submissionsabsprache nach Section 420 Abs. 1, die eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vorsieht. *Zypern* sieht nach Art. 42 Abs. 2 des zypriotischen Wettbewerbsrechts verwaltungsrechtliche Sanktionen gegen natürliche Personen bei materiellen Wettbewerbszuwiderhandlungen vor. Art. 39 Abs. 2 sieht daneben eine gesamtschuldnerische Haftung gewisser Führungspersonen vor. Das zypriotische Strafgesetzbuch sieht dagegen keine spezifischen Wettbewerbssanktionen vor.

[15] *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 7; ICN, Report to the 7th ICN annual conference, Setting of fines, S. 35 ff.

[16] Vgl. Art. IV.1 § 1, Art. IV.79 § 1 Code de droit économique belge.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechtliche Geldstrafen ausgestaltet. Das Strafgesetz enthält lediglich kartellrechtsunspezifische Straftatbestände, die eine Geldstrafe bis zu zehntausend Euro bei betrügerischen Preisabsprachen bzw. eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bei der betrügerischen Beeinträchtigung von Vergabeverfahren vorsehen.[17] Auch in *Irland* werden materielle Wettbewerbsverstöße natürlicher Personen nach Art. 8 Abs. 6 i. V. m. Art. 6 bzw. 7 Competition Act 2002 mit sog. „offences" kriminalstrafrechtlich sanktioniert. Der Strafrahmen bestimmt sich nach der Art und Schwere der Zuwiderhandlung.[18] Hardcore-Verstöße, etwa Preis- oder Mengenabsprachen, werden in schweren Fällen mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren und/oder Geldstrafe bedroht.[19] Sie werden von der Staatsanwaltschaft am zentralen Strafgericht (Central Criminal Court) zur Anklage gebracht.[20]

Sogar für Länder, die ein Ordnungswidrigkeitenrecht vorsehen, ist es – so etwa in Deutschland – möglich, Teile von *hard-core*-Zuwiderhandlungen, etwa die Submissionsabsprache nach § 298 StGB, ausnahmsweise dennoch ins Kriminalstrafrecht auszulagern, allerdings nur in Bezug auf Individualpersonen. Die nach § 81 Abs. 1 und 2 GWB als Ordnungswidrigkeiten verhängten Geldbußen werden nach § 35 Abs. 1, § 36 Abs. 1 Nr. 1 GWB von einer Verwaltungsbehörde als Verwaltungsverfahren verhängt, können sich aber gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sowie natürliche Personen richten.[21] Daneben enthält § 298 StGB das kriminalstrafrechtliche Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen, die sog. Submissionsabsprache, lediglich für natürliche Personen. Weitere Straftatbestände, z. B. Betrug (§ 263 StGB), Untreue (§ 266 StGB) oder Urkundenfälschung (§ 267 ff. StGB), enthalten keinen kartellrechtsspezifischen Vorwurf, sondern werden eher „bei Gelegenheit" verübt.[22] Dies führt zu einer aufgespaltenen Zuständigkeitsverteilung der nach §§ 152 Abs. 1, 160 Abs. 1 i. V. m. §§ 7 ff. StPO örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft und nach § 82 S. 1 Nr. 1 GWB i. V. m. § 30 Abs. 4 S. 2 GWB der Kartellbehörde als Sonderzuständigkeit.[23] Ähnlich ist die Rechtslage in *Österreich*, das materielle Kartellverstöße

---

17 Vgl. Art. 311, Art. 314 Code penal belge.

18 Art. 8 irischer Competition Act.

19 Art. 8 Abs. 6 i. V. m. Abs. 1 lit. b ii; Art. 8 Abs. 6 i. V. m. Abs. 1 lit. a ii irischer Competition Act sieht eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten für leichte Verstöße vor.

20 Art. 11 irischer Competition Act.

21 *Bechtold/u. a.*, EU-Kartellrecht, § 81 GWB, Rn. 4.; *Kallfaß*, in: Bien u. a., Die 10. GWB-Novelle, Rn. 254.

22 *Stomper*, Kriminalisierung, S. 69.

23 *Stomper*, Kriminalisierung, S. 77 f., m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ausschließlich für Unternehmen sanktioniert.[24] Artikel 29 Abs. 1 öKArtG sieht eine Geldbuße vor. Daneben wurde – dem § 298 StGB nachempfundenen – § 168b öStGB als Kriminalstrafe eingeführt, der wettbewerbswidrige Absprachen natürlicher Personen in Vergabeverfahren kriminalstrafrechtlich mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren sanktioniert.[25] Für das Verfahren ist daher die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) zuständig.[26] Auch das *italienische* Wettbewerbsgesetz sieht keine Sanktionen gegen natürliche Personen für Kartellzuwiderhandlungen vor.[27] Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird allein die betrügerische Beeinflussung von Preisen bedroht (vgl. Art. 501 *Codice penale*). Die Submissionsabsprache ist in Art. 353 *Codice penale* mit einer Geld- und Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren pönalisiert. In *Frankreich* werden Wettbewerbsverstöße mit Geldbußen gegen Unternehmen geahndet (vgl. Art. L 420-1, Art. L 420-2, i. V. m. Art. L 464-2 *Code de commerce*). Zuständig ist hierfür allerdings die Wettbewerbsbehörde.[28] Wird die Tat von natürlichen Personen in betrügerischer Absicht begangen, drohen eine Freiheitsstrafe von vier Jahren und eine Geldstrafe von 75.000 Euro (*Art. L 420-6 Code de commerce*). Hierfür liegt die Zuständigkeit, wie auch für *Submissionsabsprachen*, die auch in Frankreich nach Art. 313-6 *Code Pénal* geahndet werden, bei der Staatsanwaltschaft.[29]

Bereits dieser kurze Überblick verdeutlicht, dass eine vom nationalen Gesetzgeber abhängige Differenzierung und Ausgestaltung der Wettbewerbsordnungen hinsichtlich der Sanktionsadressaten, der Zuständigkeit oder anwendbaren Verfahrensordnungen dem Grunde nach kaum als festes Fundament einer wertenden Rechtsvergleichung dienen kann.[30]

---

[24] § 29 öKartG, der den Begriff „Unternehmen" nicht verwendet, aber gleichwohl meint, vgl. *Hildebrandt*, Strafrechtliche Verantwortung, S. 48.

[25] *Zeder*, Juristische Blätter 2007, S. 477, S. 479. Das bisherige in Österreich vorherrschende System, das im Wesentlichen zwei Straftatbestände – den Kartellmissbrauch, § 129 KartG 1988 und das Durchführungsverbot von Kartellen § 130 KartG 1988 – vorsah, wurde 2002 vollständig modernisiert. Dabei wurden die Straftat- durch Geldbußentatbestände ersetzt – eine Sanktionskategorie, die bislang im österreichischen Sanktionenrecht nicht vorgesehen war, vgl. *Zeder* a. a. O., S. 479.

[26] § 22a Abs. 1 Nr. 5 öStPO.

[27] Vgl. Art. 15 des italienischen Wettbewerbsgesetzes.

[28] Art. L 464-2 Abs. 1 Code de Commerce.

[29] *Hildebrandt*, Strafrechtliche Verantwortung, S. 37, m. w. N.

[30] Anführen ließe sich insoweit nur, dass das irische Wettbewerbsrecht gegenüber Unternehmen im Rahmen von Sanktionen Mitwirkungspflichten vorsieht, dazu unten unter § 2 A. III. 9; vgl. *Wils*, Concurrences 2006, S. 1, S. 10.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Kompetenzrechtliche Bedenken gegen die Einbeziehung nationaler Kartellverfahrensordnungen

Gegen die Einbeziehung nationaler Kartellermittlungsverfahrensordnungen sprechen zudem kompetenzrechtliche Gründe. Nach hier vertretener Ansicht ist die Auffassung der Unionsgerichte und des überwiegenden Schrifttums, wonach das EU-Kartellermittlungsverfahrens der Rechtsnatur nach „Strafrecht im weiteren Sinne" ist, dogmatisch nicht nachgewiesen. Nach hier vertretener Ansicht besteht insoweit ein Legitimationsdefizit. Die Rechtsnatur des Kartellermittlungsverfahrens kann daher nicht als argumentative Stütze herangezogen werden, um strafrechtliche Verfahrensrechte zu reduzieren.[31] Soweit die Mitgliedstaaten ihre nationalen Kartellverfahrensordnungen als „Strafrecht im weiteren Sinne" qualifizieren, lassen sich die Ergebnisse daher – nach hier vertretener Ansicht – nicht auf das Unionsrecht übertragen. Selbst wenn man der herrschenden Auffassung folgte, verbleiben bei der Betrachtung der nationalen Kartellverfahrensordnungen Unsicherheiten, soweit die Sanktion und das Verfahren nicht kriminalstrafrechtlich ausgestaltet sind. Wird der nemo tenetur-Grundsatz nicht gewährt bzw. haben Unternehmen und juristische Personen kein umfassendes Schweige- und Selbstbelastungsfreiheitsrecht, lässt sich nicht feststellen, ob die Reduktion aufgrund der Rechtsnatur (Strafrecht im weiteren Sinne), dem Haftungsadressat (Unternehmen oder juristische Person) oder einer Kombination aus beiden Faktoren stattfindet.[32] Möchte man überprüfen, inwieweit der nemo tenetur-Grundsatz spezifisch aufgrund der *Unternehmereigenschaft* reduziert werden kann, darf nicht auf eine Verfahrensordnung abgestellt werden, in der strafrechtliche Verfahrensrechte von vornherein aus anderen Gründen nicht in vollem Umfang zur Anwendung kommen müssen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich nicht feststellen lässt, weshalb die Reduktion erfolgt. Möglich bliebe hingegen, auf diejenigen Rechtsordnungen abzustellen, die ihr Kartellermittlungsverfahren kriminalstrafrechtlich ausgestalten. Dies dürfte allerdings dazu führen, dass sich keine hinreichende Anzahl von Mitgliedstaaten finden lässt, um eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung zu etablieren.

c) Zwischenergebnis

Die nationalen Kartellverfahrensordnungen scheiden als Vergleichsausschnitt aus.

---

[31] Vgl. oben unter 2. Teil 4. Kap. § 1 A.

[32] Klarzustellen ist hier nochmals, dass die wertende Rechtsvergleichung nicht die Rechtsnatur des EU-Kartellrechts vorgeben kann. Selbst wenn also alle Mitgliedstaaten das Kartellverfahren als Strafrecht im weiteren Sinne durchführen würden, ließe sich hieraus kein Rückschluss für die Rechtsnatur des EU-Kartellrechts ziehen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Wahl der nationalen Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren

Als Vergleichsausschnitt werden folglich die nationalen Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren gewählt.

a) Wahl der nationalen Kriminalstrafverfahrensordnungen

Für die Wahl der nationalen Kriminalstrafverfahrensordnungen als Vergleichsmaßstab spricht deren bessere Vergleichbarkeit. Im Unterschied zu den nationalen Kartellermittlungsverfahrensordnungen ist die strafverfahrensrechtliche Sanktions- und Verfahrensstruktur einheitlicher.[33] Zudem wird der umstrittene Unsicherheitsfaktor der Rechtsnatur des Kartellermittlungsverfahrens ausgeschlossen. Dort können die Mitgliedstaaten aufgrund der – derzeit herrschenden – Zuordnung zum Strafrecht im weiteren Sinne selbst und flexibler entscheiden, inwieweit strafrechtliche Verfahrensrechte gelten oder reduziert werden. An der Zuordnung des Kriminalstrafverfahrens und des echten „Unternehmensstrafrechts" zum Strafrecht im engeren Sinne bestehen dagegen keine Zweifel.[34] Eine Reduktion der Strafverfahrensrechte aufgrund der *Rechtsnatur* ist dort ausgeschlossen. Aufgrund der damit grundsätzlich vollständigen Geltung der strafverfahrensrechtlichen Mindeststandards der EMRK und GRCh kann anhand der Untersuchung die ggf. spezifisch unternehmensbezogene Argumentation der Rechtsreduktion genauer analysiert werden. Ergibt der Ländervergleich nämlich eine Verfahrensrechtereduktion, ist – anders als beim Kartellverfahren – sichergestellt, dass diese lediglich und spezifisch aufgrund der *Unternehmereigenschaft* des Sanktionsadressaten und nicht auch aufgrund der Rechtsnatur erfolgt sein kann. Die nationalen Kriminalstrafverfahrensordnungen sind daher das geeignetere *tertium comparationis*.

Für die Wahl der nationalen Kriminalstrafverfahrensordnungen spricht zudem, dass die Ausgangsthese umfassender und abschließender abgehandelt werden kann. Dies ergibt sich durch einen Blick auf die möglichen Ergebnisse des Rechtsvergleichs.[35]

---

[33] Vgl. oben 1. a).

[34] Vorsicht ist hingegen bei Verbandssanktionsverfahren geboten. Die Rechtsnatur ist dort nicht immer eindeutig. Soweit dies der Fall ist, wird dies im Rahmen der normativen Bewertung des Querschnittsvergleichs berücksichtigt.

[35] Möglich ist, dass die Kartellermittlungsverfahren der Mitgliedstaaten das Schweigerecht vollständig oder eingeschränkt vorsehen. Gleiches gilt für die Kriminalstrafverfahren gegenüber Unternehmen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vergliche man die nationalen Kartellermittlungsverfahren und sähen diese kein vollständiges Schweigerecht für Unternehmen vor, verbliebe es bei der Ausgangskritik der „falschen" Rechtsnaturzuordnung zum Strafrecht im weiteren Sinne.[36] Ob und inwieweit die Reduktion aufgrund der Unternehmereigenschaft oder der Rechtsnatur erfolgt, ließe sich nicht überprüfen. Die Untersuchung führe damit zu keinem Erkenntnisgewinn. Ein verbindlicher Rückschluss ergäbe sich allein dann, wenn die nationalen Kartellverfahren ein vollständiges Schweigerecht gewährten.[37]

Sehen die nationalen Strafverfahrensordnungen dagegen ein umfassendes Schweigerecht vor, würde zwar der EuGH die „falsche" Rechtsnaturzuordnung zum Strafrecht im engeren Sinne rügen,[38] es stünde aber fest, dass die Mitgliedstaaten Strafverfahrensrechte jedenfalls nicht aufgrund der Unternehmereigenschaft reduzieren, obwohl dies möglich wäre. Geht man davon aus, dass dies auch im Kartellermittlungsverfahren gilt, wäre jedenfalls die Unternehmereigenschaft als Legitimationsansatz zur Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte ausgeräumt.[39]

Auch im umgekehrten Fall gelangt man zu eindeutigen Ergebnissen. Sehen die nationalen Strafverfahrensordnungen kein umfassendes Schweigerecht vor, findet die Reduktion sicher aufgrund der Unternehmereigenschaft statt, die auch im Kartellverfahren möglich ist. Deren vollständige Geltung kann dann auch dort nicht verlangt werden. Der Vorwurf der falschen Rechtsnatur wirkt sich zudem nicht aus, da selbst im Strafrecht im engeren Sinne eine Reduktion stattfindet und man den Vertretern dieser Rechtsnatureinordnung damit bereits größtmöglich entgegengekommen ist.

Zu eindeutigen Ergebnissen gelangt man unabhängig vom Ergebnis des Rechtsvergleichs daher nur, wenn man sich an den nationalen Kriminalstrafverfahrensordnungen orientiert. Durch diese Wahl wird das Ergebnis des

---

[36] Kritiker werden behaupten, dass das Kartellermittlungsverfahren eigentlich dem Strafrecht im engeren Sinne zuzuordnen sei.

[37] Zu berücksichtigen wäre dann aber, inwieweit sich Angleichungstendenzen auswirken, weil die Mitgliedstaaten ihr Verfahrensrecht zur besseren Kompatibilität mit dem Unionsrecht gleichförmig ausgestalten. Zum anderen stellte sich die Frage, inwieweit trotz dieses Ergebnisses die „not with full stringency"-Doktrin greift, also auch der Union die Wahlfreiheit verbleibt, dennoch von der vollständigen Gewährleistung der Strafverfahrensrechte abzusehen.

[38] Der EuGH und die herrschende Auffassung würden einwenden, dass sich das Kartellermittlungsverfahren nicht am Maßstab des Kriminalstrafverfahrens messen muss, weil es sich um Strafrecht im weiteren Sinne handelt.

[39] Im Kartellermittlungsverfahren ist hingegen unklar, ob eine ggf. vorgenommene Reduktion tatsächlich aufgrund der Unternehmereigenschaft oder aufgrund der Rechtsnatur erfolgt. Beide Begründungen lassen sich dort also nicht auseinanderhalten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtsvergleichs darüber hinaus *nicht* vorweggenommen. Wie dargelegt, steht es den Mitgliedstaaten frei, Strafverfahrensrechte aufgrund der Unternehmereigenschaft zu reduzieren. Tun sie dies, werden die Strafverfahrensrechte also auch dort nicht vollständig gewährleistet, ergibt sich kein Anspruch auf eine volle Gewährleitung im Kartellermittlungsverfahren. Tun sie dies nicht, gilt dies auch für das Kartellermittlungsverfahren.

b) Wahl der nationalen Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren

Der Vergleichsausschnitt ist zudem auf die nationalen Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren zu beschränken. Die Wahl der nationalen Strafverfahrensordnungen, wie sie gegen natürliche Personen geführt werden, würde dem Umstand nicht gerecht, dass sich das europäische Kartellermittlungsverfahren gegen „Unternehmen" richtet.[40] Der Rechtsvergleich könnte dahinstehen, wenn der vollständige kriminalstrafrechtliche Verfahrensstandard, wie er gegenüber natürlichen Personen gewährt wird, als Mindestanforderung auch gegenüber Unternehmen festgesetzt würde. Gegen die für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen handelnden natürlichen Personen sieht das europäische Kartellverfahrensrecht ferner keine Sanktionsmöglichkeit vor.[41] Das Ziel der Legitimationskontrolle muss letztlich auch vom gegenwärtigen Legitimationsstand ausgehen, wonach der EuGH aufgrund der Unternehmereigenschaft Reduktionen im Verfahrensstandard zu legitimieren versucht. Die Überprüfung soll aufzeigen, ob die nationalen Rechtordnungen ihre Verfahrensstandards gegenüber „Unternehmen" im Kriminalstrafverfahren reduzieren oder nicht.

Eine Gleichsetzung verkennt auch die im nationalen Recht fundamental divergierende Zwecksetzung einer Unternehmenssanktion, die der Schaffung eines strukturellen Fairnessausgleichs dafür dient, dass juristische Personen durch ihre Organe handeln und hierdurch strukturelle und wirtschaftliche Vorteile gegenüber natürlichen Personen erlangen, die bei Verstößen gegen die Rechtsordnung aufgrund der fehlenden Zurechnungs- und Sanktionsmöglichkeiten keine Nachteile bewirkt. Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer stellte insoweit fest, dass das strafprozessuale Grundrechtsschutzkonzept, das im nationalen Recht den Schutz natürlicher Individualpersonen gegen die schwersten staatlichen Eingriffe vor Augen hat, in seiner Gesamtheit nicht eins zu eins auf das europäische Kartellrecht übertragen werden kann:

> „Wie die Rechtsmittelführerin selbst einräumt, lassen sich nicht alle Garantien, die im Rahmen des Strafrechts, in dem sich der strafende Staat einerseits und der Ein-

[40] Vgl. zum unionsrechtlichen Unternehmensbegriff bereits oben unter 3. Teil 1. Kap. § 1 A.

[41] Vgl. *F. Meyer*, FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zelne, dem die Zuwiderhandlung vorgeworfen wird, andererseits, gegenüberstehen, entwickelt worden sind, pauschal auf das Wettbewerbsrecht übertragen. Diese Garantien sollten gerade dieses Machtungleichgewicht ausgleichen. Im Wettbewerbsrecht werden diese Parameter verändert, denn die Gemeinschaft der Einzelpersonen, die die Gesellschaft bilden und aus Verbrauchergruppen bestehen, soll vor mächtigen Organisationen geschützt werden, die über erhebliche Mittel verfügen. Diesen Zuwiderhandelnden die gleichen Verfahrensgarantien zugute kommen zu lassen wie dem bedürftigsten Einzelnen, wäre nicht nur ein Hohn, sondern es würde im Grunde der Schutz – hier der wirtschaftliche Schutz – des Einzelnen als hauptsächliches Opfer wettbewerbswidriger Handlungen verkürzt."[42]

Diesen Strukturvorteil von Unternehmen angemessen auszugleichen, haben das deutsche Bundesverfassungsgericht, die Kommission und der EGMR[43] als einen legitimen Zweck des Gesetzgebers formuliert, was letztlich auch den österreichischen Verfassungsgerichtshof dazu bewogen hat, das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz als mit der österreichischen Verfassung vereinbar zu postulieren.[44]

Festzuhalten ist damit, dass die „juristische Person" – als Rechtsträger des Unternehmens –, der „Verband" oder das „Unternehmen" als Sanktionsadressaten des nationalen Rechts zwar nicht kongruent mit dem unionskartellrechtlichen „Unternehmen" sind. Im nationalen Recht wird der Verband oder die juristische Person aber funktional am ehesten dem unionskartellrechtlichen Unternehmensbegriff gerecht. Ein Vergleich mit natürlichen Personen führte dagegen zu erheblichen Verwerfungen. Abzustellen ist daher auf den Verband oder die juristische Person im Rahmen der nationalen Verbandssanktions- oder Unternehmensstrafrechte. Die Unterschiede der Haftungssubjekte werden dadurch nicht ausgemerzt, aber im Vergleich zu natürlichen Personen erheblich reduziert.[45]

---

[42] Schlussanträge GA Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer v. 17.10.2002 – Volkswagen – Rs. C-338/00 P, ECLI:EU:C:2002:591, Rn. 66.

[43] Der EGMR erkennt an, dass ein direkter Vergleich der Individualstraf- und Kartellverfahrensrechte der im letzteren Fall komplexeren und umfangreicheren Ermittlungen tatsächlicher und ökonomischer Natur sowie der Tatsache nicht gerecht würde, dass die finanziellen Sanktionen gegen Unternehmen und nicht gegen Individualpersonen verhängt werden, vgl. EGMR, U. v. 14.02.2019 – SA-Capital Oy/Finland – Nr. 5556/10, Rn. 77 f.

[44] Vgl. BVerfG, B. v. 20.8. 2015 – 1 BvR 980/15 – Rn. 15; Verfassungsgerichtshof, U. v. 2.12.2016 – G 497/2015-26, G 679/2015-20, S. 14, Rn. 1.4.; vgl. auch *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 65; Kommission, v. 22.11. 2001 – Vitamine – Comp/E-1/37.512, Slg. L 6/1, Rn. 697.

[45] Dem Einwand, dies verkenne, dass das „Unternehmen" im unionskartellrechtlichen Sinne gerade auch die natürliche Person sein könne (etwa als Alleingesellschafter), ist jedenfalls für den Zweck der Untersuchung entgegenzuhalten, dass als kartellrechtsrelevantes Verhalten allein die höchsten Kartellsanktionen für Kernbereichsbe-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Zwischenergebnis

Die nationalen Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren bilden den relevanten Vergleichsausschnitt.

3. Beschränkung auf den nemo tenetur-Grundsatz bei förmlichen Ermittlungsmaßnahmen

Der Vergleichsausschnitt lässt sich weiter auf die Geltung und den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes im Rahmen förmlicher Ermittlungsmaßnahmen in den Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren beschränken. Die Forschungsfrage und das behauptete Legitimationsdefizit beziehen sich nicht auf das gesamte Kartellermittlungsverfahren, sondern auf die konkreten Ermittlungsmaßnahmen. Legitimationsbedürftig sind im europäischen Kartellermittlungsverfahren lediglich eingreifende Ermittlungsmaßnahmen, also die formellen Befragungs- und Nachprüfungsbeschlüsse.[46] Eine Verletzung des nemo tenetur-Grundsatzes kommt nur in Betracht, wenn aufgrund einer bußgeldbewehrten Aussagepflicht ein hoheitlicher Zwang besteht. Andernfalls liegt keine Anklage i. S. d. Art. 6 Abs. 1 EMRK vor und kann daher auch kein Zeugnis- oder Geständnisverweigerungsrecht in Anschlag gebracht werden.[47] Eine Auskunfts- und Herausgabepflicht kommt danach lediglich im Rahmen des förmlichen Auskunftsbeschlusses nach Art. 18 Abs. 3 S. 1 VO 1/2003 sowie der Befragung im Rahmen förmlicher Nachprüfungsbeschlüsse nach Art. 20 Abs. 2 lit. e, Abs. 4 VO 1/2003 in Betracht, da diese nach Art. 23 Abs. 1 lit. b, bzw. Abs. 1 lit. c und lit. d VO 1/2003 bußgeldbewehrt sind.[48]

Im nationalen Recht entsprechen diese Ermittlungsmaßnahmen funktional am ehesten der Befragung des Beschuldigten sowie der Durchsuchung von Räumen des Beschuldigten. Die nationalen und unionsrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen entsprechen sich zwar nicht vollständig. So kann die Kommission bei Nachprüfungen keine eigenen Hoheitsrechte und daher keinen Zwang anwenden. Entscheidend kommt es jedoch nicht auf eine vollkommene Übereinstimmung an, sondern auf das bestmögliche funktionale Äquivalent.

---

schränkungen untersucht werden. Deren Verhängung gegen einen Alleingesellschafter ist zwar theoretisch denkbar, praktisch aber ausgeschlossen.

46 Vgl. oben unter 1. Teil 1. Kap. § 2 B. II. 6.

47 Vgl. schon oben unter 2. Teil 2. Kap. § 2 A. II. 2.; *Henning*, in Immenga/Mestmäcker, Vor. Art. 17–22 VO 1/2003, Rn. 39, was insbesondere für das einfache Auskunftsverlangen nach Art. 18 Abs. 2 VO 1/2003 und die Befragung nach Art. 19 VO 1/2003 gilt.

48 *Henning*, in: Immenga/Mestmäcker, Vor. Art. 17–22 VO 1/2003, Rn. 38.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dies sind im nationalen (Unternehmens-)Strafverfahren am ehesten die Befragung und die Durchsuchung. Auch insoweit kann es sich daher nur um eine Annäherung handeln. Korrespondierend zu den Eingriffen, beschränkt sich die Betrachtung auf den hier konkretisierten Anwendungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes als das im Rahmen der förmlichen Befragung und Nachprüfung zentrale strafrechtliche Verteidigungsrecht.

4. Fazit

Die gemachten Einschränkungen des Rechtsvergleichs geben das gegenständliche *tertium comparationis* vor. Entscheidend kommt es darauf an, in welchem Umfang die nationalen Strafverfahrensrechtsordnungen der Mitgliedstaaten bei Ermittlungsmaßnahmen der „Befragung" und der „Nachprüfung" gegenüber Unternehmen abwehrrechtliche Verfahrensrechte in Form des nemo tenetur-Grundsatzes zugestehen. Dies entspricht im nationalen Recht am ehesten dem Fall eines kriminalstrafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen juristische Personen und der Frage, ob diese im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung sowie Durchsuchungen zur Mitwirkung bzw. zur Herausgabe von ggf. selbstbelastenden Dokumenten verpflichtet sind oder dazu gezwungen werden können.

II. Zwischenergebnis

Der nationale Vergleichsausschnitt ist auf die strafrechtlichen Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahren zu beschränken sowie auf die Geltung und den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes im Rahmen von Befragungen und Durchsuchungen.

D. Ergebnis

Die formellen Prüfungspunkte der wertenden Rechtsvergleichung geben das *tertium comparationis* vor. Ausgangspunkt ist die Rechtslage *de lege lata.* Danach können Unternehmen im Kartellermittlungsverfahren gegen ihren Willen gezwungen werden, alle erforderlichen Auskünfte über bekannte Tatsachen zu erteilen und erforderlichenfalls die im Besitz befindlichen Schriftstücke zu übermitteln, selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein kriminalstrafrechtliches Verhalten der betreffenden oder einer anderen juristischen Person erbringen.[49] Die Länderberichte müssen daher untersuchen, ob die Verfassungen den nemo tenetur-Grundsatz gegenüber ju-

[49] EuGH, U. v. 18.1 0.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 34.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ristischen Personen, Unternehmen oder Verbänden gewährleisten. Darüber hinaus müssen sie feststellen, in welchem Umfang die nationalen Rechtsordnungen bei kriminalstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegen juristische Personen, Unternehmen oder Verbände im Rahmen von Beschuldigtenvernehmungen und Durchsuchungen zur Mitwirkung bzw. zur Herausgabe von ggf. selbstbelastenden Dokumenten verpflichtet sind oder dazu gezwungen werden können.

Die Festlegung des *tertium comparationis* sowie die Beschränkungen auf Rechtsausschnitte führen dazu, dass die materiellen Ergebnisse ungenauer werden. Dies führt gerade im Mehrebenensystem zwangsläufig zu Verwerfungen, weil das Unionsrecht etwa kein genuines Kriminalstrafverfahren kennt oder die Mitgliedstaaten den Unternehmensbegriff enger auslegen. Verglichen werden können daher nur die funktionalen Äquivalente. Nach dieser Vorarbeit kann die materielle wertende Rechtsvergleichung vorgenommen werden.

§ 2 Materielle Anforderungen der wertenden Rechtsvergleichung zur Konkretisierung des nemo tenetur-Grundsatzes

Die materielle wertende Rechtsvergleichung erfolgt in einem Dreischritt. Zunächst müssen die Länderberichte die soeben formell präzisierte Rechtslage in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union deskriptiv darstellen (A.). Die Ergebnisse und Erkenntnisse sind durch einen Querschnittsvergleich deskriptiv darzustellen (B.). Zuletzt ist im Rahmen der normativen Wertung zu prüfen, ob sich aus den Feststellungen eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten ergibt (C.).

A. Länderberichte der (Verfassungs-)Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

I. Deskriptive Darstellung der gegenwärtigen Rechtslage in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union

Die deskriptive Darstellung der Rechtslage der Mitgliedstaaten soll anhand einer Betrachtung der nationalen Verfassungen sowie der Unternehmensstraf- und Verbandsanktionsverfahren erfolgen. Geprüft werden sollen die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes und dessen Anwendungsumfang anhand von Mitwirkungspflichten im Rahmen von Befragungen und Durchsuchungen. Einbezogen werden sollen die Rechtsprechung der Obergerichte – soweit vorhanden – und die Literatur. Nur so kann überprüft werden, wie die Reichweite des Schweigerechts in der Rechtspraxis konkret ausgelegt wird. Ein umfassender Vergleich der nationalen (Unternehmens-)Strafrechtssysteme unter

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Berücksichtigung aller bedeutsamen strafrechtskulturellen, dogmatischen und wirtschaftspolitischen Fundamente[50] kann hingegen lediglich vereinzelt erfolgen. Es findet daher kein umfassend empirischer, sondern nur ein punktueller Vergleich der Rechtswirklichkeit statt, der jedoch durch die Forschungsfrage vorgegeben wurde.[51]

Die Untersuchung hat gezeigt, dass für die Wahl der Rechtsordnungen keine Reduktion infrage kommt. Zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung kann auf der normativen Ebene aber auf diejenigen Rechtsordnungen zurückgegriffen werden, die über Sonderwissen im Bereich der Forschungsfrage verfügen.[52] Da bei der Untersuchung Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahrensordnungen betrachtet werden, kann die normative Bewertung auf diejenigen Länder konkretisiert werden, die kriminalstrafrechtliche Unternehmensstrafverfahren vorsehen. Dies gilt es im Rahmen der Länderberichte herauszuarbeiten. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird die Frage des Umfangs einer Mitwirkungspflicht juristischer Personen im Rahmen kriminalstrafrechtlicher Vorermittlungsmaßnahmen sogleich im Zusammenhang mit dargestellt.

II. Das Schweigerecht in den nationalen Unternehmensstrafverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union

Die Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen in den europäischen nationalen Rechtsordnungen ist *en vogue.* Sie ist längst kein dem *common law*-Rechtskreis vorbehaltenes dogmatisches Konstrukt mehr.[53] Auch zahlreiche in der kontinentaleuropäischen *civil law*-Rechtstradition verwurzelte Länder haben in den vergangenen zwei Jahrzehnten entsprechende Strafbarkeiten konstruiert.[54] Angetrieben von internationalen Übereinkommen sowie europäischen Rechtsakten zum Schutz der finanziellen Interessen

---

50 *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 55.

51 Für aktuelle Zahlen der faktischen Umsetzung der Unternehmensstrafbarkeit in Frankreich, den Niederlanden, Österreich, Spanien, dem Vereinigten Königreich und den USA, vgl. *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 56 ff.

52 Vgl. oben die Ausführungen zum EuGH, U. v. 13.12.1979 – Hauer – Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 21, bei der der EuGH den Fokus auf die Betrachtung „aller Weinbauländer“ legt.

53 *Engelhart*, eucrim 2012, S. 110, S. 110; OECD, Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia 2015, S. 1, S. 12; vgl. zur Strafbarkeit juristischer Personen im Vereinigten Königreich und den Vereinigten Staaten von Amerika: Transparency Schweiz, Strafbarkeit des Unternehmens, S. 26; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 629, m. w. N.; *Beale*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 126, S. 27, S. 27 ff.

54 *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 53.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der EU[55] wurden dabei konzeptionell unterschiedlichste Haftungs- und Zurechnungsmodelle, Verfahrensabläufe sowie -rechte zum Teil unter Überwindung langjähriger dogmatischer Überzeugungen entwickelt.[56] Den Mitgliedstaaten steht bei der Sanktionierung von Verbänden aus unionaler Sicht ein erheblicher Beurteilungs- und Ausgestaltungsspielraum zu.[57] Die Einführung einer genuinen Unternehmensstrafbarkeit in Österreich (2004) mit dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz und in der Schweiz mit der Einführung des Art. 102 des schweizerischen Strafgesetzbuchs (2003) bezeugt die evolutive Anpassungsfähigkeit nationaler Strafrechtssysteme. In beiden Ländern galt die Unternehmensstrafbarkeit strafrechtsdogmatisch lange Zeit für unmöglich.[58] Für die Untersuchung sind die divergierenden dogmatischen Haftungsbegründungen juristischer Personen jedoch von untergeordneter Bedeutung.[59] Entscheidend ist, welche Mitgliedstaaten der EU eine genuine Strafbarkeit juristischer Personen, Unternehmen oder Verbänden vorsehen und welche nicht.

Die Untersuchung orientiert sich mit der Durchführung der Länderberichte damit an den Ausführungen des *Orkem*-Urteils des Gerichtshofs, der sich im Jahr 1989 mit der Frage des Schweigerechts für Unternehmen im Kartellermittlungsverfahren auseinandergesetzt und eine Kooperationspflicht begründet hat.[60] Er stellte fest, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein Recht zur Verweigerung der Zeugenaussage gegen sich selbst nur natürlichen Personen zugestehen, die im Rahmen eines Strafverfahrens einer Straftat beschuldigt werden. Daraus folgert er:

> „Die vergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen rechtfertigt somit nicht den Schluß, daß ein solcher dem Recht der Mitgliedstaaten gemeinsamer Grundsatz zugunsten juristischer Personen und in bezug auf Zuwiderhandlungen wirtschaftlicher Art, insbesondere auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, bestünde.“[61]

---

55 Vgl. zur Entwicklung *Engelhart*, eucrim 2012, S. 110, S. 110 ff.; *ders.*, NZWiSt 2015, S. 201, S. 203 ff.; *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 162 f.

56 *Vermeulen/u. a.*, Liability of legal persons, S. 1 ff. Vgl. eingehend hierzu *Wohlers*, NZWiSt 7, S. 412, S. 412 ff.; *Kubiciel*, Michael, Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 1 ff.; *Saliger*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 18 ff.

57 *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 168 f.

58 *Engelhart*, eucrim 2012, S. 110, S. 110; *ders.*, NZWiSt 2015, S. 201, S. 203; *Geth*, ZStW 126, S. 105, S. 105 ff.; dies entsprach auch lange der Auffassung der deutschen Rechtswissenschaft.

59 Für einen ausführlichen Überblick auch in Bezug auf die europäischen Vorgaben, vgl. *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 162 ff.

60 EuGH, U. v. 29.6.2006 – SLG Carbon – Rs. C-301/04 P, ECLI:EU:C:2006:432, Rn. 47.

61 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 29.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die faktischen rechtsvergleichenden Untersuchungen der Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten hatte GA Darmon vorgenommen, der zur Genese der Selbstbelastungsfreiheit die Verfassungen betrachtete.[62] Die Untersuchung hat jedoch bereits auf die Variabilität der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen hingewiesen. Zudem wurden die Erkenntnisse nicht auf juristische Personen im Strafverfahren übertragen. Nachfolgend kann daher ein erneuter Rechtsvergleich angestrengt werden, um die Rechtslage in den Mitgliedstaaten zu analysieren, um sodann die Existenz einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung zu überprüfen.

III. Die Rechtslage in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union

1. Belgien

Das *Königreich Belgien* sieht seit 1999 die kriminalrechtliche Strafbarkeit von Unternehmen bzw. juristischen Personen in Art. 5 Abs. 1 des belgischen Strafgesetzbuchs (Code Pénal)[63] vor, für die nach Art. 7bis Code Pénal in Strafsachen besondere Strafen vorgesehen sind.[64] Die Taten müssen dabei in enger Verbindung zur Tätigkeit und dem Interesse des Unternehmens stehen oder erkennen lassen, dass sie im Namen des Unternehmens begangen wurden.[65] Ihnen wird nach Kapitel I Art. 2bis der Strafprozessordnung (*Code d'instruction criminelle/Wetboek van Strafvordering*)[66] von Amts wegen oder auf Antrag ein Prozessvertreter beigeordnet, wobei die juristische Person im Prozess die gleichen prozessualen Rechte hat wie eine natürliche Person, wozu auch die Selbstbelastungsfreiheit und das Schweigerecht zählen.[67]

---

[62] Schlussanträge GA Darmon v. 18.5.1989 – Orkem – ECLI:EU:C:1989:207, Rn. 98 ff.

[63] Abrufbar in französischer Sprache unter: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&caller=list&cn=1867060801&la=f&fromtab=loi (zuletzt besucht am: 21.2.2023).

[64] „Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte". Nach Art. 7 können die Geldstrafe, die Beschlagnahme, die Auflösung, das Verbot der öffentlichen Betätigung, die Schließung einer oder mehrerer Niederlassungen oder die Veröffentlichung und Verbreitung des Urteils als Sanktionen verhängt werden; *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 264; *Bock*, in: Regulating Corporate Criminal, 87 ff.

[65] *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 630, m. w. N.

[66] Abrufbar in französischer Sprache unter: https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1878/04/17/1878041750/justel (zuletzt besucht am: 16.9.2023).

[67] Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der nemo tenetur-Grundsatz ist dabei weder in der belgischen Verfassung noch in der Strafprozessordnung ausdrücklich verankert. Der belgische Kassationsgerichtshof (*Cour de Cassation*) hat das Schweigerecht im Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung jedoch zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz erhoben, wobei die genaue Fundierung unklar bleibt.[68] Nach Art. 47bis § 2 Abs. 2 und Abs. 3 der belgischen Strafprozessordnung wird der Beschuldigte insoweit über sein Recht informiert, zu schweigen bzw. sich nicht selbst belasten zu müssen.[69] Dies umfasst das Recht das Verbot von Mitwirkungspflichten von selbstbelastenden Maßnahmen.[70] Der nemo tenetur-Grundsatz wird in Belgien aber auch gegenüber natürlichen Personen nicht absolut gewährleistet.[71] Unter dem Einfluss der Rechtsprechung des EGMR in *Saunders* geht der Kassationsgerichtshof von einer Einschränkbarkeit des Grundsatzes für Beweismittel aus, die unabhängig vom Willen des Beschuldigten bestehen und durch hoheitliche Gewalt erlangt wurden.[72] Der genaue Anwendungsumfang ist nach der belgischen Literatur allerdings nicht präzise absteckbar.[73] In Rechtsprechung und Literatur umstritten sind daher die (freiheits-)strafbewährten Mitwirkungspflichten des Beschuldigten, die

---

68 Belgischer Kassationsgerichtshof, U. v. 14.1.2009 – Nr. A.R. P.08.1860.F, AC 2009, Nr. 32, abrufbar unter: https://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/AC%202009%2001.pdf (zuletzt besucht am: 25.1.2023); U. v. 17.9.2003 – A.R. P.03.1018.F, AC 2003, Nr. 438, abrufbar unter https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/arrcass/2003/09.pdf (zuletzt besucht am: 25.1.2023); vgl. auch FRA – Presumption of Innocence, Country Report Belgium, Presumption of Innocence, Country Report Belgium, S. 18, m. w. N.; als monistischer Staat gilt das Konventionsrecht – und damit auf Art. 6 EMRK – in Belgien zudem unmittelbar, vgl. *Beazley/u. a.*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 408, S. 409, auch S. 411, mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

69 Der Artikel wurde nach dem Urteil des EGMR v. 27.11.2008 – Saöduz/Türkei – Nr. 36391/02 eingefügt, vgl. *Beazley/u. a.*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 408, S. 410. Er lautet: „§ 2. Avant qu'il ne soit procédé à l'audition d'un suspect, la personne à interroger est informée succinctement des faits à propos desquels elle sera entendue et il lui est communiqué: 3. qu'elle ne peut être contrainte de s'accuser elle-même".

70 *Beazley/u. a.*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 408, S. 412.

71 FRA – Presumption of Innocence, Country Report Belgium, Presumption of Innocence, Country Report Belgium, S. 16.

72 Belgischer Kassationsgerichtshof, U. v. 4.2.2020 – Nr. P.19.1086.N, S. 2, wohl auch in Hinblick auf: EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 69: „The right not to incriminate oneself […] does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant […]", vgl. *Beazley/u. a.*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 408, S. 413.

73 *Beazley/u. a.*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 408, S. 412; dies dürfte nicht zuletzt daran liegen, dass auch die Rechtsprechung des EGMR den Anwendungsumfang der Mitwirkungspflichten nicht präzise vorgibt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Art. 88quater § 1 StPO in Hinblick auf den Zugang zu Daten vorsieht, die verschlüsselt gespeichert sind.[74] Der belgische Kassationsgerichtshof und der Verfassungsgerichtshof (*Cour constitutionelle/Grondwettelijk Hof*) haben insoweit keinen Verstoß mit der belgischen Verfassung oder Art. 6 EMRK festgestellt.[75] Die Mitwirkungspflichten betreffen aber nicht die sanktionsbewährten, also erzwungenen aktive Such-, Aufarbeitungs- und Herausgabepflichten von Dokumenten, die unzulässig sind,[76] sondern Informationspflichten über die Funktionsweise des Systems und den Zugriff auf Daten. Einfache Dokumente im Besitz des Beschuldigten können dagegen im Rahmen von Hausdurchsuchungen nach Art. 36 StPO beschlagnahmt werden. Mitwirkungspflichten bestehen dabei lediglich für juristische Personen, die – i. S. d. Art. 39ter StPO – Kommunikationsdaten computergesteuert speichern. Andere Sondervorschriften für juristische Personen sind dagegen ausschließlich in Art. 91 StPO vorgesehen, der vorläufige Sicherungsmaßnahmen vorsieht, etwa ein Verbot von Vermögenstransaktionen. Eine grundsätzliche und umfassende Mitwirkungspflicht besteht damit nicht. Außerhalb dieses Zusammenhangs verschlüsselter Drittdaten hat der belgische Kassationsgerichtshof jedoch ausdrücklich entschieden, dass bußgeldbewehrte Auskunftsverlangen der belgischen Staatsanwaltschaft an eine juristische Person – hier die Citibank Belgien als Aktiengesellschaft –, indem diese die Herausgabe eigener Dokumente und die Übermittlung von Informationen verlangt, eine schwerwiegende Verletzung des Rechts des Angeklagten darstellt, zu schweigen und nicht an seiner Überführung mitzuwirken.[77] Hinsichtlich der dennoch herausverlangten Dokumente besteht ein Beweisverwertungsverbot.

---

[74] FRA – Presumption of Innocence, Country Report Belgium, Presumption of Innocence, Country Report Belgium, S. 16.

[75] Belgischer Kassationsgerichtshof, U. v. 4.2.2020 – Nr. P.19.1086.N, S. 2; Belgischer Verfassungsgerichtshof, U. v. 20.2.2020 – Nr. 28/2020, abrufbar in deutscher Sprache unter https://www.const-court.be/public/d/2020/2020-028d.pdf (zuletzt besucht am: 25.1.2023).

[76] Belgischer Kassationsgerichtshof, U. v. 14.3.2017 – Nr. P.14.1001.N.

[77] Belgischer Kassationsgerichtshof, U. v. 16.6.2013 – Nr. P.12.1150.F, S. 6: „Les juges d'appel ont ensuite considéré que la menace récurrente d'appliquer des sanctions pénales à l'égard d'une personne physique ou morale visée par une enquête pénale constituait une atteinte grave au droit de l'accusé de ne pas collaborer à l'enquête et, partant, à son droit au silence. L'arrêt en conclut que, le respect de ce droit au silence participant du caractère équitable de la procédure au sens de l'article 6 de la Convention, il y a lieu d'écarter les pièces transmises ensuite de ces différents courriers, de même que les devoirs accomplis et les constatations opérées sur leur base, qui en sont la conséquence, à l'exception de pièces à décharge." (abrufbar unter https://www.stradalex.com/fr/sl_src_publ_jur_be/document/cass_F-20130619-2 zuletzt besucht am: 25.1.2023); vgl. auch erneut zur Anwendung gegenüber juristischen Personen: U. v. 17.10.2017 – Nr. P.16.0854.N; Unklarheiten bestehen nur dahin gehend, wer das

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der nemo tenetur-Grundsatz – in seiner Ausgestaltung als Selbstbelastungsfreiheit im Sinne einer Mitwirkungsverweigerung zur Herausgabe von Dokumenten – gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Belgien in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

2. Bulgarien

Die *Republik Bulgarien* sieht bislang keine strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen vor. Es besteht eine verwaltungsrechtliche Sanktionsmöglichkeit nach Art. 83 Abs. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und Strafen.[78] Der nemo tenetur-Grundsatz ist zudem nicht explizit in der Verfassung, sondern lediglich einfachgesetzlich in Art. 55 Abs. 1 und Art. 115 § 4 der bulgarischen Strafprozessordnung normiert.[79] Für die weitere Betrachtung bleibt die bulgarische Rechtsordnung daher außer Betracht.

3. Dänemark

Das *Königreich Dänemark* regelt die kriminalrechtliche Strafbarkeit von Unternehmen seit 1996 in §§ 25 bis 27 des dänischen Strafgesetzbuchs (*Straffeloven*) und sieht nach § 25 Abs. 1 StGB Geldstrafen vor.[80] Die strafrechtliche Verantwortlichkeit gilt u. a. für juristische Personen, Aktien- und Personengesellschaften, Vereine und Stiftungen, aber auch für Einzelunternehmer, sofern diese mit den juristischen Personen hinsichtlich ihrer Größe und Organisation vergleichbar sind (vgl. § 26 Abs. 2 StGB).[81] Die juristische Person ist

---

Schweigerecht geltend machen darf, siehe: *Beazley/u. a.*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 408, S. 413.

[78] Abrufbar in bulgarischer Sprache unter: https://www.lex.bg/laws/ldoc/2126821377 (zuletzt besucht am: 21.2.2023); OECD, Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia 2015, S. 1, S. 13 f.; *Engelhart*, eucrim 2012, S. 110, S. 110.

[79] Наказателно-процесуален кодекс, abrufbar in bulgarischer Sprache: https://justice.government.bg/home/normdoc/2135512224 (zuletzt besucht am: 25.1.2023); vgl. auch FRAU – Presumption of Innocence, Country Report Bulgaria, Presumption of Innocence, S. 49, abrufbar unter: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/bulgaria-2021-country-research-presumption-innocence_en.pdf (zuletzt besucht am: 25.1.2023).

[80] Auf dänischer Sprache abrufbar unter: https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2016/1052; in englischer Sprache abrufbar unter: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/39/Denmark_Criminal_Code_am2005_en.pdf (beide zuletzt besucht am: 21.2.2023).

[81] Vgl. auch *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 265; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 5.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

danach für Gesetzesverletzungen im Rahmen ihrer Unternehmenstätigkeit verantwortlich, wobei das Verschulden von Mitarbeitern zugerechnet werden kann. Zudem besteht ein Organisationsverschulden für die Ermöglichung von Straftaten.[82]

In Hinblick auf das anzuwendende Verfahrensrecht bestehen keine Sondervorschriften für juristische Personen, sodass die Strafprozessordnung Anwendung findet. Nach § 752 Abs. 1 der dänischen Strafprozessordnung ist der Angeklagte vor der polizeilichen Vernehmung ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass er nicht zur Aussage verpflichtet ist.[83] Eine Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen erfolgt dabei nicht. Die Vorschriften über die Durchsuchung – § 793 ff. der dänischen Prozessordnung – sehen dabei keine Mitwirkungspflichten vor. In der dänischen Verfassung (*Danmarks Riges Grundlov*) ist der nemo tenetur-Grundsatz indes nicht explizit erwähnt. In einem Antwortschreiben der dänischen Regierung durch das Justizministerium zur Konsultation der Kommission über ein Grünbuch zur Unschuldsvermutung wird ausgeführt, dass sich juristische Personen nach der Rechtsprechung „in großem Umfang" auf das Recht zu schweigen und das Verbot der Selbstbezichtigung berufen können.[84] Einschränkungen finden nur in Bezug auf Art. 17 Abs. 1 und 2 des dänischen Wettbewerbsgesetzes statt, wonach Unternehmen – im Einklang mit dem Unionsrecht – verpflichtet sind, Informationen zu erteilen.[85] Eine Reduktion auch im Kriminalstrafverfahren findet nach der Rechtsprechung der Obergerichte – soweit ersichtlich – gegenwärtig nicht statt.

---

82 Vgl. auch *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 640.

83 Vgl. „Bekendtgørelse af lov om rettens pleje" – Gesetz über die Gerichtspflege, wobei nach § 729 „die Partei" auch der Angeklagte einer Strafsache gemeint ist, abrufbar in dänischer Sprache unter: https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2017/1101#:~:text=De%20almindelige%20domstole%20er%20H%C3%B8jesteret,i%20denne%20eller%20anden%20lov (zuletzt besucht am: 21.2.2023); *Billing*, The Right to Silence, S. 105 ff.

84 Antwortschreiben S. 6 Nr. 4c, S 7 Nr. 5c, abrufbar in dänischer Sprache unter: https://www.ft.dk/samling/20061/almdel/reu/bilag/29/311554.pdf (zuletzt besucht am: 26.1.2023).

85 Art. 17 Abs. 1 des Wettbewerbsgesetzes: „The Competition and Consumer Authority may demand all information, including accounts, accounting records, transcripts of books, other business documents and electronic data, that the person concerned has access to, and which the authority deems necessary to carry out its tasks […]", Abs. 2: „The duty to provide information pursuant to subsection (1) is incumbent on an undertaking, an association of undertakings and any other legal or natural person"; Art. 17b: „Those concerned are obliged to provide information in accordance with the aforementioned provisions, to the extent this is compatible with the prohibition against self-incrimination under EU law.", abrufbar unter: https://www.en.kfst.dk/media/hfpm2rrj/the-danish-competition-act.pdf (zuletzt besucht am: 26.1.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Dänemark in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

4. Deutschland

In der *Bundesrepublik Deutschland* gibt es *de lege lata* kein Unternehmenskriminalstrafrecht.[86] Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen ist – im geschlossenen Sanktionssystem – als Ordnungswidrigkeit und somit als administrative Verwaltungssanktion in §§ 30, 130 OWiG positiviert.[87] Das deutsche Recht hält damit – trotz diverser Proteste[88] – am Grundsatz „societas delinquere non potest" fest. Eine kriminalstrafrechtliche Handlung setzt damit Schuldfähigkeit im Sinne einer individuellen Vorwerfbarkeit voraus, das als sittlich-moralisches Unwerturteil nur an menschlichem Verhalten natürlicher Personen anknüpfen kann.[89] Diverse Gesetzesinitiativen[90] – zuletzt der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft – haben die lange latent persistierende Debatte um die Einführung eines Verbandssanktionengesetzes (VerSanG) indes neu entfacht.[91] Der Gesetzesentwurf wurde in der vergangenen Legislaturperiode allerdings nicht

---

[86] Vgl. zur Übersicht: *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 32; *Wagner*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 183.

[87] *Meyberg*, in: Graf BeckOK OWiG, § 30 OWiG, Rn. 1.

[88] *Baur/Holle*, ZRP 2022, S. 18, S. 18 f.; *Schmitt-Leonardy*, in: Gassner/Seith NK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 12 f.; *Kämpfer*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 32 ff.

[89] Vgl. schon BGH, U. v. 27.10.1953 – 5 StR 723/52 = NJW 1953, 1838, 1839; *Meyberg*, in: Graf BeckOK OWiG, § 30 OWiG, Rn. 1; *Gómez-Jara Díez*, NZWiSt 119, S. 290, S. 290; *Wohlers*, NZWiSt 7, S. 412, S. 412 ff.; *Engelhart*, NZWiSt 2015, S. 201, S. 201; *Fromm*, ZIS 2007, S. 279, S. 279; *Wohlers*, ZGR 2016, S. 364, S. 366 ff.

[90] Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: In der 18. Wahlperiode: Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden von 2013; in der 19. Wahlperiode: Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes; Referentenentwurf des BMJV; vgl. zur Entwicklung insgesamt auch: *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 258 ff.; *Meyberg*, in: Graf BeckOK OWiG, § 30 OWiG, Rn. 3aff.; *Kubiciel/Hoven*, in: Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, S. 160 ff.; *Korte*, NZWiSt 2018, S. 393, S. 393 ff.

[91] Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft, Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VersanG), DRs. 19/23568 v. 21.10.2020, abrufbar unter: https://dserver.bundestag.de/btd/19/235/1923568.pdf (zuletzt besucht am: 26.1.2023); vgl. zum „Kölner Entwurf": *Henssler/u. a.*, NZWiSt 2018, S. 1, S. 1; vgl. zum „Münchner Entwurf" *Saliger/u. a.*, NStZ-Beil 2020, S. 24, S. 24 ff.; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 33.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verabschiedet, sodass er nach dem Grundsatz der sachlichen Diskontinuität erledigt ist.[92] Für die Untersuchung müsste die deutsche Rechtsordnung damit eigentlich von vornherein außer Betracht bleiben. Aufgrund seiner langen Verfassungstradition erscheint es gleichwohl zweckmäßig, sich überblicksartig mit der deutschen Rechtslage auseinanderzusetzen. Die Vorschriften des Entwurfs eines Verbandssanktionsgesetzes sollen daher nachfolgend betrachtet werden, bilden sie doch diejenigen Rechtsvorschriften, die einem eigenständigen Unternehmensstrafverfahrensrecht de lege ferenda am nächsten kommen.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. a VerSanG waren als Verbände u. a. juristische Personen sanktioniert, wobei das Sanktionsverfahren nach § 24 Abs. 1 VerSanG, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, die entsprechende Anwendung der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren vorsah, namentlich der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes. Nach § 27 VerSanG waren dabei die Vorschriften über den Beschuldigten anwendbar. Nach den Erläuterungen soll der Verband damit ausdrücklich einer natürlichen Person gleichgestellt werden, dem „auch die Verfahrensrechte des Beschuldigten" zustehen sollen.[93]

Der nemo tenetur-Grundsatz ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich verankert, besitzt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch Verfassungsrang.[94] Einfachgesetzlich ist der Beschuldigte nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO bei der ersten Vernehmung auf sein Aussageverweigerungsrecht

---

[92] Vgl. *Baur/Holle*, ZRP 2022, S. 18, S. 18, die dem Argument, man habe nach den Belastungen der Covid-19-Pandemie Unternehmen nicht zusätzlich durch die Einführung eines Verbandssanktionsrechts belasten wollen, entgegenhalten, dass der Gesetzgeber gleichwohl das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz auf den Weg gebracht habe, was durchaus ähnliche Belastungen vorsähe; *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 13; *Kubiciel*, in: Verfahrensgerechtigkeit für Unternehmen, S. 78, m. w. N.; Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Koalitionsvertrag der „Ampel"-Regierung vorsieht: „Wir schützen ehrliche Unternehmen vor rechtsuntreuen Mitbewerberinnen und Mitbewerbern. Wir überarbeiten die Vorschriften der Unternehmenssanktionen einschließlich der Sanktionshöhe, um die Rechtssicherheit von Unternehmen im Hinblick auf Compliance-Pflichten zu verbessern und für interne Untersuchungen einen präzisen Rechtsrahmen zu schaffen.", S. 111.

[93] VersanG, DRs. 19/23568 v. 21.10.2020, S. 94.

[94] Die genaue Herleitung im Grundgesetz ist jedoch unklar, *Rösinger*, Die Freiheit des Beschuldigten, S. 3, m. w. N.; *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 374; der BGH hat den Grundsatz bislang in BGHSt 42, 139, Rn. 37, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet, das BVerfG aus „dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruhender rechtsstaatlicher Grundhaltung", der „im Rechtsstaatsprinzip verankert ist und Verfassungsrang hat", BVerfG U. v. 19.3.2012 – 2 BvR 2628/10 u. a. = NJW 2013,1058,1061 und die dort angegebene Rechtsprechung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hinzuweisen. Dies umfasst das Recht, nicht aktiv an der Selbstbelastung und Überführung mitzuwirken.[95] Mitwirkungspflichten bestehen lediglich nach §§ 133, 163a Abs. 3 S. 1 StPO, wonach der Beschuldigte verpflichtet ist, auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen. Im Rahmen der Durchsuchung besteht jedoch keine aktive Mitwirkungs- sondern es sind lediglich passive Duldungspflichten vorgesehen. Dem Verband soll dementsprechend – unabhängig davon, ob Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG[96] dies verlangt – ausdrücklich ein Aussageverweigerungsrecht zustehen.[97] Frühere Entwürfe sahen dagegen – in Hinblick auf Art. 8 der ECN+-Richtlinie, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden Unternehmen verpflichten können, Informationen zu erteilen – Auskunfts- und Mitwirkungspflichten im Rahmen von Befragungen und Durchsuchungen vor.[98]

Als Ausnahme zu § 27 VerSanG statuiert daher auch der letzte Entwurf in § 49 Abs. 1 VerSanG eine Auskunftspflicht auf Verlangen der Verfolgungsbehörden oder Gerichte in Hinblick auf den Jahresumsatz der vergangenen drei Geschäftsjahre. Die Auskunftspflicht wird über § 49 Abs. 2 VerSanG komplettiert, da der gesetzliche Vertreter des Verbands als Zeuge zur Frage des Jahresumsatzes vernommen werden kann, wobei § 33 VerSanG keine Anwendung findet. Das Nichterscheinen eines ordnungsgemäß geladenen Zeugen kann sodann nach §§ 50 und 70 StPO mit Ordnungsgeld geahndet bzw. die Auskunft zwangsweise durchgesetzt werden. Da diese Auskunftspflicht nicht den Tatverdacht, sondern lediglich die Sanktionszumessung betrifft, sieht der Entwurf darin keinen Konflikt mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz.[99] Begründet wird dies – allerdings widersprüchlich – auch damit, dass die Grundrechte nach Art. 19 Abs. 3 GG für inländische juristische Personen nur gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.[100] Die wesensmäßige Übertragbarkeit des für natürliche Personen geltenden Rechts, sich als Beschuldigter nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen, erforderte eine grundrechtstypische Gefährdungslage, die mit der Situation der natürlichen Person

[95] Vgl. schon BGH, U. v. 9.4.1986 – 3 StR 551/85 = NJW 1986, 2261, 2263.

[96] Der Wortlaut der Drucksache spricht insoweit wohl fälschlicherweise von Art. 2 Abs. 2 GG.

[97] VersanG, DRs. 19/23568 v. 21.10.2020, S. 94.

[98] *Klumpp*, NZKart 2020, S. 9, S. 12.

[99] VersanG, DRs. 19/23568 v. 21.10.2020, S. 54.

[100] VersanG, DRs. 19/23568 v. 21.10.2020, S. 54. Damit ist der Gesetzesentwurf jedoch widersprüchlich, soweit der in Hinblick auf § 49 VersanG darauf rekurriert, dass der nemo tenetur-Grundsatz seinem Wesen nach nicht auf juristische Personen übertragbar sei, Art. 27 VersanG aber ausdrücklich ein Aussageverweigerungsrecht für juristische Personen zugesteht. Der Entwurf rechtfertigt die Unterscheidung damit, dass die Verbandsverantwortlichkeit begründet und der Verband damit dem Beschuldigten gleichgestellt wird. Dies müsste konsequenterweise dann aber auch für § 49 VersanG gelten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vergleichbar ist, die das BVerfG für juristische Personen indes früh abgelehnt hat.[101] Begründet wird und wurde dies im Kern damit, dass der Aussagezwang den Menschenwürdekern betreffe, der bei juristischen Personen denklogisch nicht berührt sein könne.[102] In der Literatur hat diese Rechtsprechung erhebliche Kritik erfahren.[103] Das Bundesverfassungsgericht geht dabei allerdings von der bestehenden Rechtslage aus und hält sich damit eine Hintertür offen. Gegen die juristische Person könne nur eine Geldbuße nach § 30 OWiG festgesetzt werden, „die aber weder einen Schuldvorwurf noch eine ethische Missbilligung enthält, sondern nur einen Ausgleich für die aus der Tat gezogenen Vorteile schafft"[104]. Offen bleibt damit gerade die Reichweite eines Schweigerechts im Rahmen eines kriminalstrafrechtlichen Verbands- oder Unternehmenssanktionsverfahrens, das einen solchen Schuldvorwurf und eine ethische Missbilligung gegenüber juristischen Personen vorsähe.[105]

Zu konstatieren bleibt damit, dass die Bundesrepublik Deutschland keine kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen kennt. Soweit man neueste Gesetzesinitiativen der Regierung heranziehen möchte, wird dem Verband im Rahmen von Durchsuchungen im Vorermittlungsverfahren jedoch ein Aussageverweigerungsrecht zuerkannt, sodass keine Mitwirkungspflicht besteht. Ob einem solchen Verbandssanktionsgesetz auch ein kriminalstrafrechtlicher Schuldvorwurf zukäme und das Bundesverfassungsgericht die Selbstbelastungsfreiheit unter diesen geänderten Vorzeichen auch auf juristische Personen erstrecken würde, erscheint fraglich, ist jedenfalls spekulativ und muss daher an dieser Stelle offen bleiben.

5. Estland

Die *Republik Estland* hat die kriminalstrafrechtliche Verantwortung von Unternehmen seit 2002 in § 14 Abs. 1 StGB (*Karistusseadustik*) normiert, soweit die Tat im Interesse des Unternehmens verübt wird, und sieht nach § 44 Abs. 8 StGB eine Geldstrafe von 4.000 bis 16.000 Euro vor.[106] Nach

---

[101] BVerfG, B. v. 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96 = BVerfGE 95, 220, Rn. 83: „Art. 19 Abs. 3 GG schließt es aber aus, dass der Schutz vor einem Zwang zur Selbstbezichtigung auch juristische Personen zugute kommt." Eine Erstreckung des aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleiteten Schutzes auf juristische Personen „kommt […] nicht in Betracht"; vgl. hierzu auch *Kempf*, in: Unternehmensstrafrecht, S. 353.

[102] Vgl. zu dieser Begründung statt vieler bereits *Weiß*, JZ 1998, 53, S. 289, S. 289 ff.

[103] *C. Dannecker*, ZStW 2015, 127, S. 370, S. 375 ff.

[104] BVerfG, B. v. 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96 – Rn. 84 = BVerfGE 95, 220, 242.

[105] *Kempf*, in: Unternehmensstrafrecht, S. 351 f.

[106] Abrufbar in englischer Sprache: https://likumi.lv/ta/en/id/88966-the-criminal-law (zuletzt besucht am: 21.2.2023, ohne die Änderungen v. 27.10.2022, die die hier

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 36 der estnischen Strafprozessordnung (*Kriminaalmenetluse seadustik*) wird die juristische Person vom Vorstand oder einem Vertretungsberechtigten vertreten.[107] Diese Person hat nach § 36 StPO im Strafprozess zudem ausdrücklich sämtliche Rechte und Pflichten einer natürlichen Person, einschließlich des Rechts, im Namen der juristischen Person auszusagen.[108] Einfachgesetzlich hat der Verdächtige nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 StPO das Recht, die Aussage zu verweigern, worauf er vor der Vernehmung nach § 75 Abs. 2 StPO hinzuweisen ist.[109]

Der nemo tenetur-Grundsatz ist mit seinen Ausprägungen eines Selbstbelastungsverbots und Schweigerechts zudem in § 22 Abs. 2 und 3 der estnischen Verfassung normiert.[110] Rechtsprechung über die Fundierung des nemo tenetur-Grundsatzes oder dessen Auslegung und Anwendung in der Praxis besteht, soweit ersichtlich, jedoch noch nicht. Indiziell gibt § 9 Abs. 3 StPO Ermittlungsbeamten und Richtern recht allgemein vor, die Würde der Beteiligten nicht zu verletzen.[111] Aufgrund der Anordnung in § 36 StPO besteht damit die Vermutung, dass der nemo tenetur-Grundsatz nach der gegenwärtigen Rechtslage in Estland in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen gilt.

---

besprochenen Vorschriften indes nicht betreffen); vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 6; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 635; *Ginter*, Juridica International, S. 151, S. 151 ff.; *Sootak/Kärner*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 233 ff.; ab dem 1. November 2023 trat eine Reform in Kraft, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit justischer Personen neu regelt, vgl. a. a. O. S. 262 f.

107 Abrufbar auf Englisch: https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013093/consolide (zuletzt besucht am: 3.2.2023).

108 Art. 36 StPO: „such person has all the rights and obligations of the suspect or accused, including the right to give testimony in the name of the legal person" [deutsch:] Diese Person hat alle Rechte und Pflichten des Verdächtigen oder Beschuldigten, einschließlich des Rechts, im Namen der juristischen Person auszusagen"; vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 6.

109 *Soo/Aavik*, in: A Comparative Analysis of Pre-Trial Procedure in Europe, S. 74.

110 Estnische Verfassung, abrufbar in englischer Sprache unter: https://www.riigiteataja.ee/en/eli/521052015001/consolide (zuletzt besucht am: 26.1.2023).

111 *Soo/Aavik*, in: A Comparative Analysis of Pre-Trial Procedure in Europe, S. 74 stellen beides im Kontext dar, sprechen aber nicht davon, dass es sich bei der Würde um den verfassungsrechtlichen Grundsatz handelt, auf dem der nemo tenetur-Grundsatz fußt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

6. Finnland

Die *Republik Finnland* sieht bereits seit 1995 die kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen nach Kapitel 9 § 1 Abs. 1 des finnischen Strafgesetzbuchs vor (*Rikoslaki*).[112] Dabei wird eine Geldstrafe – i. H. v. 850 bis 850.000 Euro – als Sanktion nur für spezifische Verstöße gegen Katalogtaten verhängt, die nicht der klassischen strafrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechen, sondern in einer Sorgfaltspflichtverletzung bestehen, die die Straftatbegehung ermöglicht haben.[113] Nach Kapitel 9 § 2 Abs. 1 und 2 des finnischen Strafgesetzbuchs kann das Unternehmen bestraft werden, wenn eine Person, die einem leitungs- oder vertretungsberechtigten Organ der Körperschaft angehört, an der Tat mitgewirkt, diese zugelassen oder diese nicht verhindert hat. Die Unternehmensgeldbuße kann sogar verhängt werden, wenn der Täter nicht ermittelt werden kann.[114] Im Strafprozess wird das Unternehmen von seinem Vertretungsorgan vertreten, wobei der juristischen Person die gleichen Verfahrensrechte wie natürlichen Personen zukommen.[115] Der nemo tenetur-Grundsatz ist in der finnischen Verfassung allerdings nicht ausdrücklich verankert.[116] Nach Kapitel 4 § 3 des finnischen Gesetztes über strafrechtliche Vorermittlungen[117] besteht das Recht eines Verdächtigen, nicht zur Untersuchung einer Straftat beizutragen. Nach Kapitel 4 § 16 Abs. 6 ist der Verdächtige einer Straftat über sein Schweigerecht und das Recht, nicht an der Aufklärung des Sachverhalts mitwirken zu müssen, zu informieren. Diese Rechte gelten nach Kapitel 7 § 10 Abs. 2 ebenfalls für den Beschuldigten, zu denen nach Kapitel 2 § 5 Abs. 3 auch die haftenden gesetzlichen Vertreter des Organs der juristischen Person zählen. Rechtsprechung über die Fundierung des nemo tenetur-Grundsatzes oder dessen Auslegung und Anwendung in der Praxis war insoweit nicht auffindbar. Es besteht daher die Vermutung, dass der nemo tenetur-Grundsatz nach der gegenwärtigen Rechtslage in Finnland in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen gilt.

---

112 Abrufbar in englischer Sprache: https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039_19951010.pdf.

113 Vgl. § 6 Abs. 2 StGB.

114 Vgl. hierzu insg. auch: *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 640.

115 Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 7.

116 Finnische Verfassung, abrufbar in deutscher, englischer und anderer Sprache unter https://oikeusministerio.fi/en/constitution-of-finland (zuletzt besucht am: 26.1.2023).

117 Gesetz 22.7.2011/805 https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2011/20110805#L4P3 (zuletzt besucht am: 26.1.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

7. Frankreich

Die *Französische Republik* sieht die kriminalstrafrechtliche Verantwortung juristischer Personen in Art. 121-2 des Strafgesetzbuchs (*Code Pénal*) bereits seit 1994 vor.[118] Aufgrund dieser langjährigen Erfahrungen gilt Frankreich als einer der Vorreiter einer Unternehmensstrafbarkeit in Kontinentaleuropa.[119] Durch den 2004 aufgegebenen Spezialitätsgrundsatz sind von der Verbandsverantwortlichkeit grundsätzlich alle Straftatbestände umfasst, wobei Art. 131-37 bis 131-49 sowie Art. 132-12 bis 15 StGB spezifische Strafsanktionen vorsehen, insbesondere die Geldstrafe (Art. 131-37 Nr. 1 StGB).[120] Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gelten für juristische Personen nach Art. 706-41 StPO (*Code de Procédure Pénal*) grundsätzlich exakt die gleichen Bestimmungen wie für natürliche Personen.[121]

Der nemo tenetur-Grundsatz ist in der französischen Verfassung nicht ausdrücklich verbrieft. In einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2016 hat der französische Verfassungsrat (*Conseil Constitutionel*) das Schweigerecht erstmals ausdrücklich als allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz aus der Unschuldsvermutung nach Art. 9 der Erklärung der Menschenrechte von 1789 hergeleitet.[122] Einfachgesetzlich ist das Schweigerecht an vielen Stellen in der

---

[118] Abrufbar unter: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149817/?anchor=LEGIARTI000006417201#LEGIARTI000006417201 (zuletzt besucht am: 21.2.2023); vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 7; vgl. auch *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 266; *Niggli/Maeder*, in: Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, § 8, Rn. 6; *Tricot*, ZStW 2014, S. 55, S. 56; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 631, m. w. N.; *Raschel*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 274.

[119] *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 56.

[120] *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 57 ff.; diese entspricht nach § 131-38 StGB dem fünffach höheren Betrag im Vergleich zu natürlichen Personen oder 1. Mio. Euro. Daneben kommen andere Sanktionen in Betracht, Art. 131-39 StGB, etwa die Auflösung des Unternehmens.

[121] Abrufbar unter: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006138129/#LEGISCTA000006138129 (zuletzt besucht am: 21.2.2023); vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 8; *Tricot*, ZStW 2014, S. 55, S. 62 f. Einzige Ausnahme ist, dass der Vertreter der juristischen Person zur Sicherung des gerichtlichen Verfahrens nicht in Haft genommen werden kann.

[122] Conseil Constitutionnel, E. v. 4.11.2016 – Nr. 2016-594 QPC, Rn. 5, abrufbar unter: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016594QPC.htm, (zuletzt besucht am: 27.1.2023); Art. 9: „Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.“; diese Herleitung wurde seitdem, zuletzt 2021, wortgleich wiederholt, vgl. E. v. 9.4.2021 – Nr. 2021-895/901/902/903 QPC, Rn. 7, E. v. 9.4.2021 – Nr. 2021-894,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Strafprozessordnung erwähnt. So hat der Ermittlungsrichter den Beschuldigten nach Art. 116 Abs. 4 StPO über sein Schweigerecht zu informieren. Gleiches gilt im Rahmen polizeilicher Vernehmungen nach Art. 63-1 Abs. 3 StPO.[123] Sondervorschriften für die Befragung „von Unternehmen und juristischen Personen" existieren nicht. Das Unternehmen wird allerdings nach Art. 706-43 Abs. 1 StPO i. d. R. von seinen auch in anderen Angelegenheiten zuständigen Vertretungsorganen repräsentiert. Für Zwangsmaßnahmen gegenüber den Vertretern der beschuldigten juristischen Person gilt gemäß Art. 706-44 StPO die Regel, dass lediglich die für Zeugen anwendbaren Zwangsmaßnahmen angewendet werden dürfen. Neuere Entwicklungen begünstigen zwar eine *freiwillige* Täterkooperation, indem diese – wenn auch ohne formelle Sanktionsrichtlinie – strafmildernd berücksichtigt werden oder dies *ipso iure* angeordnet wird. So sieht der 2013 eingeführte Art. 324-6-1 Code Pénale für die Geldwäsche in Absatz 1 die Straffreiheit bei Straftatverhinderung sowie eine Halbierung der Freiheitsstrafe bei einer Kooperation nach der Anklage vor, wenn dies zu weiterführenden Ermittlungserkenntnissen führt. Diese Tendenzen bestätigen jedoch die Grundregel, dass natürliche und juristische Personen grundsätzlich das Recht haben, sich nicht selbst belasten zu müssen und an ihrer Überführung aktiv mitzuwirken. Der Kassationsgerichtshof hat dies ausdrücklich für das Schweigerecht juristischer Personen in der Hauptverhandlung nach Art. 406 StPO bestätigt. Der Vertreter einer juristischen Person wurde nicht über sein Schweigerecht informiert, was sich zwangsläufig nachteilig auf ihn auswirke. Der Gerichtshof stellte fest, dass:

> „[…] ces dispositions n'opèrent pas de distinction entre les personnes morales et les personnes physiques […]."[124]

Eine von dieser Entscheidung abweichende Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, nicht entwickelt. Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Frankreich in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.[125]

Rn. 5; E. v. 4.3.2021 – Nr. 2020-886 QPC, Rn. 5; vgl. hierzu auch *Hutier/u. a.*, Revue française de droit constitutionnel 111, 2017, S. 713, S. 733; zum Teil wird auch auf Art. 6 EMRK abgestellt, vgl. Kassantionsgerichtshof, U. v. 24.2.2021 – Nr. 20-86.537 – ECLI:DE:CCASS:2021:CR00366, Rn. 11.

[123] Für die Belehrung vor der Untersuchungshaft, vgl. Art. 803-6 Abs. 2, für die Hauptverhandlung Art. 328 StPO.

[124] Deutsch: „Die Bestimmungen [*gemeint ist die Aufklärungspflicht des Vorsitzenden über das Schweigerecht in der Hauptverhandlung*, *Anmk. d. Verf.*] unterscheiden nicht zwischen juristischen und natürlichen Personen"; Kassationsgerichtshof, Strafrechtsabteilung, v. 24.5.2016 – Nr. 15-82.516, ECLI:FR:CCASS:2016:CR02192.

[125] Mitteilungspflichten können sich allerdings für Banken ergeben, soweit auffällige Transaktionen stattfinden. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine allgemeine Mitwirkungspflicht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

8. Griechenland

Die *Hellenische Republik Griechenland* kennt kein Unternehmensstrafrecht, über dessen Einführung jedoch rege debattiert wird.[126] Unternehmen können daher nur in Einzelfällen und lediglich ordnungsrechtlich belangt werden.[127] Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen können in der Praxis aber erhebliche Schadenssummen erreichen.[128] Dabei – auch in verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren – findet der nemo tenetur-Grundsatz, der in der griechischen Verfassung (*Σύνταγμα της Ελλάδας*) nicht ausdrücklich verankert ist, keine Anwendung.[129] Der oberste Verwaltungsgerichtshof (*Συμβούλιο της Επικρατείας,* Staatsrat) hat sich, soweit ersichtlich, bislang nicht mit der Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes im Verwaltungsverfahren befasst. In Bezug auf die Unschuldsvermutung und das Recht auf eine mündliche Verhandlung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht hat er das Vorliegen einer strafrechtlichen Anklage i. S. d. Art. 6 Abs. 1 EMRK anerkannt, eine Verletzung im Verwaltungsverfahren aber – unter Verweis auf die Entscheidung *Menarini* des EGMR – nicht festgestellt.[130] Da es sich hierbei jedoch um eine verwaltungsrechtliche und keine kriminalstrafrechtliche Sanktion gegen Unternehmen handelt, bleibt die griechische Rechtsordnung für die weitere Betrachtung außer Betracht.

---

126 *Sachoulidou*, Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung, S. 303, mit ausführlichen Nachweisen, mehrheitlich jedoch in griechischer Sprache; *Voulgaris Dimitrios*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 311.

127 Der Verfasser dankt Herrn *Dimitrios Tsilikis* für die Überprüfung der griechischen Rechtslage und die hilfreichen Anregungen; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 8; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 633; *Sachoulidou*, Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung, S. 303.

128 *Sachoulidou*, Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung, S. 303, m. w. N.

129 *Papakiriakou*, Das Griechische Verwaltungsrecht, S. 46, 189, wobei sich insoweit kein Unterschied zum neueren Kartellgesetz Nr. 3959/2011 ergibt.

130 Staatsrat, U. v. 28.3.2012 – Nestlé Hellas/griechische Wettbewerbskommission u. das Finanzministerium – Nr. 2390/2012, ECLI:EL:COS:2012:0628A2390.10E3092, Rn. 7, abrufbar in griechischer Sprache unter: http://www.adjustice.gr/webcenter/portal/ste/ypiresies/nomologies?_adf.ctrl-state=dhdwuw5ml_18&_afrLoop=53812036279723979#! (zuletzt besucht am: 27.1.2023.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

9. Irland

Die *Republik Irland* ist seit dem Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland[131] aus der EU der einzig verbleibende Vertreter des *Common Law*-Rechtskreises[132], der generell – und auch speziell für das irische Strafrecht – kein geschriebenes Recht kennt.[133] Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen ist im Common Law jedoch bereits seit Langem fest richterrechtlich verankert und wird in verschiedenen Gesetzen vorausgesetzt oder vorgesehen.[134]

Der nemo tenetur-Grundsatz ist in der irischen Verfassung (*Bunreacht na h'E ireann*) hingegen nicht ausdrücklich verankert, stellt dort jedoch seit 1936 einen Common Law-Grundsatz dar,[135] der mit der Entscheidung *Heaney*

---

[131] Das Vereinigte Königreich sieht, wie auch die USA, umfangreichere Mitwirkungspflichten juristischer Personen in kriminalstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren vor, die sich aber häufig auf Finanz- und Steuerermittlungen beschränken. In den USA besteht keine Pflicht der Selbstbelastung, jedoch eine umfassende Pflicht zur Kooperation mit den Justizbehörden, vgl. insgesamt hierzu: *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 73 ff. sowie 78 ff.; vgl. generell zur Unternehmensstrafbarkeit im Vereinigten Königreich: *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 632; in England gab es jedoch mit Triplex Safety Glass Co. Ltd. v. Lancegaye Safety Glass (1934) einen Präzedenzfall, der Unternehmen die gleichen Rechte auf den Schutz vor Selbstbelastung gewährte, wie sie einer Individualperson zustehen, [1939] 2 All ER 613, [1939] 2 KB 395.

[132] Allein in Zypern – das bis 1960 eine britische Kolonie war – haben sich Prinzipien des Common Laws erhalten.

[133] Zur Einführung in das irische Strafrechtssystem: *Daly*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 347, S. 348; Irland hat jedoch am 1.2.2007 nach Teil 14 des *Criminal Justice Act 2006* das „Criminal Law Codification Advisory Committee" gegründet, dessen Aufgabe es ist, eine Strafrechtskodifikation zu entwickeln, vgl. http://www.criminalcode.ie/website/clcac/clcac.nsf/page/aboutus-en (zuletzt besucht am: 21.2.2023).

[134] So sieht etwa Art. 484 Abs. 1 des *Companies Act 2014*, abrufbar unter: https://www.irishstatutebook.ie/eli/2014/act/38/section/484/enacted/en/html#sec484 (zuletzt besucht am: 21.2.2023), die strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen für unrichtige Angaben im Rahmen einer Fusion vor; vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 8; *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 267.

[135] Supreme Court, v. 3.4.1936 – The State (McCarthy v. Lennon) – Nr. I.R. 485; vgl. zu den früheren Präzisierungen des Grundsatzes Lord Mustill in R v. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith [1993] A.C. 1, 30-31; für weitere Nachweise *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 113, der darauf hinweist, dass der Grundsatz im englischen Recht bereits seit 1637 bestand, vgl. S. 130 f. Das House of Lords habe insoweit festgestellt: „[…] it is true that a company cannot suffer all the pains to which a real person is subject. It can, however, in certain cases be convicted and punished, with grave consequences to its reputation and to its members, and we can see no ground for depriving a juristic person of those safeguards which the law of England

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

v. Ireland[136] vom irischen Verfassungsgericht (*Supreme Court*) 1997 zum Verfassungsgrundsatz erhoben wurde.[137] Unklar ist hingegen die Fundierung – als allgemeines Prozess- oder individuelles Freiheits- und Würderecht[138] – und damit die Anknüpfungsnorm in der irischen Verfassung.[139] Der Supreme Court stellt für natürliche Personen teilweise auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 38 Abs. 1, mehrheitlich aber auf den Freiheitsgrundsatz (Redefreiheit) nach Art. 40 Abs. 6 der irischen Verfassung ab.[140] Das irische Recht scheint jedoch auch für natürliche Personen Ausnahmen aufgrund der öffentlichen Ordnung sowie des Lebens- und Eigentumsschutzes von diesem Grundsatz vorzusehen.[141] Um die Effektivität der Ermittlungen, Verfolgung und Verurteilung zu erhöhen, können nach Art. 19A des Criminal Justice Acts[142] auch negative Rückschlüsse vom Schweigen des Beschuldigten gezogen werden, solange die Verurteilung nicht allein darauf beruht.[143] Auch der *Criminal Justice Act* von 2011 zur Verfolgungserleichterung von Wirtschaftskriminalität, der für natürliche und juristische Personen gilt, enthält in Art. 15 besondere Vorgaben zur Herausgabepflicht von Doku-

---

accords even to the last deserving of natural persons.“, 2.5.1939 – Triplex Safety Glass Co v. Lancegaye Safety Glass Ltd. [1939] 2 All ER 613, 621.

136 Supreme Court, v. 1.1.1997 – Heaney v. Ireland – Nr. 247/94.

137 Dies wurde in weiteren Supreme Court Entscheidungen bestätigt, *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 114, m. w. N.

138 *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 134.

139 *Daly*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 347, S. 350.

140 Supreme Court, v. 28.5.2019 – Sweeney v. Ireland – Nr. S:AP:IE:2018:000079, Rn. 74, unter Verweis auf Supreme Court v. 21.1.1999 – RE National Irish Bank Ltd. – Nr. 235/98, Rn. 20, unter Verweis auf Supreme Court, v. 1.1.1997 – Heaney v. Ireland – Nr. 247/94, Rn. 7 ff. Der High Court scheint aber eine Herleitung aus Art. 38 Abs. 1 zu bevorzugen; ausdrücklich ergibt sich dies jedoch nicht aus dem Wortlaut der Verfassung, vgl. Art. 38 Abs. 1 der Verfassung: „No person shall be tried on any criminal charge save in due course of law.“ Der Fall bezog sich aber auf die Freiheitsentziehung, sodass die Herleitung insoweit näher liegt.

141 Vgl. Supreme Court, v. 28.5.2019 – Sweeney v. Ireland – Nr. S:AP:IE:2018:000079, Rn. 78; *Daly*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 347, S. 347 ff., S. 353 f. u. S. 363: „Briefly put, while the constitutional and ECHR underpinnings of the right to silence at the investigative stage in Ireland are generally respected, the free exercise of that right has been curtailed by legislative inference provisions, which have grown in their application and ambit since first introduced in the 1980s. A suspect may rely on their right to remain silent throughout garda questioning, but in particular legislatively defined circumstances their failure to respond to certain questions or provide certain information can result in the jury at trial (or the judges of the Special Criminal Court) drawing an inference against them.“

142 Abrufbar unter https://www.irishstatutebook.ie/eli/1984/act/22/section/19/enacted/en/html#sec19 (zuletzt besucht am: 27.1.2023).

143 *Daly*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 347, S. 353 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

menten.[144] Ausdrücklich ausgeschlossen werden dabei nur Dokumente, die dem Anwaltsgeheimnis unterliegen (vgl. Art. 15 Abs. 7 lit. b) Geständnisse sind zudem nur für spezifische Verbrechen verwertbar, Art. 17 Abs. 10.

Ob das Recht, die Aussage im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zu verweigern, auch gegenüber juristischen Personen gilt und weshalb, wurde von den Obergerichten jedoch noch nicht verbindlich entschieden und ist daher nach wie vor unklar.[145] In den Fällen *Re National Irish Bank Ltd*.[146] und *Dunnes Stores Ireland Co. v. Ryan*[147] waren die Obergerichte im Rahmen des *Companies Acts* von 1990 zur Entscheidung über die Frage aufgerufen, ob die Selbstbelastungsfreiheit in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren auch auf Unternehmen erstreckt wird.[148] Die Entscheidung *Re National Irish Bank Ltd.* betraf Art. 18 des Company Acts, wonach Aussagen jeder „*Person*" in späteren (Straf-)Verfahren gegen sie verwendet werden dürfen. Richter am Obergericht *Shanley J.* bejahte zunächst die Anwendbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes auf juristische Personen, da er nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen unterschied, wies aber auf die Möglichkeit der verhältnismäßigen Einschränkbarkeit hin.[149] Der Supreme Court hielt die Entscheidung aufrecht, wobei sich die Revision explizit nur auf natürliche Personen beschränkte.[150] Der Gesetzgeber änderte daraufhin den Wortlaut des *Companies Act* 2001, der jetzt nicht mehr die Verwertbarkeit der Aussagen von „Personen", sondern „Individuen" vorsah und eine Verwertbarkeit im Strafverfahren ausschloss. Mit der Verengung auf das Individuum unterstrich der Gesetzgeber seinen Willen, den nemo tenetur-Schutz nicht auf juristische Personen zu erstrecken.[151] Heute sind „Personen" nach Art. 753 Abs. 1 lit. a – c und Art. 754 Abs. 2 lit. a des Companies Acts 2014 verpflichtet, gerichtlich bestellten Inspektoren im Rahmen von Ermittlungen gegen ein Unternehmen alle Bücher und Dokumente herauszugeben.[152] Artikel 881 Abs. 1 lit. b i. V. m.

---

144 Abrufbar unter: https://www.lawreform.ie/_fileupload/RevisedActs/WithAnnotations/HTML/en_act_2011_0022.HTM#:~:text=AN%20ACT%20TO%20AMEND%20CRIMINAL,THAT%20ACT%20IN%20CONNECTION%20WITH (zuletzt besucht am: 21.2.2023); vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 8.

145 Daran hat sich seit *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 115, S. 123 nichts geändert.

146 Supreme Court, v. 21.1.1999, – RE National Irish Bank Ltd. – Nr. 235/98 zuvor, H.C. 1998, Nr. 89 COS und S.C. Nr. 235 aus 1998.

147 Supreme Court, v. 5.6.2002, Nr. 2000 IESC 7, S.C. Nos. 280 und 291 aus 2002.

148 *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 115.

149 *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 117.

150 *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 117.

151 *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 118, S. 123.

152 „Every person […] shall (a) produce to the inspector all books or documents of or re lating to the company."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 2 lit. b des Companies Acts 2014 schließt dabei noch immer eine Verwertung der Aussagen nur von „Individuen" im Strafverfahren aus.[153]

Die – ähnlich gelagerte, aber andere Vorschriften betreffende – Entscheidung *Dunnes Stores Ireland Co. v. Ryan* betraf die Verfassungsmäßigkeit von Art. 19 Abs. 5 und Abs. 6 des Company Acts von 1990.[154] Offiziell bestellte Ermittlungsbeamte waren danach berechtigt, Dokumente von „Personen" herauszuverlangen (Abs. 5), die sodann als Beweismittel gegen diese Personen verwendet werden durften (Abs. 6). Richter Kearns J. kam nach dem von Lord Mustill in *R. v. Director of the Serious Fraud Office, Ex p. Smith* entwickelten Abstufungsverfahren für die Anwendung des nemo tenetur-Grundsatzes[155] zur Vereinbarkeit von Abs. 5 mit Art. 40 der Verfassung. Er verwies diesbezüglich auf das öffentliche Interesse an Untersuchungen gegen Unternehmen und die „Welten", die zwischen einer Mordermittlung gegen natürliche Personen und Untersuchungen gegen Großunternehmen mit immensen finanziellen Ressourcen lägen.[156] Die Verwendung der Beweismittel im Strafprozess (Abs. 6) sei hingegen mit Art. 40 und Art. 38 der Verfassung unvereinbar. Auch hier wandte der Gesetzgeber die oben dargestellte Wortlautänderung von „Personen" zu „Individuen" an, sodass Aussagen nicht mehr im Strafverfahren verwertet werden können.[157]

In beiden Entscheidungen hat der Supreme Court letztlich aber weder ausdrücklich über die Anwendbarkeit noch den Anwendungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber juristischen Personen entschieden.[158] Beide Entscheidungen differenzieren in ihrer Begründung nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen, was für eine Gleichbehandlung sprechen könnte. Die Revision in *Re National Irish Bank Ltd.* war zudem auf natürliche Personen beschränkt. Das bis heute ausdrücklich auf „Individuen" beschränkte Beweisverwertungsverbot selbstbelastender Aussagen in Strafprozessen zeugt

---

153 „Where an answer is given by an individual to a question put to that individual in the exercise of powers conferred by any of the provisions specified in subsection (2), that answer – (b) shall not be used in evidence against that individual in any criminal proceedings […] (2)(b) section 753."

154 Supreme Court, v. 5.6.2002 – Nr. 2000 IESC 7, S.C. Nos. 280 und 291 of 2000 and 1999 No. 33 J.R.

155 1993, A.C. 1.; *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 120.

156 High Court v. 5.6.2002 in Dunnes Stores Ireland Co. v Ryan, Rn. 69: „There is at the end of the day a world of difference between the position of a vulnerable suspect, held in custody […] for the investigation of a domestic homicide and that of a large corporation which may […] call on vast financial resources […]"; vgl. auch *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 119.

157 *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 114.

158 *O'Neill*, Irish Jurist 39, 2004, S. 111, S. 122 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aber jedenfalls vom Willen des Gesetzgebers, diese nicht auch auf Unternehmen auszudehnen. Dies spricht tendenziell gegen eine Übertragbarkeit.

Insgesamt ist die Abwendbarkeit des *nemo tenetur*-Grundsatzes in Irland damit verfassungsgerichtlich nicht klar entschieden. Der Anwendungsumfang dürfte gegenüber juristischen Personen im Strafverfahren jedoch nur reduziert gelten.

10. Italien

Die *Italienische Republik* sieht eine originäre strafrechtliche Verantwortlichkeit seit 2001 im Dekret Nr. 231/2001 vor.[159] Entgegen dem Wortlaut des Art. 1 des Dekrets, wonach juristische Personen und Personenverbände nicht unmittelbar strafrechtliche verantwortlich sind, sondern nur eine direkte „verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit" („responsabilita amministrativa") besteht, soll es sich nach der Literatur um eine (quasi-)strafrechtliche Haftung handeln, die der Strafgerichtsbarkeit unterliegt.[160] Kaum überraschend verweist Art. 34 Abs. 1 des Dekrets für das Verfahrensrecht daher auch auf die Strafprozessordnung sowie darauf, dass dessen Durchführung nach Art. 36 der Staatsanwaltschaft obliegt und die Verfahrensvorschriften über den Beschuldigten nach Art. 35 ausdrücklich auch für Unternehmen gelten, soweit sie auf diese anwendbar sind.[161] Juristische Personen – wobei die Rechts-

---

159 Der Verfasser dankt Herrn Dr. *Lukas Staffler*, LL.M (London) für die Überprüfung der italienischen Rechtslage und die hilfreichen Anregungen; Dekret über die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen und von Gesellschaften und Vereinigungen ohne Rechtsfähigkeit v. 8.6.2001, Nr. 231, abrufbar unter https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2001-06-08;231 (zuletzt besucht am: 21.2.2023); vgl. auch Transparency Schweiz, Strafbarkeit des Unternehmens, S. 29.

160 Von einem Etikettenschwindel, bei dem die Sanktion gleichwohl dem „strafrechtlichen Untersystem" zuzuordnen sei, spricht: *Guerrini*, NZWiSt 2014, S. 361, S. 370, m. w. N.; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 9; *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 268; *Rübenstahl/Wittig*, RIW 2019, S. 105, S. 105; a. A. aber wohl *Sachoulidou*, Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung, S. 303, der auch von quasi-strafrechtlichen Sanktionen spricht; a. A. wohl *Marchesi/Panzavolta*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 365, S. 372, „although legal entities are not criminally liable under the ordinary regime there is some debate as to who exactly is entitled to exercise the right to silence". Der oberste italienische Gerichtshof (*Corte Suprema di Cassazione*) spricht in seinem Urteil vom 24.4.2014, Nr. 38343 CP 2015, von einem *tertium genus*, vgl. auch *D'Ambra*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 375, m. w. N.

161 Vgl. *Rübenstahl*, RIW 2012, S. 505, S. 512; *Schettino/Lucariello*, La difesa degli enti, S. 163, die dies als allgemeines Grundprinzip beschreiben, das der Gesetzgeber hier verfolgt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

grundlage nur von Verbänden spricht[162] – haben folglich im Voruntersuchungsverfahren nach dem Dekret die gleichen Rechte wie natürliche Personen in kriminalstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren.[163] Das Dekret Nr. 231/2001 enthält – anders als etwa für die Beschlagnahme nach Art. 53 – keine Sondervorschriften für die Selbstbelastungsfreiheit. Juristische Personen sind daher nach dem Dekret nicht verpflichtet, sich gegenüber den Ermittlungsbehörden durch Mitwirkungspflichten selbst zu belasten.

Der nemo tenetur-Grundsatz ist in der italienischen Verfassung (*Costituzione della Repubblica Italiana*) nicht ausdrücklich verankert. Das italienische Verfassungsgericht hat die Selbstbelastungsfreiheit u. a. jedoch als Bestandteil der Verteidigungsrechte anerkannt, die nach Art. 24 Abs. 2 der Verfassung in jedem Stadium des Verfahrens zu wahren sind,[164] aber nicht absolut gelten sollen.[165] Sie dient neben dem Schutz der Menschenwürde auch dem Persönlichkeitsschutz, dem Recht auf Selbstbestimmung im Verfahren, dem Schuldgrundsatz sowie der Unschuldsvermutung.[166] Daneben enthält Art. 111 lediglich allgemeine strafverfahrensrechtliche Grundsätze. Artikel 64 Abs. 3 lit. b und Art. 65 der Strafprozessordnung (*Codice di Procedura Penale*) enthalten allgemeine Bestimmungen und Aufklärungspflichten zum Schweigerecht sowie zum Verbot zum Zwang zur Selbstbelastung natürlicher Personen.[167] Artikel 64 und 65 sollen nach Teilen der Literatur für alle Arten strafrechtlicher

---

162 *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 633.

163 Vgl. auch *Schettino/Lucariello*, La difesa degli enti, S. 167 ff., wobei die Streitfrage nur darin besteht, ob die Rechte daneben auch dem gesetzlichen Vertreter zukommen.

164 Corte Constitutionale, U. v. 4.4.1973 – Nr. 34, Rn. 3 und Vorabentscheidungsbeschluss v. 6.3.2019 – Nr. 117, Rn. 9 (das spätere Urteil DB/Consob ECLI:EU:C:2021:84 des EuGH betreffend); Art. 24 Abs. 2 der V*erfassung*: „La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento“, [deutsch:] „Die Verteidigung ist ein unantastbares Recht in jedem Stadium und auf jeder Ebene des Verfahrens“; vgl. auch *Marchesi/Panzavolta*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 365, S. 367; die italienische Literatur will den Grundsatz teilweise aus der Menschenwürde (den das Verfassungsgericht im U. v. 11.7.2000 – 293/2000 – Rn. 4, Considerato in diritto, zum allgemeinen Verfassungswert erklärt, worauf es aber nicht den nemo tenetur-Grundsatz stützt), der moralischen Freiheit nach Art. 2 oder der Unschuldsvermutung nach 27 Abs. 2 der Verfassung herleiten, vgl. *Stanzione*, Autoincriminazione e diritto, S. 19 ff., S. 31 ff., S. 43., m. w. N.; eine eindeutige Zuordnung wird aber nicht vorgenommen. Überwiegend wird zudem auf Art. 24 Abs. 2 abgestellt.

165 *Stanzione*, Autoincriminazione e diritto, S. 35, m. w. N. in Fn. 110; *Helfer*, Zfistw, S. 156, S. 158.

166 *Helfer*, Zfistw, S. 156, S. 158, in Hinblick auf natürliche Personen.

167 *Marchesi/Panzavolta*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 365, S. 370 f.; *Schettino/Lucariello*, La difesa degli enti, S. 166, unter Verweis auf Cassazione Penale, Sez. 1, U. v. 4.11.2016, Nr. 48555.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verfahren und auch für juristische Personen gelten.[168] Spezielle Belehrungspflichten bei der Vernehmung im Ermittlungsverfahren enthalten zudem die Art. 363 Abs. 1 i. V. m. Art. 210 Abs. 4 der italienischen Strafprozessordnung.[169] Das italienische Verfassungsgericht hat, soweit ersichtlich, allerdings noch nicht über die Reichweite des nemo tenetur-Grundsatzes entschieden.

Nach dem gegenwärtigen Stand der Gesetzeslage gilt der nemo tenetur-Grundsatz in Italien daher in „quasi-strafrechtlichen" Verwaltungssanktionsverfahren gegenüber Unternehmen. Dessen genaue Reichweite ist jedoch unklar.

11. Kroatien

Die *Republik Kroatien* hat die kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen seit 2003 in einem Sondergesetz kodifiziert (*Act on the Responsibility of Legal Persons for Criminal Offences*, Nr. 151/2003).[170] Nach dessen Art. 2 gelten für juristische Personen die Vorschriften der kroatischen Strafprozessordnung, soweit nichts anderes bestimmt ist.[171] Während Art. 32 Abs. 3 des Unternehmensverantwortlichkeitsgesetzes etwa die Anwendbarkeit der kroatischen Strafprozessordnung hinsichtlich der Pflichtverteidigung ausschließt, bestimmt das Gesetz in Hinblick auf Mitwirkungspflichten, das Schweigerecht oder die Selbstbelastungsfreiheit keine Abweichungen.[172]

In der kroatischen Strafprozessordnung (*Zakon o kaznenom postupku*) ist der nemo tenetur-Grundsatz in Art. 64 Abs. 1 Nr. 7 verankert.[173] Nach Art. 239

---

168 *Marchesi/Panzavolta*, New Journal of European Criminal Law 12, S. 365, S 372.

169 Dekret v. 22.9.1988 Nr. 447, Codici di procedura penale.

170 *Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela*, v. 11.9.2003, Nr. 151/03 abrufbar unter: https://www.zakon.hr/z/110/Zakon-o-odgovornosti-pravnih-osoba-za-kaznena-djela (zuletzt besucht am: 21.2.2023); auf Englisch: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=83911&p_country=HRV&p_count=631&p_classification=01&p_classcount=100 (zuletzt besucht am: 21.2.2023); vgl. auch *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 636; *Josipović*, Introduction to the Law of Coratia, S. 455.; *Dragičević Prtenjača/Roksandić*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 138 ff., die darauf hinweisen, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit bislang eher die praktische Ausnahme bleibt, vgl. a. a. O., S. 160.

171 Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 9; *Karas/Bonačić/Burić*, in: A Comparative Analysis of Pre-Trial Procedure in Europe, S. 36.

172 Vgl. etwa Art. 43 Abs. 7 StPO, der auflistet, welche Rechte aus Abs. 1 für juristische Personen gelten.

173 Abrufbar in kroatischer Sprache: https://www.zakon.hr/z/174/Zakon-o-kaznenom-postupku (zuletzt besucht am: 3.2.2023); vgl. auch *Karas/Bonačić/Burić*, in: A Comparative Analysis of Pre-Trial Procedure in Europe, S. 37.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 1 Nr. 2 der kroatischen StPO ist der Beschuldigte – worunter nach Art. 202 Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. Nr. 5 auch juristische Personen fallen – bei der richterlichen Vernehmung darüber zu belehren, dass er nicht verpflichtet ist, Angaben zu machen.[174] Dabei wird bezüglich der Zwangsmaßnahmen nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen unterschieden.[175] Im Vorermittlungsverfahren besteht eine bußgeldbewehrte Mitwirkungs- und Herausgabepflicht u. a. für juristische Personen nach Art. 206g Abs. 2 und Abs. 3 sowie Art. 265 StPO lediglich für gespeicherte (Bank-, Finanztransaktions- und Telekommunikations-)Daten Dritter. Da für juristische Personen in Hinblick auf eigene Daten nichts anderes bestimmt ist, gilt der nemo tenetur-Grundsatz nach Art. 2 des Unternehmensverantwortlichkeitsgesetzes auch für juristische Personen.

In der kroatischen Verfassung (*Ustav Republike Hrvatske*) ist der nemo tenetur-Grundsatz nicht ausdrücklich genannt, obschon Art. 28 und Art. 29 die strafrechtlichen Verfahrensgarantien – wie die Unschuldsvermutung – ungewöhnlich ausführlich regeln. Eine Überprüfung der Rechtsprechung des kroatischen Verfassungsgerichts der vergangenen 20 Jahre hat ergeben, dass über die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber juristischen Personen, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden wurde.[176] In einer Entscheidung aus dem Jahr 2000 – also noch vor der Einführung einer Unternehmensstrafbarkeit – entschied das kroatische Verfassungsgericht jedoch, dass die Garantien des Art. 6 Abs. 1 der EMRK in jedweden Verfahren und sowohl gegenüber natürlichen als auch juristischen Personen Anwendung finden.[177] Der indizierten Anwendbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes auch gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang steht daher jedenfalls keine obergerichtliche Rechtsprechung entgegen.

Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Kroatien in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

---

[174] Kroatische Strafprozessordnung, abrufbar auf Englisch, nicht in der aktuellen Fassung: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/05/Croatia_Criminal_proc_code_am2009_en.pdf (zuletzt besucht am: 3.2.2023).

[175] Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 9.

[176] Die Entscheidungen sind in englischer Sprache abrufbar unter: https://sljeme.usud.hr/usud/prakswen.nsf/vKrozOpciPojmovnik.xsp (zuletzt besucht am: 2.2.2023).

[177] Kroatisches Verfassungsgericht, U. v. 8.11.2000 – Nr. U-I-745/1999, Rn. 3.0.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

12. Lettland

Die *Republik Lettland* sieht keine genuin strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen vor.[178] Ein Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2004 erwog deren Einführung in einem Sonderteil des Strafgesetzbuchs, wurde allerdings im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess stark verwässert.[179] Es hatte sich die Überzeugung durchgesetzt, dass der strafrechtliche Schuldgrundsatz mit einer Unternehmensstrafbarkeit unvereinbar sei, weshalb der ursprüngliche Entwurf nicht erneut aufgegriffen wurde.[180] Anstelle strafrechtlicher Sanktionen sieht Art. 12 des lettischen Strafgesetzbuchs[181] daher nur *nicht*-strafrechtliche Zwangsmaßnahmen gegen juristische Personen vor.[182] Voraussetzung hierfür ist, dass eine natürliche Person eine Straftat im Interesse und zum Nutzen oder aufgrund unzureichender Überwachung der juristischen Person begeht. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bleibt dabei auf die natürliche Person beschränkt und lediglich die Zwangsmaßnahmen können sich gegen die juristischen Personen richten.[183] Die genauen Bedingungen der Verhängung sind in Art. 70^1 StGB normiert, die nach Art. 70^2 Abs. 1 Nr. 1 StGB sogar die Liquidation vorsehen. Da sowohl die Haftungsgrundlage als auch das anzuwendende Verfahren dem Strafrecht entspringen, wird teilweise von einer „quasistrafrechtlichen" Haftung gesprochen.[184] Faktisch handelt es sich aber nicht um eine akzessorische Haftung, die an die natürliche Person anknüpft, sondern um eine Erstreckung der Sanktion auf das Unternehmen. Faktisch besteht damit gegenwärtig keine strafrechtliche Haftung juristischer Personen. Die lettische Rechtsordnung bleibt für die weitere Betrachtung daher außer Betracht.

---

178 Andere Ansicht, jedoch ohne vertiefte Ausführungen noch: *Sachoulidou*, Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung, S. 302; die dort angegebenen Quellen sind aber nicht länderspezifisch aufgeteilt und enthalten zum Teil keine Ausführungen zum lettischen Recht.

179 *Strada-Rozenberga/Rozenbergs*, Strani pravni život LXV, S. 655, S. 656 f.

180 *Strada-Rozenberga/Rozenbergs*, Strani pravni život LXV, S. 655, S. 656 f.

181 „Kriminālliikums", abrufbar in lettischer Sprache: https://likumi.lv/ta/id/88966-kriminallikums (zuletzt besucht am: 3.2.2023); vgl. auch *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 636.

182 *Strada-Rozenberga/Rozenbergs*, Strani pravni život LXV, S. 655, S. 658; *Teivāns-Treinovskis/u. a.*, Entrepreneurship and Sustainability Issues 9, S. 45, S. 47.

183 *Strada-Rozenberga/Rozenbergs*, Strani pravni život LXV, S. 655, S. 658.

184 OECD, Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia 2015, S. 1, S. 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

13. Litauen

Die *Republik Litauen* sieht eine originär kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen seit 2002 in Art. 20 Abs. 1 des litauischen Strafgesetzbuchs (*Lietuvos Respublikos baudžiamasis kodeksas*) vor.[185] Von dieser wird in der Praxis im Vergleich zu anderen ost- und zentraleuropäischen Staaten rege Gebrauch gemacht.[186] Die Verantwortlichkeit gilt jedoch nicht umfassend, sondern nur für diejenigen Tatbestände – wie etwa der Manipulation von Sportwettkämpfen nach Art. 182 Abs. 3 StGB –, bei denen die Haftung juristischer Personen ausdrücklich vorgesehen ist.[187] Art. 43 StGB enthält spezifische Sanktionen für juristische Personen, zu denen nach Abs. 1 Nr. 3 auch die Liquidation zählt.[188]

Artikel 387 Abs. 1 der litauischen Strafprozessordnung (*Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodeksas*) regelt das Verfahren zur Verhängung strafrechtlicher Sanktionen gegen juristische Personen.[189] Danach finden die allgemeinen Regeln der StPO Anwendung, soweit das Kapitel XXVIII der StPO keine anderweitigen Bestimmungen enthält. Die allgemeinen Vorschriften sehen das Recht, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, einfachgesetzlich in Art. 21 Abs. 4 StPO für den Verdächtigen bzw. in Art. 22 Abs. 3 für den Angeklagten vor. Artikel 188 Abs. 3 bzw. Art. 272 Abs. 1 StPO statuieren eine diesbezügliche Aufklärungspflicht bei der Befragung im Rahmen der Vorermittlung und dem Gerichtsverfahren. Nach Art. 98 StPO ist jede natürliche oder juristische Person berechtigt, für die Strafverfolgung relevante Dokumente zu übergeben – eine diesbezügliche Pflicht besteht indes nicht. Gleiches gilt hinsichtlich der Vorschriften über die Durchsuchung in den

---

185 „Baudžiamasis Kodeksas“, abrufbar in litauischer Sprache unter: https://www.infolex.lt/ta/66150, sowie in englischer Sprache unter: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/62/Lithuania_CC_2000_am2017_en.pdf (beide zuletzt besucht am: 2.3.2023); daneben besteht eine Haftung nach Art. 20 Abs. 2 StGB für die Handlung natürlicher Personen, die für die juristische Person vorgenommen wurden; *Girdenis/u. a.*, Statute Law Review 42, 2021, S. 398, S. 399; OECD, Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia 2015, S. 1, S. 14; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 637, vgl. insgesamt auch FRA – Presumption of Innocence, Country Report Lithuania, Presumption of Innocence, S. 1 ff.

186 OECD, Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia 2015, S. 1, S. 33.

187 Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 1 StGB; *Girdenis/u. a.*, Statute Law Review 42, 2021, S. 398, S. 400.

188 *Galginaitis*, Einführung, S. 275.

189 Gesetz Nr. IX-785, „Baudžiamojo Proceso Kodeksas“, abrufbar in litauischer Sprache unter: https://www.infolex.lt/portal/start_ta.asp?act=doc&fr=pop&doc=10708&title=LR%20baud%FEiamojo%20proceso%20kodeksas# (zuletzt besucht am: 3.2.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Art. 149 ff. StPO, die keine Mitwirkungspflichten für juristische Personen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren enthalten. Eine Differenzierung zwischen juristischen und natürlichen Personen findet nicht statt, sodass beiden grundsätzlich die gleiche Rechtsstellung zugestanden wird. Kapitel XXVIII enthält hierzu keine anderweitigen Bestimmungen, sondern bestimmt in Art. 388 Abs. 4 StPO sogar ausdrücklich, dass der Vertreter der juristischen Person im Verfahren alle Rechte und Pflichten zustehen, die die Strafprozessordnungen dem Verdächtigen oder dem Beschuldigten gewährt.

Verfassungsrechtlich ist der nemo tenetur-Grundsatz ausdrücklich in Art. 31 Abs. 3 der litauischen Verfassung kodifiziert.[190] Eine Überprüfung der Rechtsprechung des litauischen Verfassungsgerichts zurück bis ins Jahr 2002 hat ergeben, dass bislang keine Entscheidung zum Anwendungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber juristischen Personen erfolgt ist.[191] Die Frage nach der Vereinbarkeit administrativer Kartellsanktion i. H. v. 10 % des Jahresumsatzes mit Art. 31 Abs. 1 und Art. 109 Abs. 1 der litauischen Verfassung – dem Recht auf ein gerichtliches Verfahren – wurde nicht zur Entscheidung angenommen.[192] Das Verfassungsgericht hat allerdings die Verfassungsgemäßheit des Art. 20 Abs. 1 StGB festgestellt.[193] Der indizierten Anwendbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes auch gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang steht daher jedenfalls keine verfassungsgerichtliche Rechtsprechung entgegen.

Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Litauen in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

14. Luxemburg

Das *Großherzogtum Luxemburg* hat die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen seit 2010 in Art. 34 des luxemburgischen Strafgesetzbuchs (*Code pénal*) kodifiziert, die grundsätzlich alle Straftatbestände ein-

---

190 Abrufbar in englischer Sprache unter: https://www.constituteproject.org/constitution/Lithuania_2006.pdf (zuletzt besucht am: 3.2.2023).

191 Die Entscheidungen des littauischen Verfassungsgerichts sind in englischer Sprache abrufbar unter: https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170 (zuletzt besucht am 3.2.2023).

192 Litauisches Verfassungsgericht, B. v. 31.1.2007, über die Nichtannahme der Vorlage Nr. 1B-02, abrufbar unter: https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1408/content (zuletzt besucht am: 3.2.2023).

193 Litauisches Verfassungsgericht, B. v. 3.5.2010 abrufbar unter: https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1494/content (zuletzt besucht am: 3.2.2023) unter Verweis auf weitere Entscheidungen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schließt.[194] Auch insoweit bedarf es der Handlung einer natürlichen Person im Namen und Interesse der juristischen Person, die aber für eigenes Verschulden haftet. Artikel 35 ff. StGB enthält aber spezielle Sanktionsfolgen, darunter auch die Liquidation nach Art. 38 StGB.

Die luxemburgische Strafprozessordnung (*Code de procédure pénale*) findet grundsätzlich auch auf juristische Personen Anwendung.[195] Der Gesetzgeber hat dies jedoch nicht ausdrücklich und grundsätzlich festgeschrieben, sondern die StPO an den relevanten Stellen durch ein Änderungsgesetz für juristische Personen angepasst.[196] Im Verfahren verlangt Art. 223 Abs. 1 StPO einen Vertreter, der nach Art. 224 StPO keinen anderen Zwangsmaßnahmen unterworfen werden darf als ein Zeuge im Strafverfahren.[197]

Das Schweigerecht und das Recht, sich nicht selbst zu belasten, sind in der Verfassung nicht ausdrücklich festgeschrieben. Eine Überprüfung der Rechtsprechung des luxemburgischen Verfassungsgerichts hat ergeben, dass hierzu zudem noch keine Rechtsprechung ergangen ist.[198] Das Schweigerecht wird an verschiedenen Stellen der StPO und insbesondere im Rahmen von Befragungen gewährt.[199] Dabei hat der Gesetzgeber keine Anpassungen für juristische Personen vorgenommen. Gleiches gilt für Durchsuchungen nach Art. 65 – 66 StPO, für die keine Mitwirkungspflichten vorgesehen sind. Nach Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 2 der konsolidierten Fassung des Gesetzes vom 20.6.2020 über die vorübergehende Anpassung bestimmter Verfahrensweisen in Strafsachen, durch die die StPO ergänzt wird, wird für natürliche und juris-

---

194 Abrufbar in französischer Sprache unter: https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/penal/20211226 (zuletzt besucht: am 16.9.2023); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 11; *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 277.

195 Abrufbar in französischer Sprache unter: https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/procedure_penale/art_23/20211226 (zuletzt besucht am: 16.9.2023); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 11.

196 So erlischt nach Art. 2 Abs. 1 StPO die Klage mit dem Tod des Angeklagten und nach Abs. 2 (eingefügt durch das Gesetz L. 3. März 2010) für juristische Personen durch den Verlust der Rechtspersönlichkeit.

197 Art. 224 StPO: „Ni le représentant de la personne morale poursuivie, ni le mandataire de justice ne peuvent, en cette qualité, faire l'objet d'aucune mesure de contrainte autre que celle applicable au témoin en matière pénale."

198 Die Urteile des luxemburgischen Verfassungsgerichts sind in französischer Sprache abrufbar unter: https://justice.public.lu/fr/jurisprudence/cour-constitutionnelle.html?q=pr%C3%AAter+son+concours (zuletzt besucht am: 3.2.2023).

199 Art. 39 Abs. 2 StPO; Art. 46 Abs. 3 lit. b StPO für Befragungen bei der Voruntersuchung; Art. 52-1 Abs. 1 StPO, Art. 81 Abs. 3 StPO; Art. 91 Abs. 2 b. StPO; Art. 184 c. StPO, Art. 190-1 Abs. 2 StPO.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tische Personen eine Mitwirkungs- und Unterstützungspflicht im Rahmen der Durchsuchung nach Art. 65 und 66 StPO statuiert.

> „La personne physique ou morale qui s'est vu notifier l'ordonnance est tenue d'y prêter son concours."[200]

Gleichwohl sind diese Änderungen zum einen nur temporär und haben (noch) keine verbindliche Rechtswirkung.[201] Zum anderen betrifft diese bei Art. 1 lediglich Unternehmen die automatisierte Datenverarbeitungs- und Übermittlungssysteme betreiben und bei denen relevante Daten Dritter gespeichert sind, sowie in Art. 2 die Beschlagnahme von Geldern und Eigentum. In beiden Fällen darf ein Mitwirkungsbeschluss allerdings nicht angeordnet werden, wenn die Täterschaft oder Teilnahme der Unternehmen im Raum steht.[202] Da für Unternehmen keine Sonderregelungen existieren, besteht im Rahmen kriminalstrafrechtlicher Ermittlungen wie der Durchsuchung von Unternehmen keine selbstbelastende Mitwirkungspflicht.

Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Luxemburg in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

15. Malta

Die *Republik Malta* hat die kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen mit dem Änderungsgesetz Nr. III 2002 am 9.4.2002 eingeführt.[203] Danach wurde Kapitel 9 des maltesischen Strafgesetzbuchs geändert, indem Art. 121D StGB eingeführt wurde, der eine entsprechende Verantwortlichkeit der juristischen Person für die Handlungen natürlicher Vertretungs-

---

200 Deutsch: Natürliche oder juristische Personen, denen der Beschluss zugestellt wurde, sind zur Unterstützung verpflichtet, Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 20. 7.2020 zur vorübergehenden Anpassung bestimmter Verfahrensweisen in Strafsachen, abrufbar in französischer Sprache unter: https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2020/06/20/a542/consolide/20211220 (zuletzt besucht am: 3.2.2023).

201 Vgl. Hinweis auf der Website des Journal officiel: „La consolidation consiste à intégrer dans un acte juridique ses modifications successives. Elle a pour but d'améliorer la transparence du droit et de le rendre plus accessible. Ce texte consolidé a uniquement une valeur documentaire. Il importe de noter qu'il n'a pas de valeur juridique.", abrufbar in französischer Sprache unter: https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2020/06/20/a542/consolide/20211220 (zuletzt besucht am: 3.2.2023).

202 Vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 20. 7.2020 zur vorübergehenden Anpassung bestimmter Verfahrensweisen in Strafsachen, a. a. O.

203 Abrufbar in englischer Sprache unter: https://legislation.mt/eli/act/2002/3/eng/pdf (zuletzt besucht am: 4.2.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

personen vorsieht.[204] Die juristische Person haftet für Straftaten ihrer leitenden Angestellten, soweit diese ganz oder teilweise zugunsten der juristischen Person begangen wurden. Die möglichen Sanktionen sind zum Teil in Art. 248E Abs. 4A StGB normiert und sehen unter anderen den Lizenzentzug (lit. ii) oder die Unteraufsichtstellung (lit. iii.) vor.

Auf ein besonderes Verfahrensrecht wird dabei nicht verwiesen.[205] Artikel 366E Abs. 1 der maltesischen Strafprozessordnung (*Laws of Criminal Procedure*) sieht jedoch für jeden Verdächtigen und Beschuldigten[206] das Recht vor, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen. Nach Abs. 2 können Beweismittel, die unabhängig vom Willen dieser Personen existieren, zudem beschlagnahmt werden. Im Rahmen der Durchsuchung und Beschlagnahmevorschriften (Art. 355Kff. StPO) bestehen insoweit keine Mitwirkungs- und Herausgabepflichten. Nach Art. 534AB Abs. 1 lit. e StPO ist der Verdächtige oder Beschuldigte im Rahmen der Voruntersuchung sowie nach Art. 392 Abs. 2 StPO im Rahmen der richterlichen Vernehmung auf sein Schweigerecht hinzuweisen.[207] Eine Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen findet in der gesamten Strafprozessordnung nicht statt, da das Verfahren nur gegen die natürliche Person geführt wird.

Die maltesische Verfassung listet die strafverfahrensrechtlichen Gewährleistungen in Art. 39 sehr ausführlich auf.[208] Darunter zählen zum einen die Unschuldsvermutung sowie die Pflicht, dass das einfache Recht dem Angeklagten zu keinem Zeitpunkt die Beweislast für Tatsachen auferlegen darf (Abs. 5), und zum anderen das Recht, in einem Gerichtsverfahren die Aussage zu verweigern (Abs. 10). Das maltesische Verfassungsgericht (*Qorti Konstituzzjonali*) verortet das Schweigerecht in Art. 39 der Verfassung, hat sich mit dem Anwendungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes aber bislang nur im Rahmen von Verwaltungsverfahren gegenüber natürlichen Personen beschäftigt.[209] Der Anwendungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes wird damit –

---

[204] Maltesischer Criminal Code, abrufbar in englischer Sprache unter: https://legislation.mt/eli/cap/9/eng (zuletzt besucht am: 4.2.2023).

[205] Dies dürfte sich vor dem Hintergrund erklären, dass die juristische Person selbst nicht Partei des Strafprozesses wird, weil das Verfahren nur gegen die natürliche Person geführt wird. Die Strafprozessordnung geht an keiner Stelle auf juristische Personen ein.

[206] Beides wird in Art. 534 A StGB legaldefiniert, ohne zwischen natürlichen und juristischen Personen zu unterscheiden.

[207] Die Strafprozessordnung ist als Buch 2 dem Strafgesetzbuch angefügt und daher a. a. O. abrufbar.

[208] Abrufbar in englischer Sprache unter: https://legislation.mt/eli/const/eng/pdf (zuletzt besucht am: 4.2.2023).

[209] Maltesisches Verfassungsgericht, U. v. 26.1.2018 – Frank Sammut – 13/2014/1 JZM. Der Fall betraf den Zeugenaufruf eines Komitees in einem Verwaltungsverfah-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

soweit ersichtlich – auch nicht durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts gegenüber juristischen Personen im Strafverfahren eingeschränkt.

Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Malta in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen, da das Verfahren nur gegen natürliche Personen geführt wird.

16. Niederlande

Das *Königreich der Niederlande* sah die kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen bereits 1951 zunächst im Wirtschaftsstrafgesetz[210] und seit 1976 auch in Art. 51 Abs. 1 des niederländischen Strafgesetzbuchs (*Wetboek van Strafrecht*) vor.[211] Dem Verband, dem das schuldhafte Verhalten natürlicher Personen nach der Rechtsprechung des obersten niederländischen Gerichtshofs („Hoge Raad der Nederlanden") unmittelbar zugerechnet werden kann, wenn dies „vernünftigerweise" möglich ist,[212] drohten eine Vielzahl von Sonderstrafen, von einer Geldbuße i. H. v. 10 % des Jahresumsatzes bis hin zur Auflösung.[213]

---

ren. Frank Sammut verwies auf das ausstehende Strafverfahren und machte geltend, die Antworten verletzten daher sein Schweigerecht. Die Richtlinien des Verwaltungsverfahrens sahen jedoch eine Aussagepflicht vor. Das Verfassungsgericht entschied, dass die Richtlinie mit Art. 39 der maltesischen Verfassung unvereinbar sei, da sie das Schweigerecht nicht in hinreichender Hinsicht schütze, weil sie eine Aussagepflicht für natürliche Personen in Verwaltungsverfahren vorsehe.

[210] Art. 15 WED (*Wet op de economische delicten*), inzwischen aufgehoben, vgl. *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 270.

[211] „Criminal offences can be committed by natural persons and legal persons", abrufbar in niederländischer Sprache unter: https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2023-01-01 (zuletzt besucht am: 6.2.2023); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 11; davor bestand eine Corporate Criminal Liability bereits seit den 1920er-Jahren, vgl.: *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 61; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 632.

[212] Hoge Raad, U. v. 21.10.2003, NJ 2006, 328; vgl. *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 62, m. w. N.

[213] Die Geldbuße kann als reguläre Sanktion nach Art. 9 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. Art. 23 StGB verhängt werden, die für juristische Personen nach Abs. 7 erhöht werden kann. Diese Sanktion kann nach Art. 6 Abs. 5 des Economic Offence Act weiter angehoben werden (*Wet op de economische delicten*), abrufbar in niederländischer Sprache unter: https://wetten.overheid.nl/BWBR0002063/2023-01-01#TiteldeelII_Artikel6 (zuletzt besucht am: 6.2.2023); *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 270; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Da das Strafgesetzbuch juristische und natürliche Personen grundsätzlich gleichstellt, richtet sich auch das Verfahren gegen juristische Personen nach der Strafprozessordnung (*Wetboek van Strafvordering*).[214] Die dort vorgesehenen strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen sind gegen juristische Personen anwendbar, soweit nicht explizit etwas anderes bestimmt ist.[215] So enthält etwa Buch 4, Teil VI., allgemeine verfahrensleitende Vorschriften über die Strafverfolgung und Verurteilung juristischer Personen.[216]

Der nemo tenetur-Grundsatz ist in der niederländischen Verfassung nicht ausdrücklich festgeschrieben. Ein Verfassungsgericht gibt es in den Niederlanden nicht und die Judikative ist nach Art. 120 der Verfassung nicht befugt, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verträgen zu überprüfen (sog. *toetsingsverbod*).[217] Das niederländische Obergericht (*De Hoge Raad der Nederlanden*) hat die Selbstbelastungsfreiheit jedoch 1927 als allgemeinen Grundsatz anerkannt.[218] Da die Niederlande monistisch sind, gelten die EMRK und die GRCh in der Auslegung durch das Obergericht zudem unmittelbar.[219]

Der nemo tenetur-Grundsatz ist jedoch einfachgesetzlich in Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 der niederländischen Strafprozessordnung verankert.[220] Danach ist „die Person, die als Verdächtiger oder Beschuldigter" vernommen wird, nicht verpflichtet zu antworten (Abs. 2 S. 1), worüber vor Beginn der Vernehmung zu belehren ist (Abs. 2 S. 2). Nach der Legaldefinition des Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 StPO ist „eine Person" als Verdächtiger anzusehen, wenn eine hinrei-

---

214 Abrufbar in niederländischer Sprache unter: https://wetten.overheid.nl/BWBR0001903/2023-01-01/0 (zuletzt besucht am: 6.2.2023); Art. 38 und Art. 39 des Economic Offence Acts enthalten besondere sachliche Zuständigkeiten für Wirtschaftsstrafkammern, die das Verfahren aber unberührt lassen.

215 Soweit spezifisch die Rechte juristischer Personen betroffen sind, drückt die niederländische Strafprozessordnung dies explizit aus, vgl. etwa Art. 12 Abs. 2 StPO für die Beteiligung; Art. 36j StPO für die Zustellung oder Art. 126nc Abs. 1 StPO, der die Mitteilungspflicht personenbezogener Daten der beschuldigten natürlichen Person verlangt, wobei die Daten nach Abs. 2 lit. a-c für natürliche Personen gelten und lit. d für juristische Personen, da etwa „Geburtstag oder Geschlecht" dort keinen Sinn ergeben.

216 Art. 528 ff. der niederländischen Strafprozessordnung.

217 Vgl. Art. 120 der niederländischen Verfassung, abrufbar unter: https://www.verfassungen.eu/nl/ (zuletzt besucht am: 6.2.2023); *Vrugt*, New Journal of European Criminal Law 2021, S. 389, S. 391.

218 Hoge Raad, A. v. 27.6.1927 – Nr. NJ 1927 – ECLI:NL:PHR:1927:BG9434, sowie Hoge Raad, A. v. 16.1.1928 – Nr. 1928, 233 – ECLI:NL:HR:1928:298, vgl. *Vrugt*, New Journal of European Criminal Law 2021, S. 389, S. 389 f.

219 *Vrugt*, New Journal of European Criminal Law 2021, S. 389, S. 391.

220 Allgemein zum niederländischen Strafprozessrecht, vgl. *van Kempen*, P. H. P. H. M. C. u. a., The criminal justice, S. 97 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

chende Vermutung einer strafrechtlichen Zuwiderhandlung besteht, bzw. als Beschuldigter, wenn das formelle Ermittlungsverfahren eingeleitet wird.[221] Dabei wird nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen differenziert. Im Rahmen der Ermittlungsmaßnahmen bestehen zudem keine aktiven Herausgabepflichten für den Verdächtigen oder Beschuldigten. Artikel 125k Abs. 1 StPO sieht eine Pflicht vor, Ermittlungsbehörden Zugang zu digitalen Systemen zu gewähren, schließt aber in Abs. 3 i. V. m. Art. 96a Abs. 3 StPO sogleich eine solche Aufforderung gegenüber dem Verdächtigen aus.[222] Eine ausdrückliche bußgeldbewehrte Mitwirkungspflicht besteht in Hinblick auf die Herausgabe von Dokumenten lediglich im Rahmen *verwaltungs*rechtlicher Ermittlungen. Nach Art. 12l Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 des „Act establishing the Authority for Consumers and Market"[223] kann die Verweigerung der Kooperation, etwa durch die Herausgabe von Dokumenten, mit einem Bußgeld i. H. v. bis zu 450.000 Euro belegt werden. Da die Strafprozessordnung keine Mitwirkungspflichten des Beschuldigten vorsieht und in Bezug auf das Schweigerecht nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen unterscheidet, gilt die Selbstbelastungsfreiheit in kriminalstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren auch für juristische Personen.

Dieses Ergebnis wird durch eine Betrachtung der Rechtsprechungspraxis der niederländischen Obergerichte bestätigt. Der *Hoge Raad* hat bereits 1982 dem Vertreter einer juristischen Person ein Schweigerecht im Strafverfahren eingeräumt.[224] Selbst in Verwaltungsverfahren sieht Art. 5:10a des allgemeinen niederländischen Verwaltungsgesetzes ausdrücklich ein Schweigerecht vor (Abs. 1), über das der Betroffene zu belehren ist (Abs. 2).[225] Das Schweigerecht für juristische Personen wird dabei auch von den Obergerichten aus-

---

221 *Vrugt*, New Journal of European Criminal Law 2021, S. 389, S. 391 ff., mit weiteren Nachweisen auch zur niederländischen Rechtsprechung.

222 Ein solcher Ausschluss findet sich auch in anderen Vorschriften, die eine Mitwirkungspflicht statuieren, vgl. Art. 126 StPO.

223 „Instellingwet Auuthoriteit Consument en Markt" v. 28.2.2013, abrufbar in englischer Sprache unter: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13190_establishment-act-of-the-netherlands-authority-for-consumers-and-markets.pdf (zuletzt besucht am: 6.2.2023).

224 Hooge Raad, U. v. 13.10.1981 – ECLI:NL:HR:1981:AC3210 – Nr. NJ 1982, 17. Die Nichtbelehrung über die Möglichkeit, die Aussage zu verweigern, sei ein Verstoß gegen Art. 29 Abs. 2 StPO (s. o), das Urteil der Vorinstanz daher aufzuheben.

225 Allgemeines Verwaltungsrechtsgesetz (*Algemene wet bestuursrecht*), Art. 5:10 Abs. 1: „Degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen."; Abs. 2: „Voor het verhoor wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.", abrufbar unter: https://wetten.overheid.nl/BWBR0005537/2023-01-01#Hoofdstuk5 (zuletzt besucht am: 6.2.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

drücklich anerkannt, jedenfalls dann, wenn eine Geldbuße verhängt wird.[226] Kritisiert wird dabei, dass das Schweigerecht nur den Geschäftsführern zugesprochen wird. Angestellte der juristischen Person, gegen die sich das Bußgeld nicht richtet, haben dagegen eine Kooperations- und Aussagepflicht nach Art. 5:20 Abs. 1 des Verwaltungsgesetzes, sofern nicht eine besondere Verschwiegenheitsverpflichtung besteht.[227]

Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in den Niederlanden sowohl in Verwaltungs- als auch in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

17. Österreich

Die *Republik Österreich* normiert die Strafbarkeit von Unternehmen seit 2006 in einem eigenständigen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).[228] Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 2 VbVG sind Verbände juristische Personen sowie eingetragene Personengesellschaften und europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen. Die Bestimmung der Rechtsnatur der Verbandssanktion bereitet indes Schwierigkeiten. Ob es sich um eine *kriminal*strafrechtliche Verantwortlichkeit handelt, ist – wie auch viele andere verfahrensrechtliche Fragen – wissenschaftlich und höchstrichterlich nicht abschließend geklärt.[229] § 4 Abs. 1 VbVG konstatiert zwar eine Verantwortlichkeit des Verbandes „für eine Straftat", die jedoch mit einer „Verbandsgeldbuße" und keiner „Strafe" geahndet wird.[230] Gleichwohl statuieren § 13

---

226 Raad van State, U. v. 21.8.2019 – ECLI:NL:RVS:2019:2801 – Rn. 5.3.

227 Vgl. zuletzt Raad van State, U. v. 26.4.2021 – ECLI:NL:CBB:2021:445 – Rn. 1.3 ff.

228 Der Verfasser dankt Herrn Assoz. Univ. Prof. Dr. Stefan Schumann und Herrn Dr. Lukas Staffler, LL.M. (London), für die Überprüfung der österreichischen Rechtslage sowie für die hilfreichen Anregungen. Abrufbar unter https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20004425 (zuletzt besucht am: 6.2.2023); *Niggli/Maeder*, in: Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, § 8, Rn. 7; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 13; *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 271; *Dietrich*, NZWiSt 2016, S. 186, S. 186 ff.; Transparency Schweiz, Strafbarkeit des Unternehmens, S. 28; *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 64; *Wohlers*, NZWiSt 7, S. 412, S. 373; *Hilf*, ZStW 126, 2014, S. 73, S. 83; *Konopatsch*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 486 ff.

229 *Schumann* weist hier etwa auf die Terminologie des österreichischen Gesetzgebers hin, der von der „Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten" nicht „strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden" spricht, vgl. *Schumann*, in: Das Unternehmen im Brennpunkt, S. 73.

230 Dabei sprach der Vorentwurf noch von einer „Strafbarkeit der juristischen Person", abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/ME/ME_00177/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 1 und § 15 Abs. 1 VbVG – wohl als Erbe des Vorentwurfs – die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für die Ermittlungen und den Gerichten zur Verhängung der Verbandsgeldbuße, die nach § 14 Abs. 2 VbVG als „Strafsachen" gelten.[231] Dies wird in der Literatur teilweise als Beweis einer kriminalstrafrechtlichen Rechtsnatur interpretiert.[232]

In Hinblick auf das Verfahren stehen dem Verband nach § 13 Abs. 1 S. 2 VbVG ausdrücklich *die Rechte des Beschuldigten*, mithin grundsätzlich alle strafrechtlichen Abwehrrechte zu, die auch natürlichen Personen zustehen.[233] § 14 Abs. 1 VbVG erklärt zudem die allgemeinen Vorschriften über das Strafverfahren für anwendbar, soweit sie nicht ausschließlich auf natürliche Personen anwendbar sind und sich aus den folgenden Bestimmungen nichts anderes ergibt.[234] Eine Sonderbestimmung für den nemo tenetur-Grundsatz findet sich in § 17 Abs. 2 VbVG, wonach der Entscheidungsträger vor Beginn einer Vernehmung darüber zu belehren ist, dass er berechtigt ist, sich zur Sache zu äußern oder nicht auszusagen. Für die Durchsuchung enthält das VbVG hingegen keine Sonderbestimmungen.

Der nemo tenetur-Grundsatz wird in der österreichischen Verfassung nicht ausdrücklich erwähnt. Der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) leitet ihn aus dem materiellen Anklageprinzip des Art. 90 Abs. 2 der Bundesverfassung – und nicht aus der Menschenwürde – ab.[235] Gemeint ist damit die Trennung von Anklage und urteilender Richterfunktion. Für den VfGH folgt hieraus das Verbot, Beschuldigte oder Verdächtige durch Androhung oder Anwendung rechtlicher Sanktionen dazu anzuhalten, Beweise gegen sich selbst zu liefern.[236] In der österreichischen Strafprozessordnung ist der nemo tenetur-Grundsatz in § 7 Abs. 2 StPO als „Recht auf Verteidigung" verankert, wonach der Beschuldigte nicht gezwungen werden darf, sich selbst zu belas-

---

index.shtml# (zuletzt besucht am: 6.2.2023); vgl. auch die rechtsvergleichenden Ausführungen der Rechtslage in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union von damals a. a. O.; *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 271, m. w. N.; zum (nicht mitgetragenen) Vorwurf des Etikettenschwindels, *Hilf*, NZWiSt 2016, S. 189, S. 191; *Böse*, ZStW 126, 2014, S. 132, S. 142.

231 Vgl. *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 65 f.

232 *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 271.

233 Vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 13; *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 67.

234 Für *Schumann* folgt dies bereits aus der Konzeption des VbVG als komplementärer Verbandsverantwortlichkeitsentwurf, *Schumann*, in: Das Unternehmen im Brennpunkt, S. 74.

235 VfGH, B. v. 25.9.1990, 795/90 VfSlg 12.454; vgl. hierzu auch *Schumann*, in: Das Unternehmen im Brennpunkt, S. 77.

236 VfGH, B. v. 25.9.1990, 795/90 VfSlg 12.454.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ten, und es ihm freisteht, die Aussage zu verweigern.[237] Bei Vernehmungen des Beschuldigten statuiert § 164 Abs. 1 S. 2 StPO eine entsprechende Informationspflicht. Aktive Mitwirkungspflichten der beschuldigten natürlichen Person enthält die Strafprozessordnung etwa im Rahmen der Identitätsfeststellung nach § 118 Abs. 3 und Abs. 4 i. V. m. § 117 Z 3 lit. a StPO, die bei einer Weigerung mit einer zwangsweisen Durchsuchung der Person überwunden werden darf. § 111 Abs. 1 StPO statuiert eine Herausgabepflicht für sicherzustellende Gegenstände oder elektronisch gespeicherte Daten (Abs. 2). Diese Pflicht gilt über den Verweis in § 93 Abs. 2 StPO aber nicht für einer Straftat verdächtige Personen und umfasst lediglich den passiven Zugang zu Daten.

Die Anwendbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes für Verbände und juristische Personen hängt nach Teilen der Literatur davon ab, wo der Schwerpunkt der Anknüpfung im Anklageprinzip liegt. Mit einer Betonung der individuellen Konfliktvermeidung lässt sich die Anwendbarkeit verneinen, als allgemeines Verteidigungsprozessrecht nicht.[238]

Die Obergerichte und große Teile der Literatur[239] gehen allerdings von einer Anwendbarkeit aus. Der österreichische Verwaltungsgerichtshof hat den nemo tenetur-Grundsatz ausdrücklich im verwaltungsrechtlichen Finanzstrafverfahren anerkannt.[240] Nach § 84 Abs. 4 Finanzstrafgesetz (FinStrG) dürfen Beschuldigte nicht zur Beantwortung der an sie gestellte Fragen gezwungen werden, wobei diese nach § 84 Abs. 1 FinStrG hierüber zu informieren sind.[241] Nach Teilen der Literatur soll der Grundsatz in Verwaltungsverfahren jedoch nicht generell gelten, sondern nur vor Mitwirkungspflichten schützen, indem die Angaben nicht anderen als Strafverfolgungszwecken dienen und nicht auf eine Selbstbezichtigung gerichtet sein dürfen.[242] Für juristische Personen hat der Verwaltungsgerichtshof das Schweigerecht in Verwaltungsverfahren nach § 33 Abs. 2 VStG jedoch ausdrücklich anerkannt.[243] Zuletzt hat das OLG Wien eine Auskunftsanordnung der Staatanwaltschaft Wien nach § 116 Abs. 6 StPO über Bankkonten und Bankgeschäfte der „M Bank AG“ als juristische

---

237 Österreichische Strafprozessordnung, abrufbar unter: https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002326 (zuletzt besucht am: 6.2.2023).

238 *Herbst*, in: Korinek u. a., Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 90 Abs. 2 B–VG, Rn. 32.

239 *Staffler*, ZWF, S. 174, S. 179.

240 VwGH v. 27.10.1988 – 88/16/0126 – Sammlungsnummer VwSlg 6361 F/1988.

241 Abrufbar unter: https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10003898&Artikel=1&Paragraf=84&Anlage=&Uebergangsrecht= (zuletzt besucht am: 21.2.2023).

242 *Bussjäger*, LJZ 29, S. 43, S. 46.

243 VwGH, v. 29.03.2019, Ro 2018/02/0023, Rn. 22 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Person als Verletzung gegen die Selbstbelastungsfreiheit sowohl i. S. d. Art. 6 EMRK als auch Art. 90 Abs. 2 der Bundesverfassung angesehen und aufgehoben.[244] Mit seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2016 hat der VfGH die Rechtsprechungslinie des OLG Wien bestätigt. Er hat festgestellt, dass die Grundsätze des fairen Verfahrens und die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK auch auf Verbände anwendbar seien:

> „Angesichts der Einordnung des VbVG in das Justizstrafrecht, des sowohl präventiven als auch repressiven Charakters der Sanktion […] und der möglichen Höhe der im VbVG vorgesehenen Geldbuße […] sind mit Blick auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR 8.6.1976, Fall Engel ua., Appl. 5100/71 ua.) jene Grundsätze des Art. 6 EMRK, die Verfahrensgarantien betreffen (Fairnessgebot), auch auf Verbände anzuwenden."[245]

Dabei verweist er ausdrücklich auch auf die nach § 17 Abs. 2 VbVG bestehenden Verteidigungs- und Informationspflichten. Eine Einschränkung des Anwendungsumfangs des nemo tenetur-Grundsatzes findet im Verbandssanktionsverfahren gegenwärtig nicht statt.[246]

Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Österreich in Verbandssanktionsverfahren gegenüber Verbänden in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.[247]

18. Polen

Die *Republik Polen* hat die kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen seit 2002 gesetzlich festgeschrieben.[248] Obschon das Gesetz

---

[244] OLG Wien, B. v. 11.04.2013 – 22 Bs 5/13s: „Fallbezogen widerspricht die mögliche Anwendung von Zwang dem Verbot eines Zwangs zur Selbstbelastung (nemo-tenetur-Prinzip), das aus Artikel 6 MRK, vom VfGH auch aus Artikel 90 Abs 2 B-VG, der verfassungsmäßigen Verankerung des Anklageprinzips, abgeleitet wird."

[245] VfGH, U. v. 2.12.2016 – G497/2015 – Rn. 57 ff.

[246] Ausgenommen hiervon ist das verwaltungsrechtliche Kartellermittlungsverfahren, das nicht in das Verbandssanktionsverfahren überführt wurde. Nach § 11a Abs. 1 WettbG kann die Bundeswettbewerbsbehörde von Unternehmen Auskünfte verlangen, wobei der Umfang der Herausgabepflicht offen ist. Nach dem Zuschnitt der Untersuchung bleiben verwaltungsrechtliche Mitwirkungspflichten jedoch außer Betracht, da es an einer Übertragbarkeit auf das europäische Kartellermittlungsverfahren fehlt. Fraglich bleibt allerdings, wie § 11a WettbG mit der dargestellten Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs vereinbar ist.

[247] *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 67.

[248] Gesetz vom 28.10.2002 über die Haftung von Unternehmen für mit Strafe bedrohter Handlungen („Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary"), abrufbar in polnischer Sprache unter: https://lexlege.pl/ustawa-o-odpowiedzialnosci-podmiotow-zbiorowych-za-czyny-zabronione-pod-grozba-kary/ (zuletzt besucht am: 7.2.2023); zur Entwicklung vgl. auch polnisches

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht ausdrücklich eine kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit anordnet, sollen die Normen eine *de facto* quasi-strafrechtliche Wirkung *sui generis* haben.[249] Das „Gesetz über die kollektive Haftung von Unternehmen" sieht dabei einen polnischen Sonderweg vor, der darin besteht, dass dessen Art. 3 und Art. 4 nur eine akzessorische strafrechtliche Verantwortlichkeit schaffen, da nach polnischer Strafrechtsdogmatik ausschließlich natürliche Personen Straftaten begehen können.[250] Erst im Nachgang einer rechtskräftigen Verurteilung wird eine Haftung des Unternehmens begründet, sofern dem Unternehmen durch die Handlung der natürlichen Person ein Vorteil erwachsen ist.[251] Ein Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2019 zur Schaffung einer genuinen strafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeit gelangte in die parlamentarische Beratungsphase, ist jedoch aufgrund des Diskontinuitätsgrundsatzes rechtlich nicht mehr existent.

Für das Verfahren finden nach Art. 22 des Gesetzes über die kollektive Haftung von Unternehmen die Vorschriften der polnischen Strafprozessordnung Anwendung, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht.[252] Nach Art. 33 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 haben die Vertreter der juristischen Person das Recht, keine Angaben zu machen. Weitere Sonderregelungen enthält das Gesetz nicht.

Der nemo tenetur-Grundsatz ist in der polnischen Verfassung (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*)[253] nicht ausdrücklich normiert. Die polnische Verfassung regelt ausgesuchte strafrechtliche Verfahrensgrundsätze – wie die Unschuldsvermutung oder das Recht auf Verteidigung – in Art. 42 Abs. 2, wobei der nemo tenetur-Grundsatz nicht explizit erwähnt wird.[254] Nach Art. 74 § 1 der polnischen Strafprozessordnung muss der Angeklagte nicht gegen sich selbst aussagen und nach Art. 175 § 1 StPO ist der Beschuldigte

---

Verfassungsgericht, U. v. 3.11.2004 – K 18/03 – Rn. 18, abrufbar in englischer Sprache unter: https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_18_03_GB.pdf (zuletzt besucht am: 7.2.2023); *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 272; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 637.

249 Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 13; *Góralski*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 574.

250 Vgl. hierzu ausführlich *Góralski*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 571 ff.

251 *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 272.

252 Vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 14.

253 Abrufbar in polnischer Sprache unter: https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/kon1.htm (zuletzt besucht am: 7.2.2023).

254 Art. 42 Abs. 2 polnische Verfassung: „Jedermann, gegen den ein Strafverfahren geführt wird, hat das Recht auf Verteidigung in allen Abschnitten des Verfahrens. Insbesondere kann er einen Verteidiger wählen oder gemäß den im Gesetz festgelegten Grundsätzen einen Pflichtverteidiger in Anspruch nehmen."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

berechtigt, die Aussage zu verweigern.[255] Art. 217 § 5 StPO sieht vor, dass die Verweigerung der Herausgabe im Rahmen von Durchsuchungen nur durch unmittelbaren Zwang der Durchsuchungsbeamten gebrochen werden kann. Herausgabepflichten bestehen nach Art. 218 und Art. 218a StPO lediglich für Ämter und digitale Dienstleister in Bezug auf die Daten Dritter. Weitergehende Mitwirkungspflichten sehen weder das Gesetz über die kollektive Haftung von Unternehmen oder die StPO vor. Das Steuerstrafgesetzbuch sieht in Art. 16 § 1 lediglich – ähnlich wie Art. 217 § 2 StPO – Straffreiheit für den Fall einer *freiwilligen* Kooperation vor.[256] Die Selbstbelastungsfreiheit und das Verbot des Selbstbelastungszwangs gelten in Polen damit auch gegenüber juristischen Personen.

Die Rechtsprechungspraxis der polnischen Obergerichte ändert dieses Ergebnis nicht. Eine Rechtsprechungsrecherche bis ins Jahr 2002 hat ergeben, dass das polnische Verfassungsgericht (*Trybunału Konstytucyjny*)[257] zum Umfang des nemo tenetur-Grundsatzes in Hinblick auf juristische Personen noch nicht Stellung bezogen hat. Gleiches gilt, soweit ersichtlich, für das polnische Obergericht (*Sąd Najwyższy*). In Bezug auf die Unschuldsvermutung hat das Verfassungsgericht jedoch allgemein ausgeführt, dass das Verfahren über die Haftung juristischer Personen in Übereinstimmung mit den Vorschriften der Strafprozessordnung durchgeführt werden und alle Standards respektiert werden, die die Rechte des Beschuldigten garantieren.[258]

Der *nemo tenetur*-Grundsatz gilt damit in Polen nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung auch für juristische Personen im jedenfalls quasistrafrechtlichen Verfahren in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

---

255 „Kodeks postępowania karnego“, abrufbar in polnischer Sprache unter: https://lexlege.pl/kpk/dzial-i-przepisy-wstepne/474/ (zuletzt besucht am: 7.2.2023); das polnische Obergericht bezeichnet den Grundsatz als eine der wichtigsten Verfahrensgarantien im demokratischen Rechtsstaat, vgl. Oberster Gerichtshof (*Sąd Najwyższy*), U. v. 25.4.2019 – IIKK 214/18.

256 „Kodeks karny skarbowy“, Gesetz Nr. 83 v. 10.9.1999, abrufbar in polnischer Sprache: https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19990830930/U/D19990930Lj.pdf (zuletzt besucht am: 7.2.2023).

257 Die Entscheidungen sind abrufbar auf der Homepage des polnischen Verfassungsgerichts unter: https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wokanda (zuletzt besucht am: 7.2.2023).

258 Polnisches Verfassungsgericht, U. v. 3.11.2004 – K 18/03 – Rn. 18, abrufbar in englischer Sprache unter: https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_18_03_GB.pdf (zuletzt besucht am: 7.2.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

19. Portugal

In der *Portugiesischen Republik* ist die Strafbarkeit juristischer Personen bereits seit 1984 in Spezialgesetzen wie dem über Wirtschaftsstraftaten[259] vorgesehen.[260] Seit dem Änderungsgesetz Nr. 59/2007[261] sieht Art. 11 Abs. 2 des portugiesischen Strafgesetzbuchs (*Código Penal*) eine spezifische kernstrafrechtliche Haftung bei Delikten wie Bestechung (Art. 363), Geldwäsche (Art. 368-A) oder Korruption (Art. 372) vor.[262] Das Verfahren zur Anwendung strafrechtlicher Sanktionen richtet sich dabei nach der portugiesischen Strafprozessordnung (Art. 2 StPO) und subsidiär nach der Zivilprozessordnung bzw. den allgemeinen Grundsätzen des Strafverfahrens (Art. 4 StPO).[263] Nach Art. 61 Abs. 1 lit. d StPO hat der Angeklagte generell und allgemein das Recht, Fragen, die ihm von jedweder Ermittlungseinheit gestellt werden, nicht zu beantworten. Darauf ist er etwa im Rahmen der richterlichen Vernehmung nach Art. 141 Abs. 4 lit. a StPO hinzuweisen. Angeklagter ist nach Art. 57 Abs. 4 StGB auch die juristische Person, die allerdings vertreten werden muss. Für die Durchsuchung nach Art. 174 ff. StGB finden sich indessen keine speziellen Mitwirkungsvorschriften.

---

259 Der Verfasser dankt Herrn *Carlos Domenico Viveiros* für die Überprüfung der portugiesischen Rechtslage und die hilfreichen Anregungen; Art. 3 Abs. 1 des Lei 28/84 v. 20.1.1984, abrufbar in portugiesischer Sprache unter: https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/28-1984-659911 (zuletzt besucht am: 10.2.2013); andere Gesetze, wie das Lei 433/82 v. 27.10.1982, abrufbar in portugiesischer Sprache unter: https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/433-1982-376273 (zuletzt besucht am: 10.2.2013), sehen dagegen nur Ordnungswidrigkeiten vor, die nicht dem Kriminalstrafbereich zugeordnet werden. Die Unterscheidung zwischen beiden Ebenen ist eine rein formale, vgl. die Gesetzesbegründung, Vorwort zum Gesetz 443/82, a. a. O.: „Mas uma distinção que terá, em última instância, de ser jurídico-pragmática e, por isso, também necessariamente formal."

260 Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 14; *Fernandes*, ZStW 2009, 121, S. 1025, S. 1033; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 634, m. w. N.

261 23. Änderungsgesetz des Strafgesetzbuches, Nr. 59/2007 v. 4.9.2007, abrufbar in portugiesischer Sprache unter: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis&ficha=1&

262 Lei Nr. 48/95 v. 15.3.1995, abrufbar in portugiesischer Sprache unter: https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675-176314967 (zuletzt besucht am: 7.2.2023), Vgl. auch *Sanhudo Menezes*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 604 ff.

263 Código de Processo Penal Nr. 78/87 v. 17.2.1987, abrufbar in portugiesischer Sprache unter: https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075 (zuletzt besucht am: 7.2.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der konkrete Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte für juristische Personen ist in Portugal umstritten.[264] Teile der portugiesischen Literatur bejahen die Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes auch für juristische Personen, sobald diese den Status eines Angeklagten innehaben.[265] Soweit dabei einschränkend auf Mitwirkungs- und Informationspflichten juristischer Personen verwiesen wird, betrifft dies etwa Finanzintermediäre für verdächtige Transaktionen Dritter und nicht für eigene Informationen.[266] Auf diese Weise mitgeteilte Informationen dürfen zudem ausdrücklich nicht zur Strafverfolgung der juristischen Person führen (Beweisverwertungsverbot).[267] Gleichwohl ist der Anwendungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen höchstrichterlich noch nicht präzise abgesteckt.

In der portugiesischen Verfassung ist der nemo tenetur-Grundsatz nicht ausdrücklich verankert. Ein Schweigerecht wird vom portugiesischen Verfassungsgericht (*Tribunal Constitucional*) aus dem Verfassungsgrundsatz der Unschuldsvermutung unter dem Hinweis auf die Verteidigungsrechte nach Art. 32 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung (*Constituição da República Portuguesa*) abgeleitet.[268] Das Verfassungsgericht hat im Urteil Nr. 461/2011 ausdrücklich entschieden, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz dem Grunde nach in *allen* öffentlich-rechtlichen Sanktionsverfahren Anwendung findet, betont aber zugleich dessen nicht absoluten Charakter.[269] Das Verfassungsgericht gibt zu bedenken, dass der Anwendungsumfang unterschiedlich ist, je nachdem, in welchem Bereich des Strafrechts das Schweigerecht Anwendung fin-

---

264 Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 15.

265 *Machado/Raposo*, Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça 3, S. 13, S. 39 f.

266 Vgl. Art. 304 -D des Wertpapierhandelsgesetzes Lei 486/99 v. 13.11. (ohne Jahresangabe), (*Código dos valores Mobiliários*) abrufbar unter: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=450A0304D&nid=450&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (zuletzt besucht am: 10.2.2023) oder Art. 11 Abs. 1 lit. c des Gesetzes zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung Lei Nr. 83/2017.

267 Vgl. Art. 305-F Abs. 7, unter Verweis auf Art. 368-A Abs. 6 des Lei 486/99, wobei dies nur gilt, soweit die Informationen nicht vorsätzlich falsch mitgeteilt wurden.

268 Portugiesisches Verfassungsgericht, U. v. 5.12.1995 – Nr. 695/95 – Rn. 13; portugiesisches Verfassungsgericht, U. v. 15.5.2019 – Nr. 298/2019; portugiesisches Verfassungsgericht, U. v. 15.5.2019 – Nr. 298/2019, Rn. 11.

269 Portugiesisches Verfassungsgericht, U. v. 11.10.2011 – Nr. 461/2011 – Rn. 11: „O direito à não auto-incriminação, nomeadamente na vertente de direito ao silêncio, tendo o seu campo de eleição no âmbito do direito criminal, estende-se a qualquer processo sancionatório de direito público.“ Das Verfassungsgericht hat dies in einer neueren Entscheidung bestätigt, vgl. portugiesisches Verfassungsgericht, U. v. 15.5.2019 – Nr. 298/2019, Rn. 11.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

det.[270] Das Urteil betraf die Frage der Verfassungsmäßigkeit wettbewerbsrechtlicher bußgeldbewährter Auskunftspflichten mit dem Schweigerecht für juristische Personen nach Art. 32 Abs. 2 der Verfassung.[271] Das Verfassungsgericht verneinte einen Verstoß[272] – auch unter Verweis auf die Rechtsprechung in den Urteilen *Orkem* und *SGL Carbon* des EuGH – im Wesentlichen deshalb, weil das portugiesische Wettbewerbsrecht (Lei 19/2012) nach dem vom Gericht im Verfahren ausdrücklich nicht überprüften Willen des Gesetzgebers dem Ordnungswidrigkeitenrecht zugeordnet wird.[273] Daraus folgt für das Verfassungsgericht:

> „Tal opção legislativa, – cuja constitucionalidade não é colocada em causa, no presente recurso – determinando uma menor potencialidade lesiva da reacção estadual à infracção, legitima uma compreensão do estatuto garantístico da defesa menos exigente do que aquele que caracteriza o domínio criminal.“[274]

Die Frage, ob aufgrund dieser Rechtsprechung im Umkehrschluss Mitwirkungs- und Herausgabepflichten in einem kriminalstrafrechtlichen Verfahren gegen juristische Personen mit Art. 32 Abs. 2 der Verfassung (un-)vereinbar

---

270 Portugiesisches Verfassungsgericht, U. v. 11.10.2011 – Nr. 461/2011 – Rn. 11: „Porém, o seu conteúdo é diferenciado, consoante o domínio do direito punitivo em que se situe a sua aplicação.“; vgl. auch *Sanhudo Menezes*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 618.

271 Das inzwischen neugefasste portugiesische Wettbewerbsrecht sieht in Art. 15 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 Lei Nr. 19/2012 v. 8.5 (ohne Jahresangabe) vor, dass die Wettbewerbsbehörde von dem untersuchten Unternehmen und jeder Person Informationen herausverlangen darf. Ein Beweisverwertungsverbot besteht nach Art. 15 Abs. 5 nur für natürliche Personen. Nach Art. 67 stellen die Sanktionen aber Ordnungswidrigkeiten dar und lassen die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen gerade unberührt.

272 Portugiesisches Verfassungsgericht, U. v. 11.10.2011 – Nr. 461/2011 – Rn. 17: „Nos termos de tudo o exposto, conclui-se que a interpretação normativa em análise não comporta restrição inconstitucional do princípio nemo tenetur se ipsum accusare, enquanto refracção das garantias processuais de defesa do arguido e do direito a um processo equitativo, no âmbito contra-ordenacional definido no regime jurídico da concorrência.“

273 Portugiesisches Verfassungsgericht, U. v. 11.10.2011 – Nr. 461/2011 – Rn. 12: „Ora, nos termos do artigo 42.º da Lei n.º 18/2003, as infracções às normas reguladoras da concorrência, definidas no aludido diploma, constituem contra-ordenação.“

274 Portugiesisches Verfassungsgericht, U. v. 11.10.2011 – Nr. 498/2011 – Rn. 12, [deutsch:] „Eine solche gesetzgeberische Entscheidung – deren Verfassungsmäßigkeit im vorliegenden Rechtsmittelverfahren nicht infrage gestellt wird –, die eine weniger einschneidende Reaktionsmöglichkeit des Staates auf den Gesetzesverstoß festlegt, rechtfertigt ein Verständnis der abwehrrechtlichen Verteidigungsrechte, das weniger weitreichend ist als das, das für den kriminalstrafrechtlichen Bereich kennzeichnend ist.“, das Urteil stellt insoweit auf den veralteten Art. 42 Lei 18/2003 ab, der sich aber inhaltsgleich im neuen Wettbewerbsgesetz Art. 67 Lei 19/2012 wiederfindet, abrufbar unter: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1705&tabela=leis (zuletzt besucht am: 10.2.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sind, wurde bislang aber nicht entschieden. Nach Art. 67 Lei 19/2012 gibt die Rechtsnatur jedenfalls unbeschadet anderweitiger kriminalstrafrechtlicher Verantwortlichkeit vor. Der portugiesische Gesetzgeber hat damit die ihm bekannte Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen im kriminalstrafrechtlichen Bereich nicht aufrechterhalten. *De lege lata* greifen damit die dargestellten Grundsätze der Strafprozessordnung auch für juristische Personen.[275]

Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Portugal in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

20. Rumänien

Rumänien sieht die kriminalrechtliche Strafbarkeit von Unternehmen in Art. 135 Abs. 1 des rumänischen Strafgesetzbuchs (*Codul Penal*) vor, die 2006 durch das Gesetz Nr. 278/2006 eingeführt wurde.[276] Das Verfahren zur Verhängung einer Sanktion gegen juristische Personen i. S. v. Art. 136 StGB richtet sich nach der Strafprozessordnung (*Codul de procedură penală*, vgl. Art. 1 und 2 StPO).[277] In Teil IV, Kapitel II, Art. 489 ff. StPO sind Sondervorschriften über das Verfahren bezüglich der Verantwortlichkeit der juristischen Personen geregelt. Diese werden etwa nach Art. 491 Abs. 1 StPO von ihrem gesetzlichen Vertreter repräsentiert. Vorschriften über die Verfahrensrechte enthält der Abschnitt allerdings nicht, weshalb auch die Literatur von der Geltung der allgemeinen Vorschriften in der StPO ausgeht.[278] Diese sehen in Art. 10 StPO allgemein das Recht auf Verteidigung vor.[279] Nach Absatz 4 müssen „der Verdächtige“ und „der Angeklagte“ über ihr Aussageverweigerungsrecht im Rahmen von Befragungen hingewiesen werden. Nach der Legaldefinition des Art. 77 StPO ist ein Verdächtiger eine Person, bei der – auf-

---

275 Vgl. auch *Sanhudo Menezes*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 618 ff.

276 Gesetz Nr. 286/2009 v. 17.7.2009, abrufbar in englischer Sprache unter: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2018)042-e (zuletzt besucht am: 10.2.2023), in rumänischer Sprache unter https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/223635 (zuletzt besucht am: 10.2.2023); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 15; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 638.

277 Gesetz Nr. 135/2010 v. 1.7.2010, abrufbar in englischer Sprache: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2018)043-e (zuletzt besucht am: 10.2.2023), abrufbar in rumänischer Sprache: https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/185907 (zuletzt besucht am: 10.2.2023).

278 *Stănilă*, Universul Juridic 2020, S. 55, S. 55-79 ff.

279 Vgl. Hierzu ausführlich auch rumänisches Verfassungsgericht, U. v. 2.6.2020 – Nr. 236 – Rn. 52 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

grund der vorliegenden Beweislage – der begründete Verdacht besteht, dass sie eine strafbare Handlung begangen hat.[280] Ein Angeklagter ist nach Art. 82 StPO eine Person, gegen die ein Strafverfahren förmlich eingeleitet wurde. Eine Differenzierung natürlicher und juristischer Personen findet dabei nicht statt, sodass die Bestimmungen grundsätzlich identisch angewendet werden.[281] Das Recht, zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten, sind in den verschiedenen Abschnitten des Strafverfahrens normiert. Der Angeklagte hat gemäß Art. 83 lit. a StPO das Recht, keine Aussage zu machen, was nach Art. 225 Abs. 8 StPO auch im Rahmen richterlicher Vernehmungen gilt. Das Recht zu schweigen ist zudem während der Anhörung in Art. 109 Abs. 3 StPO statuiert. Nach Art. 99 Abs. 2 StPO sind weder der Verdächtige noch der Angeklagte verpflichtet, an der Generierung selbstbelastender Umstände mitzuwirken. Auch bei Durchsuchungen bestehen grundsätzlich keine besonderen Mitwirkungspflichten natürlicher oder juristischer Personen. Der Gesetzgeber hat keine Differenzierung vorgenommen, obschon er etwa in Art. 159 Abs. 6 StPO Ausführungen dazu macht, an wen der Durchsuchungsbefehl, den die juristische Personen zum Adressaten hat, zu übergeben ist. Zwar enthält Art. 170 Abs. 1 StPO die Befugnis einer Herausgabeanordnung gegenüber natürlichen und juristischen Personen hinsichtlich derjenigen Dokumente, die zum Beweis der Vorbereitung und Verübung einer Straftat dienen. Nach Art. 283 Abs. 4 lit. d StPO ist das Vorenthalten der von Ermittlern oder dem Gericht herausverlangten Unterlagen ferner bußgeldbewehrt. Aus dem systematischen Zusammenhang wird jedoch deutlich, dass diese Pflicht nur Dritte – wie Telekommunikationsunternehmen –, nicht aber Verdächtige oder Angeklagte trifft. Zudem verweist Art. 170 Abs. 2 Nr. 5 StPO auf die allgemeinen Anwendungsvorschriften. Es besteht damit keine Mitwirkungspflicht juristischer Personen im Rahmen kriminalstrafrechtlicher Ermittlungen in Rumänien. Eine solche Pflicht ist auch nicht aus der Rechtsprechungspraxis der rumänischen Obergerichte ableitbar.

In der rumänischen Verfassung (*Constituţia României*) sind strafrechtliche Verfahrensrechte in Art. 23 und 24 verankert. Der nemo tenetur-Grundsatz ist nicht explizit erwähnt, wird aber nach der Lesart des rumänischen Verfassungsgerichts (*Curtea Constituţională*) aus der Unschuldsvermutung und dem fairen Verfahren nach der EMRK abgeleitet.[282] Das Recht zu schweigen sei –

---

280 „A person in respect of whom, from the data and evidence existing in a case, there exists a reasonable suspicion that they committed an act stipulated by the criminal law, is a suspect.“, abrufbar in englischer Sprache unter: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2018)043-e (zuletzt besucht am: 12.2.2023).

281 Vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 15.

282 Rumänisches Verfassungsgericht, U. v. 2.6.2020 – Nr. 236 – Rn. 36.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unter Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR – aber nicht absolut und könne in Bezug auf das verfolgte Ziel angemessen eingeschränkt werden. Die konkrete Entscheidung betraf indes die Ausweitung des Schweigerechts für den Zeugen. In Hinblick auf den Anwendungsumfang des nemo tentur-Grundsatzes für Angeklagte und juristische Personen haben sich die Obergerichte – soweit ersichtlich – noch nicht geäußert.

Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Rumänien in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

21. Schweden

Das *Königreich Schweden* kennt bislang keine selbstständige Strafbarkeit juristischer Personen.[283] Ein 2015 von der schwedischen Regierung in Auftrag gegebenes Gutachten zur Sinnhaftigkeit einer effizienten und effektiven strafrechtlichen Sanktionierung juristischer Personen riet von der Einführung einer – dem schwedischen Strafrecht fremden – genuinen Strafbarkeit juristischer Personen ab.[284] Insoweit fehle es an der grundlegenden Verbindung („special link") zwischen Straftat und Strafe, die nur bei natürlichen Personen vorläge, weshalb das Vorhaben letztlich vollständig aufgegeben wurde.[285] Eine dem Verantwortungsbereich des Unternehmens entspringende Straftat natürlicher Personen kann jedoch nach Kapitel 36, § 7 des schwedischen Strafgesetzbuchs (*Brottsbalken*) als „Nebenfolge sui generis" eine bußgeldrechtliche, nicht kriminalstrafrechtliche Sanktion (*företagsbot*)[286] juristischer

[283] *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 273; *Näs*/Myman Michael, Compliance Elliance Journam (CEJ) 2019, Heft 5, S. 38, S. 40; *Legal Department Dividion for International Judicial Cooperation*, The Swedish Report, S. 1; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 641.

[284] *En översyn av lagstiftningen om företagsbot*, abrufbar in schwedischer Sprache, S. 1, bzw. als Zusammenfassung in englischer Sprache, S. 27, unter: https://www.regeringen.se/4ae146/contentassets/899f0e81bbee4e0186f6c2f6f776f5d9/en-oversyn-av-lagstiftningen-om-foretagsbot-sou-201682 (zuletzt besucht am: 13.2.2023); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 16; *Näs/Nyman*, Michael, Compliance Elliance Journal (CEJ) 2019, Heft 5, S. 38, S. 40.

[285] *En översyn av lagstiftningen om företagsbot*, abrufbar als Zusammenfassung in englischer Sprache, S. 27, unter: https://www.regeringen.se/4ae146/contentassets/899f0e81bbee4e0186f6c2f6f776f5d9/en-oversyn-av-lagstiftningen-om-foretagsbot-sou-201682 (zuletzt besucht am: 13.2.2023); *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 273.

[286] *Näs*/Myman Michael, Compliance Elliance Journam (CEJ) 2019, Heft 5, S. 38, S. 40 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Personen nach sich ziehen.[287] Die Unternehmerhaftung greift dabei bereits recht früh für Aufsichtspflichtverletzungen von Personen ein, die „eine Sonderverantwortung für die Aufsicht oder Kontrolle der Geschäftsaktivitäten" innehatten (vgl. Kap. 36, § 7 Abs. 2 Ziff. 2 lit. b StGB). Im Rahmen des Bußgeldverfahrens findet die schwedische Gerichtsprozessordnung (*Rättegångsbalk*) entsprechende Anwendung, wobei dem Unternehmen dieselben strafrechtlichen Verfahrensrechte zustehen wie natürlichen Personen.[288]

In der schwedischen Verfassung ist der nemo tenetur-Grundsatz nicht verankert.[289] Er wird vom schwedischen Obergericht (*Högsta Domstolen*) allerdings unter indirekter Bezugnahme auf die EMRK vorausgesetzt und ausdrücklich anerkannt.[290] Auch im Voruntersuchungsverfahren (*förundersökning*, Kap. 23, § 1 ff.) ist das Schweigerecht nicht ausdrücklich genannt, sondern ergibt sich lediglich indirekt aus Kapitel 35, § 4 StPO, wonach das Gericht bei der Nichtbeantwortung vorgelegter Fragen prüft, welcher (auch negativer) Beweiswert sich aus dem Schweigen ergibt.[291] Mitwirkungs- oder Selbstbelastungspflichten bestehen für juristische Personen im Rahmen von Durchsuchungen indes nicht, auch wenn die freiwillige Mitwirkung strafmil-

---

287 Ausführlich und mit einer Darstellung der Hintergründe, dass der schwedische Gesetzgeber die Geldsanktion nicht als Kriminalstrafe einordnen wollte, weil das grundlegende System des schwedischen Strafrechts nicht gestört werden sollte: *Raich*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 661 ff., insb. S. 667; als Unternehmen gelten Einzelkaufleute und juristische Personen, vgl. Kap. 36 § 7 Abs. 3 des schwedischen Strafgesetzbuchs, Gesetz Nr. 1962:700 v. 21.12.1962, abrufbar unter: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/brottsbalk-1962700_sfs-1962-700, sowie in englischer Sprache unter: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/98/Sweden_CC.pdf (beide zuletzt besucht am: 13.2.2023).

288 Das schwedische Recht kennt keine spezifische Strafprozessordnung, sondern regelt das Zivil- und Strafverfahren einheitlich in der schwedischen Gerichtsverfahrensordnung („Rättegångsbalk", Gesetz Nr. 1942:740), abrufbar in englischer Sprache unter: https://www.government.se/contentassets/a1be9e99a5c64d1bb93a96ce5d517e9c/the-swedish-code-of-judicial-procedure-ds-1998_65.pdf (zuletzt besucht am: 13.2.2023); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 16; *Legal Department Dividion for International Judicial Cooperation*, The Swedish Report, S. 1.

289 Abrufbar in einer Version aus 2016 unter: https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf (zuletzt besucht am: 13.2.2023), vgl. allgemein auch: *Nergelius*, in: National Constitutions in, S. 316 ff.

290 Högsta Domstolen, U. v. 4.11.2015 – NJA 2015, S. 702 – Rn. 24: „Den tilltalade har rätt att tiga", [deutsch:] „Der Angeklagte hat das Recht zu schweigen".

291 Der Högsta Domstolen hat a. a. O. angeführt, dass nur in Situationen, die „eindeutig" einer Erklärung bedürfen, vom Schweigen des Angeklagten ein negativer Beweiswert gezogen werden darf, vgl. auch HD, U. v. 1.11.2013 – NJA 2013 S.931 – Rn. 34; vgl. hierzu kritisch *Näs/Nyman,* Michael, Compliance Elliance Journal (CEJ) 2019, Heft 5, S. 38, S. 46 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dernd berücksichtigt werden kann. Einige Sondergesetze sehen bußgeldbewehrte Mitwirkungspflichten für natürliche und juristische Personen vor. So kann das Finanzamt nach Kapitel 3, § 5 Abs. 1 i. V. m. Kapitel 3, § 6 Abs. 1 des Steuergesetzes (*Taxeringslag*, 1990:324) Auskünfte und die Herausgabe von Unterlagen verlangen. Nach Kapitel 3, § 6 Abs. 2 gilt dies allerdings ausdrücklich dann nicht, wenn der Verdacht besteht, dass sich der Stellvertreter der juristischen Person selbst strafbar gemacht hat.[292] Auch das schwedische Wettbewerbsrecht sieht nach Kapitel 5, § 1 lit. 1 entsprechende Mitwirkungs- und Herausgabepflichten vor.[293] Auf ein Schweigerecht wird dabei nicht verwiesen. Die Rechtsnatur des schwedischen Wettbewerbsrechts ist aber nicht dem Kriminalstrafrecht zuzuordnen.[294]

Letztlich bleibt zu konstatieren, dass das schwedische Recht damit keine originäre kriminalstrafrechtliche Haftung juristischer Personen vorsieht. Das schwedische Obergericht hat sich in der Sache zudem – soweit ersichtlich – noch nicht mit dem Anwendungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber juristischen Personen beschäftigt.[295] Insgesamt ist die Reichweite des nemo tenetur Grundsatzes nach der gegenwärtigen Rechtslage in Schweden nicht hinreichend präzise bestimmbar.

22. Slowakei

Die *Slowakische Republik* hat im Jahr 2015 mit dem Änderungsgesetz Nr. 91/2016 Coll das Strafgesetzbuch mit Wirkung zum 1.7.2016 geändert und die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen eingeführt.[296]

---

[292] Schwedisches Steuergesetz, abrufbar unter: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/taxeringslag-1990324_sfs-1990-324 (zuletzt besucht am: 13.2.2023).

[293] *Konkurrenslag (2008:579)*, abrufbar in schwedischer Sprache unter: https://lagen.nu/2008:579 (zuletzt besucht am: 13.2.2023).

[294] Das schwedische Sanktionssystem unterscheidet nicht zwischen Kriminalstrafen und Ordnungswidrigkeit, vgl. *Bögelein/u. a.*, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 105, S. 102, S. 105. Das Wettbewerbsrecht sieht zudem keine neutrale „Geldstrafe“, sondern nach Kap. 3 § 6 eine „Wettbewerbsgebühr“ (sog. *konkurrensskadeavgift*) i. H. v. 10 % des Gesellschafsumsatzes vor. Für das gerichtliche Verfahren vor dem Patent- und Markengericht wird nach Kap. 8 § 2 des Wettbewerbsgesetzes zudem auf die Zivilgerichtsprozessordnung verwiesen. Das schwedische Strafgesetzbuch enthält keine allgemeinen Kartellstraftatbestände, vgl. *Hildebrandt*, Strafrechtliche Verantwortung, S. 50.

[295] Die Entscheidungen des Högsta Domstolen sind abrufbar in schwedischer und zum Teil in englischer Sprache unter: https://www.domstol.se/en/supreme-court/precedents/ (zuletzt besucht am 6.10.2024).

[296] Gesetz über die strafrechtliche Haftung juristischer Personen und über Änderungen bestimmter Gesetze („Zákon o trestnej zodpovednosti právnických osôb a o

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 3 des Änderungsgesetzes sieht dabei einen Straftatenkatalog vor, die von juristischen Personen verübt werden können. Nach § 1 Abs. 2 des Änderungsgesetzes finden, soweit dieses Gesetz hinsichtlich der Strafbarkeit und des Strafverfahrens keine Sondervorschriften trifft, das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung Anwendung. Sondervorschriften enthält § 27 des Änderungsgesetzes lediglich für die Vertretung einer juristischen Person im Strafverfahren, nicht aber für das Schweigerecht.

Das Recht zu schweigen ist in der slowakischen Verfassung in Art. 50 Abs. 4 ausdrücklich verankert. Die Strafprozessordnung (*Trestný poriadok*)[297] statuiert in § 1 StPO die generelle Wahrung der Grundrechte und -freiheiten natürlicher und juristischer Personen. Nach § 34 Abs. 1 StPO hat der Beschuldigte – der in § 33 StPO legaldefiniert wird – das Recht, die Aussage zu verweigern, worüber er nach § 34 Abs. 5 StPO und im Rahmen der Vernehmung nach § 121 Abs. 2 S. 1 StPO zu belehren ist. Sondervorschriften für juristische Personen finden sich nicht, obschon diese an anderer Stelle, etwa § 68 StPO für die Zustellung von Schriftstücken an juristische Personen vorgesehen sind. Lediglich von Dritten oder Telekommunikationsanbietern gespeicherte Computerdaten sind nach § 91 Abs. 1 lit. e StPO herauszugeben. Die Vorschriften über die Haus- und Wohnungsdurchsuchungen enthalten jedoch keine Mitwirkungspflichten, sodass Unternehmen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren dem Gesetz nach das volle Schweigerecht zusteht. Das slowakische Verfassungsgericht (*Ústavný súd*) und der oberste Strafgerichtshof (*Špecializovaný trestný súd*) haben bislang – soweit ersichtlich – nicht zur Reichweite des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber juristischen Personen judiziert.[298] Lediglich ein Zeugnisverweigerungsrecht für dem Angeklagten nahestehende Personen wurde für juristische Personen abgelehnt, weil diese keine enge Beziehung zu einem Angeklagten eingehen könnten.[299]

Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in der Slowakei in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

---

zmene a doplnení niektorých zákonov"), abrufbar in slowakischer Sprache unter: https://www.zakonypreludi.sk/zz/2016-91 (zuletzt besucht am: 15.2.2023); davor bestand lediglich eine quasi-strafrechtliche Haftung juristischer Personen.

297 Strafverfahrensgesetz Nr. 301/2005 v. 24.5.2005, abrufbar in slowakischer Sprache unter: https://www.zakonypreludi.sk/zz/2005-301 (zuletzt besucht am: 15.2.2023).

298 Deren Entscheidungen sind abrufbar unter: für das Verfassungsgericht: https://www.ustavnysud.sk/aktualne-informacie, und den obersten Strafgerichtshof unter: https://obcan.justice.sk/infosud/-/infosud/reg-detail/sud/sud_170 (beide zuletzt besucht am: 15.2.2023).

299 Slowakisches Verfassungsgericht, U. v. 27.8.2020 – 185/2020, Rn. 57.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

23. Slowenien

In der *Republik Slowenien* richtet sich die kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen gem. Art. 42 Abs. 1 StGB (*Kazenski zakonik*)[300] nach dem „Liability of Legal Persons for Criminal Offences Act"[301] von 1999. Nach dem *Liability Act* ist die Haftung für juristische Personen indes auf spezifische Handlungen und Straftatbestände des StGB beschränkt.[302] Nach Art. 25 des *Liability Acts* betrifft dies nur einige Straftatbestände, wobei eine strafrechtliche Verantwortlichkeit die Handlung einer natürlichen Person voraussetzt, die im Interesse der juristischen Person handelt.[303]

Nach Art. 27 Abs. 1 *Liability Act* soll die Strafbarkeit natürlicher und juristischer Personen grundsätzlich in einem gemeinsamen Verfahren verhandelt werden.[304] Der *Liability Act* enthält dabei eigene strafverfahrensrechtliche Regelungen, die jedoch lediglich Sondervorschriften hinsichtlich der Durchführung des Gerichtsverfahrens enthalten, etwa zur territorialen Zuständigkeit (Art. 29), zur Bestellung eines Vertreters (Art. 31) sowie zur Zustellung von Dokumenten (Art. 33) oder des Inhalts des Urteils (Art. 39). Nach Art. 42 *Liability Act* findet im Übrigen die Strafprozessordnung Anwendung, wobei natürlichen und juristischen Personen grundsätzlich die gleichen Verfahrensrechte zustehen.

Die slowenische Verfassung (*Ustavo Republike Slovenije*) enthält in Art. 29 vierter Spiegelstrich das Recht, dass „Jedermann, der einer strafbaren Handlung beschuldigt wird", nicht verpflichtet ist, gegen sich selbst oder gegen seine Angehörigen auszusagen.[305] Einfachgesetzlich normiert Art. 5 Abs. 3 der slowenischen Strafprozessordnung (*Zakon o kazenskem postopku*), dass Angeklagte das Recht haben, die Aussage zu verweigern, und keine Mitwir-

---

300 Strafgesetzbuch v. 20.5.2008, Abl. Nr. 50/12, abrufbar in slowenischer und englischer Sprache: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6a/SLOV_CC.pdf (zuletzt besucht am: 16.2.2023).

301 „Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja" v. 8.7.1999 Abl. Nr. 98/04, abrufbar in slowenischer Sprache unter: http://pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO1259 (zuletzt besucht am: 15.2.2023).

302 Art. 2 schließt bestimmte juristische Personen aus, Art. 4 begründet die Haftung nur für spezifische Handlungen, etwa wenn Aufsichtsorgane ihrer Überwachungspflicht nicht nachgekommen sind (vgl. Art. 4 Nr. 4).

303 *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 639.

304 Vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 17.

305 Abrufbar in slowenischer Sprache unter http://pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=USTA1 sowie die deutsche Übersetzung abrufbar unter https://www.verfassungen.eu/sl/verf91-i.htm (beide zuletzt besucht am: 16.2.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kungspflicht zur Selbstinkriminierung besteht.[306] Die StPO erwähnt juristische Personen ausdrücklich nur an wenigen Stellen – vgl. etwa Art. 143a StPO –, ohne dabei jedoch inhaltlich zu natürlichen Personen zu divergieren. Besondere Mitwirkungspflichten im Rahmen der Durchsuchung statuiert die StPO nicht, sodass die slowenische Strafprozessordnung keine solchen Pflichten für Unternehmen in Kriminalstrafverfahren vorsieht und der nemo tenetur-Grundsatz grundsätzlich vollständig gilt.

Auch das slowenische Verfassungsgericht (*Ustavno sodišče*) hat sich – soweit ersichtlich – noch nicht mit der Reichweite des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen im *strafrechtlichen* Kontext auseinandergesetzt.[307] Im Rahmen der Verfassungsbeschwerde einer juristischen Person, die sich gegen die Herausgabe von Steuerunterlagen wendete, stellte das Verfassungsgericht aber fest, dass die Grundrechte zwar auch juristischen Personen zustünden, soweit sie dem Wesen nach auf diese anwendbar sind.[308] Das Schweigerecht aus Art. 29 vierter Spiegelstrich gelte allerdings *nicht* für juristische Personen. Dies ergäbe sich bereits aus dem Wortlaut, da juristische Personen vertreten würden und die Vertreter nicht gegen sich selbst aussagen müssten und nur natürliche Personen Angehörige haben könnten.[309] Das Schweigerecht ergäbe sich zudem aus der Menschenwürde.[310] Zuletzt beziehe sich Art. 29 vierter Spiegelstrich lediglich auf Straf-, nicht aber auf Steuerprüfverfahren.[311] Damit bleibt der Geltungsumfang im Strafverfahren unklar, wobei der Verweis auf die Menschenwürde ein starkes Indiz gegen eine Verfassungsverankerung ist.

Nach der gegenwärtigen Gesetzeslage verweist das einfache Recht indes vollumfänglich auf die Strafprozessordnung, sodass der nemo tenetur-Grundsatz nach der gegenwärtigen Rechtslage in Slowenien in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen gilt.[312]

---

306 Abrufbar in slowenischer Sprache unter: http://pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO362 (zuletzt besucht am: 16.2.2023).

307 Das U. v. 11.4.2023 – UI-40/12-31 – betraf die Frage, ob auch Geschäftsräume Art. 36 der Verfassung, also dem besonderen Schutz der Wohnung, unterfallen, was für juristische Personen, die dort nicht wohnen, verneint wurde.

308 Slowenisches Verfassungsgericht, U. v. 20.6.1995 – Nr. Up-10/93, OdlUS IV, 164.

309 Slowenisches Verfassungsgericht, U. v. 20.3.2003 – Nr. UI-108/99, OdlUS XII, 22, Rn. 9 ff.

310 Slowenisches Verfassungsgericht, U. v. 20.3.2003 – Nr. UI-108/99, OdlUS XII, 22, Rn. 10.

311 Slowenisches Verfassungsgericht, U. v. 20.3.2003 – Nr. UI-108/99, OdlUS XII, 22, Rn. 13.

312 Die slowenische Gesetzeslage nimmt damit eine Sonderstellung ein. In keinem anderen Mitgliedstaat konnten zeitgleich eine genuine kriminalstrafrechtliche Unter-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

24. Spanien

Im *Königreich Spanien* ist die kriminalrechtliche Strafbarkeit juristischer Personen in Art. 31bis des spanischen Strafgesetzbuchs (*Código Penal*) seit 2010 positiviert.[313] Die Haftung kann sowohl an Handlungen von Führungskräften, mithin den Vertretungsorganen selbst, als auch der unzureichenden Überwachung Dritter, etwa ihrer Mitarbeiter, anknüpfen, sofern die juristische Person einen direkten oder indirekten Vorteil hieraus erzielt.[314] Dabei dürfte es sich allerdings weniger um eine originäre Verschuldenshaftung als vielmehr um ein Zurechnungs(misch)modell handeln.[315] Inhaltlich gilt Art. 31bis des *Código Penal* nicht umfassend, sondern nur, soweit es für die Delikte angeordnet ist.[316] Sondervorschriften über das Verfahren bestehen nicht, sodass die Strafprozessordnung dem Grunde nach Anwendung findet.

In der spanischen Verfassung (*Constitución Española*) ist das Recht, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, in Art. 24 Abs. 2 normiert.[317] Zwar hat der spanische oberste Gerichtshof in einer Leitentscheidung 2015 den Grundsatz etabliert, dass juristischen und natürlichen Personen grundsätzlich die gleichen strafrechtlichen Verfahrensrechte zustehen.[318] Das

---

nehmensstrafbarkeit, ein uneingeschränkter Verweis auf die Strafprozessordnung und zugleich eine verfassungsgerichtliche Rechtsprechung festgestellt werden, die juristischen Personen das Schweigerecht nicht zugesteht. Für die Untersuchung bedeutet dies zwar, dass das Verfassungsgericht hierzu dringend verhalten sollte, dass das einfache Recht aber gegenwärtig gleichwohl keine Einschränkungen des nemo tenetur-Grundsatzes vorsieht. Ob und wie stark das Verfassungsgericht Art. 29 vierter Spiegelstrich der Verfassung im strafrechtlichen Kontext reduziert, ist gegenwärtig spekulativ und damit unbeachtlich.

[313] Der Verfasser dankt Frau Prof. Dr. *Arantza Libano Beristain* für die Überprüfung der spanischen Rechtslage und die hilfreichen Anregungen; *Ley Orgánica* 10/1995 v. 23.11.1995, abrufbar in spanischer Sprache unter: https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con (zuletzt besucht am: 16.2.2023); *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 275; geändert durch das *Ley Orgánica* 5/2010 v. 22.6.2010, vgl. *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 69; *Robles Planas*, ZIS 2012, S. 347, S. 347 ff.; *Ortiz de Urbina Gimeno/Turienzo Fernández*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S 747 ff., mit einer Übersicht auf S. 754, a. a. O.

[314] Vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 17; *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 275; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 635.

[315] *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 OwiG, Rn. 275, m. w. N.

[316] *Ortiz de Urbina Gimeno*, *Íñigo/Turienzo Fernández*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 754.

[317] Spanische Verfassung v. 27.12.1978, abrufbar in spanischer Sprache unter: https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf (zuletzt besucht am: 16.2.2023); vgl. auch *Goena Vives*, RECPC 2021, S. 1, S. 7.

[318] Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo v. 2.9.2015 – Manuel Marchena Gomez – ECLI:ES:TS:2015:3813, S. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

spanische Verfassungsgericht (*Tibunal Constitucional*) hat jedoch – trotz der Gelegenheit hierzu – noch nicht entschieden, ob und inwieweit Art. 24 Abs. 2 der Verfassung auf juristische Personen anwendbar ist.[319]

Anders ist dies in der Strafprozessordnung (*Ley de Enjuntamiento Criminal*).[320] In strafrechtlichen Verfahren gegen die angeklagte juristische Person finden für deren Vertreter nach Art. 409bis Abs. 1 S. 3 und Art. 786bis Abs. 1 S. 2 StPO ausdrücklich die Regeln über die Aussage des Angeklagten als natürliche Person Anwendung. Die Artikel schließen das Schweigerecht und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, ausdrücklich ein.[321] In der Strafprozessordnung ist dies in Art. 118 Abs. 1 lit. g und h StPO normiert, der nach Art. 119 Abs. 1 StPO auch für juristische Personen gilt. Die Schlussfolgerung, dass die juristische und natürliche Person im Strafverfahren damit nach dem Willen des Gesetzgebers gleich behandelt werden sollen, wird aber – nach Teilen der Literatur – durch Art. 786 bis Abs. 1 UAbs. 2 StPO relativiert. Danach dürfen diejenigen Personen nicht zum Vertreter der juristischen Person bestellt werden, die als Zeuge im Prozess gegen das Unternehmen aussagen müssen.[322] Die gesetzgeberische Notwendigkeit hierfür liegt nach Teilen der Literatur darin, die rechtsmissbräuchliche Vertreterbestellung zu verhindern, die darin liegt, das Unternehmen alle potenziell relevanten Zeugen zu Vertretern bestellen, wodurch diesen dann ein Schweigerecht zusteht.[323] Gleichzeitig wird kritisiert, dass – derart absolut ausgelegt – das Schweigerecht vom Verteidigungsrecht faktisch zu einem Instrument der Anklage werde und die Verteidigungsrechte der juristischen Person zu stark beschränke.[324] Die genaue

---

319 *Goena Vives*, RECPC 2021, S. 1, S. 17; vgl. spanisches Verfassungsgericht, U. v. 13.3.2006 – 68/2006 – Nr. 7, vgl. aber *dies*., RECPC 2021, S. 1, S. 7, die anmerkt, dass die Entscheidung nur natürliche Personen betraf.

320 Abrufbar in spanischer Sprache unter: https://www.conceptosjuridicos.com/ley-enjuiciamiento-criminal/ (zuletzt besucht am: 16.2.2023).

321 „A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.“ [deutsch:] „Auf eine solche Aussage sind die Bestimmungen dieses Kapitels anwendbar, soweit sie nicht mit ihrem besonderen Charakter unvereinbar sind, einschließlich des Rechts zu schweigen, des Rechts, nicht gegen sich selbst zu belasten, und des Rechts, sich nicht schuldig zu bekennen.“

322 „No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo.“, vgl. zu dieser Lesart auch *Goena Vives*, RECPC 2021, S. 1, S. 18, m. w. N.; auch das Reformprojekt zur Anpassung der spanischen Strafprozessordnung sieht in Art. 52 Abs. 2 eine solche Regelung vor, vgl. Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal, abrufbar unter: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130608_05.pdf, (zuletzt besucht am: 17.2.2023).

323 *Hernández Basualto*, Revista de Derecho XLIV, 2015, S. 217, S. 253.

324 *Goena Vives*, RECPC 2021, S. 1, S. 18 und die dort angegebene Literatur; vgl. auch *Hernández Basualto*, Revista de Derecho XLIV, 2015, S. 217, S. 253.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auslegung des Unterabsatzes ist in der spanischen Literatur aber umstritten, wurde vom Gesetzgeber in weiteren Reformprojekten nicht aufgelöst und durch die Obergerichte bislang nicht entschieden. Vermittelnd wird daher in der Literatur vorgeschlagen, Art. 786 bis Abs. 1 UAbs. 2 StPO dahin gehend auszulegen, dass die rechtsmissbräuchliche Bestellung aller potenziellen Zeugen zum Vertreter und damit ein „Prozessbetrug" durch die Behinderung der Ermittlung verhindert werden soll, im Übrigen aber ein Gleichlauf des nemo tenetur-Grundsatzes mit natürlichen Personen vorgesehen sei.[325] Der Anwendungsbereich wäre dann auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen die Vertreterbestellung, etwa in Hinblick auf die Stellung der Angestellten im Unternehmen, „unsinnig" wäre und nur dem Zweck dienen kann, die strafrechtliche Untersuchung zu unterminieren.[326] Für diese Auslegung spricht auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, wonach die Auswahl und die Bestellung der Vertreter durch die Gerichte besonders in Bezug auf Interessenkonflikte überwacht werden müssten.[327]

Auch in Hinblick auf etwaige Mitwirkungspflichten ist die spanische Rechtslage unklar. Artikel 118 der spanischen Verfassung enthält eine allgemeine Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit den Richtern und Gerichten, auch im Laufe des Verfahrens.[328] Das Verfassungsgericht hat ferner die Zulässigkeit von Herausgabepflichten von Dokumenten im *verwaltungs*rechtlichen Steuerverfahren anerkannt.[329] Teilweise wird hierzu ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EuGH zur Selbstbelastungsfreiheit und Herausgabepflicht von Dokumenten verwiesen.[330] Dennoch ist in der spanischen Literatur umstritten, ob und in welchem Umfang juristischen Personen aktive Mitwirkungspflichten auch im Rahmen *straf*rechtlicher Vorermittlungen zukommen und inwieweit dies mit dem Schweigerecht vereinbar ist.[331] Das Verfassungs-

---

325 *Goena Vives*, RECPC 2021, S. 1, S. 18, m. w. N.

326 Vgl. *Hernández Basualto*, Revista de Derecho XLIV, 2015, S. 217, S. 253: „Sobre esta base se ha propuesto ya de lege lata una interpretación del inciso final del artículo 786 bis LECr. como una prohibición de fraude procesal, entendiendo que sólo opera cuando se pretende designar como representante a personas cuya designación en tal calidad no resulta razonable (en atención a su peso en la organización) y constituye un mero intento de bloquear la investigación penal […]."

327 Spanisches Verfassungsgericht, U. v. 29.2.2016 – 154/2016 – S. 24, wortgleich in U. v. 19.7.2017 – Nr. 583/2017 S. 33, und U. v. 8.3.2019 – Nr. 123/2019, S. 6.

328 *Juan José González López*, Revista jurídica de Castilla y León 2016, S. 35, S. 39.

329 Spanisches Verfassungsgericht, U. v. 26.4.1990 – Nr. 76/1990 – Rn. 10; vgl. auch *Gómez Tomillo*, Estudios Penales y Criminológicos 42, 2022, S. 1, S. 5.

330 Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, U. v. 8.6.2018 – Antonio Del Moral García – ECLI:ES:TS:2018:2056, S. 135.

331 *Juan José González López*, Revista jurídica de Castilla y León 2016, S. 35, S. 62, m. w. N.; *Goena Vives*, RECPC 2021, S. 1, S. 1 ff.; dies mag auch daran liegen,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gericht hat in Bezug auf natürliche Personen die Selbstbelastungsfreiheit dahingehend präzisiert, dass keine Pflicht zur Auffindung oder Sicherung von Beweismitteln besteht.[332] Soweit ersichtlich, haben sich die Obergerichte in Hinblick auf die Reichweite der Mitwirkungspflicht im strafrechtlichen Kontext für juristische Personen allerdings noch nicht geäußert. Die Strafprozessordnung sieht für juristische Personen jedenfalls keine speziellen Kooperations- oder Mitwirkungspflichten vor. Zudem sind unter Zwang in einem Verwaltungsverfahren erlangte Beweismittel nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts nicht in einem späteren Strafverfahren verwertbar.[333]

Insgesamt ist die Reichweite des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen im spanischen Strafverfahren damit aber nicht präzise bestimmbar. Gesamtbetrachtend sprechen die ausdrückliche Regelung in Art. 409bis Abs. 1 S. 3 StPO und die tendenziell einschränkende Auslegung des Art. 786bis Abs. 1 UAbs. 2 StPO aus Sicht des Verfassers für die Anerkennung für juristische Personen. Der Anwendungsumfang bleibt aber unklar.

25. Tschechien

Die *Tschechische Republik* sieht seit dem 01.01.2012 mit dem *Gesetz über die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen* (Nr. 418/2011) die Strafbarkeit von Unternehmen vor.[334] Das Spezialgesetzt ergänzt dabei das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung Tschechiens, regelt aber sowohl besondere Straftatbestände als auch Strafverfahrensrechte (vgl. § 1 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 418/2011).[335] Gesetzestechnisch sah das tschechische Recht zunächst einen Sonderstraftatenkatalog vor, der die durch juristische Personen begehbaren Delikte festschrieb. Der Gesetzgeber hat 2016 die Strafbarkeit juristischer Personen indes dem Grunde nach auf alle Straftaten ausgeweitet, sodass § 7 nur die ausnahmsweise *nicht* durch juristische Personen

---

dass das vom Deutschen stark beeinflusste Spanische Strafrecht und die Literatur sich mit der Strafbarkeit juristischer Personen dogmatisch schwertun, vgl.: *Kubiciel*, in: Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, S. 69 ff.; *Gómez Tomillo*, Estudios Penales y Criminológicos 42, 2022, S. 1, S. 25, der ein Beweisverwertungsverbot der Informationen für das Strafverfahren fordert.

332 Spanisches Verfassungsgericht, U. v. 2.10.1997 – Nr. 161/1997, Rn. 10.

333 Spanisches Verfassungsgericht, U. v. 15.2.2021 – Nr. 21/2021, Rn. 5b.

334 Gesetz v. 27.10.2011, abrufbar in tschechischer Sprache unter: https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2011-418# (zuletzt besucht am: 17.2.2023); zur allgemeinen Entwicklung der strafrechtlichen Haftung juristischer Personen in Tschechien: *Šámal*, WiRO 2003, S. 69, S. 69 ff.

335 Vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 17; *Lukáš Bohuslav*, in: Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, S. 166 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

begehbaren Delikte aufführt.[336] Nach § 8 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 418/2011 werden die von natürlichen Personen begangenen Handlungen der juristischen Person zugerechnet, wenn deren Organe oder Vertreter Zuwiderhandlungen im Interesse oder im Rahmen der Tätigkeit der juristischen Person vornehmen.[337]

Teil 4 des Gesetzes Nr. 418/2011 regelt in den §§ 29 ff. die spezifischen Sonderbestimmungen für Verfahren gegen juristische Personen. Besondere Vorschriften über die Mitwirkung im Rahmen von Durchsuchungen oder anderen Ermittlungsmaßnahmen sowie ein Verweis auf das Schweigerecht finden sich jedoch nicht. Nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 418/2011 findet – soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt – in Verfahren gegen eine juristische Person die Strafprozessordnung Anwendung, sofern dies nicht der Natur der Sache nach ausgeschlossen ist.

In der tschechischen Verfassung (*Ústava České republiky*) ist das Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten über Art. 3 i. V. m. Art. 40 Abs. 4 der Charta der Grundrechte und Grundfreiheiten (*Listina základních práv a svobod*) ausdrücklich positiviert.[338] Die Verteidigungsrechte gelten nach der Rechtsprechung des tschechischen Verfassungsgerichts (*Ústavní soud*) ausdrücklich auch für juristische Personen.[339] Konsequenterweise ist der Angeklagte nach § 33 Abs. 1 der tschechischen Strafprozessordnung[340] nicht zur Aussage verpflichtet, wobei keine differenzierten Regelungen für natürliche und juristische Personen bestehen. Jedoch stipuliert § 78 Abs. 1 StPO eine – auf Verlangen von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizeibehörden – generelle, bußgeldbewehrte (Art. 66 StPO) Herausgabepflicht für diejenigen, die Gegenstände in ihrem Besitz haben, die für ein Strafverfahren wesentlich sind. Mit der tschechischen Rechtsprechung zum *nemo tenetur*-Grundsatz – sowie mit Art. 6 EMRK – war eine diesbezügliche weite Mitwirkungspflicht für natürliche und juristische Personen jedoch unvereinbar. Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz Nr. 55/2017 Coll insbesondere den § 78 Abs. 3 StPO eingeführt, wonach niemand gezwungen werden darf, einen Gegenstand herauszugeben, der im Zeitpunkt der Herausgabe gegen ihn oder eine ihm nachste-

---

336 Vgl. zu diesem Sonderfall eines Ausschlusstatbestandes auch: *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 639.

337 Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 17.

338 Die Verfassung ist abrufbar in tschechischer Sprache unter: https://www.psp.cz/docs/laws/constitution.html, die Grundrechtecharta unter: https://www.psp.cz/docs/laws/listina.html (zuletzt besucht am: 18.2.2023).

339 Tschechisches Verfassungsgericht, U. v. 22.11.2020 – Nr. 1490/20 – Rn. 16 ff.

340 „Zákon o trestním řízení soudním (trestní řád)“: Gesetz v. 29.11.1961, Nr. 141/1961, abrufbar in tschechischer Sprache unter: https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1961-141 (zuletzt besucht am: 17.2.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hende Person als Beweis verwendet werden kann. Zwar bleiben dabei die Vorschriften über die Durchsuchung unberührt; diese – §§ 79d StPO und 82 ff. StPO – enthalten jedoch keine gesonderten Mitwirkungspflichten, sondern nach § 85a Abs. 1 StPO lediglich eine diesbezügliche passive Duldungspflicht, die nach Abs. 2 mit Zwang durchsetzbar ist.

Offen ist aber die Frage, inwieweit der gesetzliche Vertreter der juristischen Person sich zu deren Gunsten auf das Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 100 Abs. 1 und Abs. 2 StPO berufen kann, das offenkundig nur auf die persönlichen Näheverhältnisse natürlicher Personen abzielt. Danach besteht ein Schweigerecht, wenn man sich mit der Aussage der Gefahr der Strafverfolgung gegen sich selbst oder Geschwister, Ehegatten, Lebenspartner etc. aussetzt. Fraglich ist, ob die juristische Person für den Vertreter eine „ähnlich nahestehenden Person" i. S. d. Art. 100 Abs. 2 StPO ist. Bislang hat das zivilrechtliche Obergericht (*Nejvyšší soud České republiky*) dies bejaht.[341] Die Strafabteilung des Obergerichts hat dies jedoch, unter Verweis auf die Legaldefinition einer „nahen Person" nach § 125 StGB verneint, gleichzeitig aber festgestellt, dass der Vertreter sich aufgrund des allgemeinen strafrechtlichen *nemo tenetur*-Grundsatzes nicht selbst belasten muss.[342] Inwieweit das Schweigerecht und die Selbstbelastungsfreiheit aber gegenüber juristischen Personen im Strafverfahren konkret beschränkt werden können, ist durch die Obergerichte – soweit ersichtlich – nicht abschließend geklärt.

Der nemo tenetur-Grundsatz gilt damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Tschechien in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

26. Ungarn

Auch *Ungarn* hat die kriminalrechtliche Strafbarkeit juristischer Personen in einem Sondergesetz, dem „Gesetz Nr. CIV 2001 über für juristische Personen geltenden strafrechtlichen Maßnahmen", („Törvény a jogi személlyel szemben alkalmazható büntetőjogi intézkedésekről"),[343] normiert, wobei nach Art. 2 Abs. 1 alle im Strafgesetzbuch vorgesehenen Straftaten in Betracht

[341] Tschechisches Obergericht, U. v. 1.8.2002 – Nr. 21 Cdo 2192/2001, und U. v. 27.1.2010 – Nr. 29 Cdo 4822/2008.

[342] Tschechisches Obergericht, U. v. 10.2.2016 – Nr. 5 To 96/2015.

[343] Abrufbar in englischer Sprache unter: https://www.imolin.org/doc/amlid/Hungary/Hungary_Act_CIV_of_2001_on_measures_applicable_to_legal_entities_under_criminal_law.pdf; in ungarischer Sprache unter: https://njt.hu/jogszabaly/2001-104-00-00 (beide zuletzt besucht am: 17.2.2023); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 18; CMS, The CEE Guide 2021, S. 1, S. 14; *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 639; *Karsai/Szomora*, Criminal law in Hungary, S. 126, m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kommen.[344] Die getroffenen Sanktionen, die gegen juristische Personen verhängt werden können, sind allerdings keine genuinen Kriminalstrafen, die Schuld voraussetzen, sondern „präventive strafrechtliche Maßnahmen".[345] Die Sanktionen wurden auch daher nicht in das Strafgesetzbuch übernommen, obwohl sogar die Liquidation der juristischen Person vorgesehen ist.[346] Für das Strafverfahrensrecht folgen hieraus aber keine ersichtlichen Folgen.

Nach § 7 Abs. 2 des Gesetz Nr. CIV 2001 richtet sich das Verfahren gegen juristische Personen nach der Strafprozessordnung, soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, was hinsichtlich der Befragung oder Durchsuchung, des Schweigerechts oder etwaiger Mitwirkungspflichten nicht der Fall ist. Im Strafprozess stehen den Unternehmen dabei die gleichen Rechte der Strafprozessordnung („Gesetz Nr. XC 2017, „törvény a büntetőeljárásról")[347] zu, die natürlichen Personen zustehen.[348] In der ungarischen Verfassung (*Magyarország Alaptörvénye*) ist der *nemo tenetur*-Grundsatz nicht ausdrücklich normiert.[349] Das ungarische Verfassungsgericht (*Magyar Alkotmánybíróság*) leitet diesen aber aus dem strafrechtlichen Verteidigungsrecht nach Art. XXVIII Abs. 3 der Verfassung ab, wobei es das Recht zum Teil auf die Menschenwürde zum Teil auf die Verfahrensfairness stützt.[350] Nach § 7 Abs. 3 StPO ist niemand im Strafverfahren verpflichtet, gegen sich selbst auszusagen, was in § 39 Abs. 1 lit. f StPO für den in § 38 StPO legaldefinierten „Beschuldigten" bzw. „Angeklagten" konkretisiert wird. In Hinblick auf Mitwirkungspflichten können Gerichte, Staatsanwaltschaften und die Ermittlungsbehörden nach § 261 Abs. 1 StPO von juristischen Personen zwar Auskünfte verlangen. Dies bezieht sich allerdings nur auf Daten im Rahmen elektronischer Übermittlungen. Im Rahmen von Durchsuchungen nach § 302 Abs. 1 StPO wird nach § 305 Abs. 4 StPO, sofern diese auf das Auffinden eines bestimmten Beweismittels zielen, der Eigentümer, Besitzer oder Benutzer eines Grundstücks, einer Sache oder eines Informations- oder Datensystems zur Offenlegung von

---

344 Vgl. allgemein zur Entwicklung und Bedeutung der für Ungarn bis dato unbekannten Haftung juristischer Personen: *Sántha*, NZWiSt 2016, S. 15, S. 15 ff.

345 *Karsai/Szomora*, Criminal law in Hungary, S. 51.

346 *Karsai/Szomora*, Criminal law in Hungary, S. 126.

347 Abrufbar in ungarischer Sprache unter: https://njt.hu/jogszabaly/2017-90-00-00 (zuletzt besucht am: 20.2.2023).

348 Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 18.

349 Abrufbar in ungarischer Sprache unter: https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1100425.atv (zuletzt besucht am: 20.2.2023).

350 Ungarisches Verfassungsgericht, U. v. 4.5.2004 – Nr. 14/2004 (V.7.), abrufbar unter: https://www.alkotmanybirosag.hu/ugykereso/talalatok?hatarozat_sorszam=14&hatarozat_evszam=2004&ugyszam_sorszam=&ugyszam_evszam= (zuletzt besucht am: 18.2.2023), zur Menschenwürdeanknüpfung, U. v. 17.4.1990 – Nr. 8/1990 (IV.23.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beweismitteln „aufgefordert". Die andernfalls in § 302 Abs. 5 StPO vorgesehene Geldstrafe darf jedoch ausdrücklich nicht gegen den Angeklagten verhängt werden, was den Rückschluss erlaubt, dass für ihn keine Mitwirkungspflicht besteht. Eine Analyse der Rechtsprechungspraxis des ungarischen Verfassungsgerichts hat ergeben, dass über die Reichweite des *nemo tenetur*-Grundsatzes in Strafverfahren für juristische Personen noch nicht entschieden wurde.[351] Lediglich in Hinblick auf Kartellverfahren, das nicht zum harten Kern des Strafrechts zählt, wurde klargestellt, dass diese die vollen Anforderungen an ein Strafverfahren erfüllen müssen.[352]

Da weder die Sondergesetze noch die Strafprozessordnung in der Auslegung der Rechtsprechung Sonderregelungen für juristische Personen vorsehen, gilt der nemo tenetur-Grundsatz nach der gegenwärtigen Rechtslage in Ungarn in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

27. Zypern

In *der Republik Zypern* ist die Strafbarkeit juristischer Personen verklausuliert im Strafgesetzbuch normiert, das nach Art. 5 Abs. 1 lit. b StGB „von einem Zyprioten gegen oder in Bezug auf einen Zyprioten" begangen werden muss.[353] Nach der Legaldefinition des Art. 5 Abs. 3 StPO ist ein „Zypriot" jede Person und u. a. auch Gruppen von Personen, die als juristische Personen organisiert sind, sodass alle Straftatbestände, die sich an „Personen" richten, auch von juristischen Personen erfüllt werden können.[354] Im Strafverfahren gelten grundsätzlich die gegenüber natürlichen Personen anwendbaren

[351] Die Entscheidung U. v. 13.4.2021 – 3165/2021 (IV.30.) – Nr. IV/1510/2019, Rn. 37, betraf den Persönlichkeitsschutz juristischer Personen; U. v. 28.4.2020 – Nr. III/629/2019 – betraf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz für abgelehnte Auskunftsverlangen, die auch juristische Personen betreffen, in Hinblick auf staatliche Steuerinformationen.

[352] Ungarisches Verfassungsgericht, U. v. 5.3.2019 – 7/2019 (III.22.) – Nr. IV/1479/2016, Rn. 54; das Gericht konstatiert zwar, dass die Wettbewerbsbuße das Unternehmen ähnlich wie eine strafrechtliche Verurteilung nachteilig betreffen kann, fügt aber an, dass dabei nicht über die Schuld der natürlichen Person entschieden wird und dem Urteil keine Stigmatisierung zukomme, wie sie eine strafrechtliche Verurteilung enthält.

[353] „Ο περί Ποινικού Κώδικα Νόμος (ΚΕΦ.154)", abrufbar in griechischer Sprache unter: http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/0_154/full.html (zuletzt besucht am: 20.2.2023).

[354] Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 19.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zwangsmaßnahmen und Abwehrrechte.[355] Nach Art. 3C Abs. 1 StPO hat der „Verdächtige oder Beschuldigte“ ein Schweigerecht und muss sich nach Art. 3C Abs. 2 lit. a StPO nicht selbst belasten. Litera b. beschreibt sogar explizit, dass das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit darin besteht, dass der Verdächtige oder Beschuldigte nicht verpflichtet ist, Beweise oder Unterlagen vorzulegen, die zu einer Selbstbelastung führen können, wenn er aufgefordert wird, eine Aussage zu machen oder Fragen zu beantworten. Zwar enthält auch die StPO in Art. 2 einige Legaldefinitionen, der „Verdächtige oder Beschuldigte“ befinden sich allerdings nicht darunter. Dennoch differenziert die zypriotische StPO innerhalb der Vorschriften i. d. R. nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen. Lediglich die Unschuldsvermutung nach Art. 3A Abs. 1 gilt nach Abs. 2 StPO ausdrücklich nur für „natürliche Personen“. Die Unschuldsvermutung ist in Art. 12 Abs. 4 Verfassung (*Το Σύνταγμα της Κυπριακής Δημοκρατίας*)[356] normiert, woraus sich – nach der Rechtsprechung des zypriotischen Obergerichts (*Supreme Court, Ανώτατο Δικαστήριο*) – auch der nicht explizit genannte *nemo tenetur*-Grundsatz ergibt.[357] Für Letzteren fehlt in der StPO aber eine Anwendungsbegrenzung auf natürliche Personen. Auch die Durchsuchungsvorschriften in den Art. 27 ff. StPO enthalten keine Mitwirkungspflichten.

Eine Überprüfung der Rechtsprechungspraxis des Supreme Court hat aber ergeben, dass über die genaue Reichweite des *nemo tenetur*-Grundsatzes für juristische Personen noch nicht entschieden wurde. Inwieweit dabei eine Orientierung an den englischen Common Law-Traditionen vorgenommen werden würde, die nach § 3 StPO gilt, soweit die StPO keine Bestimmungen enthält, bleibt unklar.

Aufgrund der unterschiedslosen Verweisung in die Strafprozessordnung gilt der nemo tenetur-Grundsatz damit nach der gegenwärtigen Rechtslage in Zy-

---

355 Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Übersicht zum Unternehmensstrafrecht, WD 7 – 3000 – 070/17, S. 19; Strafprozessordnung „Ο περί Ποινικής Δικονομίας Νόμος (ΚΕΦ.155)“, abrufbar in griechischer Sprache unter: http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/0_155/index.html, (zuletzt besucht am: 20.2.2023).

356 Abrufbar in griechischer Sprache unter: http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/syntagma/full.html (zuletzt besucht am: 20.2.2023).

357 Vgl. zur Unschuldsvermutung zypriotisches Supreme Court, U. v. 21.1.1980 – Papadopoulos v. Republic – (1980) 2 CLR 10, abrufbar unter: http://cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=/apofaseis/aad/meros_2/1980/rep/1980_2_0010.htm) (zuletzt besucht am 20.2.2023); ausdrücklich auf das sich daraus abgeleitete Schweigerecht verweisend, U. v. 5.6.1990 – Χρυστοφορου v Αστυνομία – (1990) 2 AAD 250, abrufbar unter: http://cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=/apofaseis/aad/meros_2/1990/rep/1990_2_0250.htm, (zuletzt besucht am: 20.2.2023); FRA – Presumption of Innocence, Country Report Cyprus, Presumption of Innocence, Country Report Cyprus, S. 1 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

pern in Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen in vollem Umfang wie gegenüber natürlichen Personen.

IV. Zwischenergebnis

Auf der Grundlage der deskriptiven Länderberichte kann nun der deskriptive Querschnittsvergleich erfolgen. Dabei sind die gewonnenen Erkenntnisse der Länderberichte objektiv neutral in Hinblick auf das *tertium comparationis* darzustellen.

B. Deskriptiver Querschnittsvergleich

Das tertium comparationis bezieht sich auf die Fragen, welche Mitgliedstaaten ein kriminalstrafrechtliches Verbandssanktions- oder Unternehmensstrafrecht vorsehen (I.), ob diese Rechtsordnungen den nemo tenetur-Grundsatz verfassungsrechtlich anerkennen (II.) und ob die Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit aufgrund der Unternehmereigenschaft eingeschränkt werden (III.)

I. Querschnittsvergleich in Hinblick auf das Verbandssanktions- und Unternehmensstrafrecht

Die rechtsvergleichende Betrachtung der nationalen Gesetzeslage, Literatur und Rechtsprechung aller Mitgliedstaaten der EU zeigt zunächst deutliche Kriminalisierungstendenzen gegenüber Unternehmen. 19 der 27 Mitgliedstaaten der EU und damit eine deutliche Mehrheit sehen eine genuin kriminalstrafrechtliche, 22 eine kriminal- oder quasi-strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen vor. In weiteren fünf Mitgliedstaaten sind konkrete Gesetzesinitiativen zur Genese einer Unternehmensstrafbarkeit in Gang gesetzt. Eine eindeutig *kriminalstrafrechtliche* Verantwortlichkeit juristischer Personen ist in 19 Ländern vorgesehen, mithin in *Belgien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Irland, Kroatien, Litauen, Luxemburg, Malta, den Niederlanden, Portugal, Rumänien, der Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn* sowie *Zypern*. In *Italien* spricht die Literatur mehrheitlich von einer „quasi-strafrechtlichen" Verantwortung, wobei die genaue Einordnung der Rechtsnatur unklar ist. Auch in *Österreich* ist die Zuordnung der Verbandssanktion zum *Kriminal*strafrecht nicht eindeutig. *Polen* sieht eine de facto strafrechtliche Rechtsnatur sui generis vor.[358] Keine genuin kriminal-

[358] Zu einem sehr ähnlichen Ergebnis kam – wenn auch ohne eigenen Rechtsvergleich – *Sachoulidou*, Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung, S. 302 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen sehen – *de lege lata* – dagegen *Bulgarien*, *Deutschland*, *Griechenland*, *Lettland* und *Schweden* vor. Dort kommen administrative Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen zur Anwendung.[359] Die große Mehrzahl der europäischen Mitgliedstaaten sieht daher eine Verbandsstrafbarkeit vor.[360]

Die Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass bei der individuellen Ausgestaltung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit erhebliche Unterschiede bestehen.[361] Diese betreffen bereits das Haftungssubjekt, wobei zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen juristischen Personen, Verbänden und Unternehmen zu differenzieren ist. Auch hinsichtlich der vom Haftungssubjekt begehbaren Taten divergiert die Gesetzestechnik, die mal im Strafrecht, mal in Sondergesetzen, mal gesamtheitlich auf alle Straftatbestände, mal auf positiv begehbare, mal auf negativ nicht begehbare Straftatbestände verweist. Unterschiede ergeben sich auch in Bezug auf die Haftungs- oder Zurechnungsmodelle und den Täterkreis, sowie die letztlich im Einzelfall drohende Sanktion, die von einer Geldsanktion, über die Einziehung auch Tätigkeitsverbote beinhalten können,[362] hier jedoch nicht näher untersucht wurden. Die dezidierte Auseinanderdifferenzierung der divergierenden Modelle unternehmensstrafrechtlicher Verantwortlichkeit der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bildet nicht den Schwerpunkt der Untersuchung und kann hier letztlich dahinstehen. Als Zwischenergebnis lässt sich die Untersuchung der zu vergleichenden Rechtsordnungen zur Feststellung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung daher primär auf die Rechtsordnungen dieser 19 Mitgliedstaaten eingrenzen.

II. Querschnittsvergleich in Hinblick auf die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes

In Hinblick auf die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes erkennen sieben Verfassungen den nemo tenetur-Grundsatz ausdrücklich an. Darunter fallen *Belgien*, *Estland*, *Litauen*, die *Slowakei*, *Slowenien*, *Spanien* und *Tschechien*. Die Verfassungsgerichte erheben den nemo tenetur-Grundsatz aber – auf oftmals nicht näher ausgeführter Grundlage – zum allgemeinen (Verfassungs-) Rechtsgrundsatz. Hinsichtlich dessen Geltung für juristische Personen haben

---

359 *Engelhart*, eucrim 2012, S. 110, S. 110.

360 Zu diesem Ergebnis kommt auch *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 32.

361 Vgl. insoweit auch *Dannecker*, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1, S. 11, S. 32.

362 Vgl. zu diesen Ergebnissen insgesamt auch: *Staffler*, in: Handbuch Unternehmensstrafrecht, S. 641 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sich bislang nur die Verfassungsgerichte von *Belgien*, *Deutschland*, *Frankreich*, *Kroatien*, den *Niederlanden*, *Österreich*, *Polen*, *Portugal*, *Slowenien* und *Ungarn* ausdrücklich verhalten. Während das *deutsche* und *slowenische* Verfassungsgericht die Geltung – jedoch ausdrücklich nur in Bezug auf nicht kriminalstrafrechtliche Verfahren – ablehnen, erkennen die Verfassungsgerichte *Belgiens*, *Frankreichs*, der *Niederlande*, *Österreichs*, *Polens* und *Ungarns* den Grundsatz ausdrücklich auch für juristische Personen an. Insgesamt erkennen 19 von 27 Mitgliedstaaten den nemo tenetur-Grundsatz grundsätzlich auch gegenüber Unternehmen an.[363] Hierzu zählen: *Belgien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Kroatien, Litauen, Luxemburg, Malta,* die *Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien,* die *Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn* sowie *Zypern*. Nicht eindeutig ist die Rechtslage in *Irland*, *Italien*, *Griechenland*, *Spanien und Schweden*. Nicht überprüft wurde die Geltung in *Bulgarien* und *Lettland*. In *Deutschland* gilt der nemo tenetur-Grundsatz bislang ausdrücklich nicht für juristische Personen.

III. Querschnittsvergleich in Hinblick auf den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes

In Hinblick auf den Umfang des Schweigerechts verweisen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten für das kriminalstrafrechtliche Verfahren gegen juristische Personen weit überwiegend auf die Vorschriften der Strafprozessordnungen, wie sie gegenüber natürlichen Personen gelten, ohne dabei Einzelfragen der Anwendung in den Blick zu nehmen. Es wurde festgestellt, dass 19 mitgliedstaatliche Rechtsordnung eindeutig eine *kriminalstrafrechtliche* Verantwortlichkeit juristischer Personen vorsehen. Unter Berücksichtigung der Gesetzeslage, der Rechtsprechung und der Literaturansichten gilt nach der gegenwärtigen Rechtslage in 17 Rechtsordnungen hiervon der nemo tenetur-Grundsatz in seiner Ausprägung als Schweigerecht und Recht auf Selbstbelastungsfreiheit auch für juristische Personen vollständig wie für natürliche Personen: *Belgien, Dänemark*[364]*, Estland, Finnland, Frankreich, Kroatien, Litauen, Luxemburg, Malta*[365]*,* die *Niederlande, Portugal, Rumänien,* die *Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn* sowie *Zypern*. Bezieht man *Österreich*

[363] Im Rahmen der Länderberichte wurde die Rechtslage für Unternehmen in nichtkriminalstrafrechtlichen Verfahren in Bulgarien, Griechenland, Deutschland und Lettland nicht vollständig ausgeleuchtet. Es ist daher möglich, dass diese Länder den nemo tenetur-Grundsatz grundsätzlich gegenüber Unternehmen in anderen Verfahren anerkennen.

[364] Für Dänemark wird jedoch teilweise in der Literatur auch eine andere Ansicht vertreten, vgl. *Billing*, The Right to Silence, S. 122, Fn. 130.

[365] In Malta wird das Verfahren von vornherein nur gegen die natürliche Person geführt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und *Polen* aufgrund der jedenfalls quasi-strafrechtlichen Natur der Sanktion in den relevanten Vergleichsmaßstab ein, besteht der Grundsatz nach der Gesetzeslage auch dort vollständig wie für natürliche Personen.

In *Irland*, *Italien* und *Spanien* ist die Rechtslage aus Sicht des Verfassers nicht hinreichend eindeutig. Unberücksichtigt bleiben zudem *Bulgarien*, *Deutschland*[366], *Griechenland*, *Lettland* und *Schweden,* da diese keine *kriminal*strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen vorsehen. Zwar haben das *deutsche* und das *slowenische* Verfassungsgericht ausdrücklich die Geltung im Verwaltungsverfahren ausgeschlossen; die Frage, ob dies auch im Kriminalstrafverfahren gilt, wurde damit allerdings nicht entschieden. Damit sieht nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtslage keine Rechtsordnung der Mitgliedstaaten in kriminalstrafrechtlichen Vorermittlungsverfahren ausdrücklich eine aktive Mitwirkungspflicht für juristische Personen in kriminalstrafrechtlichen Verfahren vor. In keiner Rechtsordnung konnte für das kriminalstrafrechtliche Verfahren eine Argumentation gefunden werden, wonach strafrechtliche Verfahrensrechte im Kriminalstrafverfahren gegenüber juristischen Personen spezifisch aus diesem Grund zu reduzieren sind.

IV. Zwischenergebnis

Der Querschnittsvergleich hat in Hinblick auf die Geltung und den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes ergeben, dass 17 der 27 Mitgliedstaaten den nemo tenetur-Grundsatz vollständig wie gegenüber natürlichen Personen anerkennen.

C. Normative Betrachtung des Querschnittvergleichs zur Genese einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung

Die Ergebnisse des Querschnittsvergleichs sind dahin gehend normativ zu bewerten, ob in Hinblick auf die Geltung und den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung besteht. Die Untersuchung hat die normativen Kriterien hierfür bereits dargestellt.[367] Eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung besteht danach dann, wenn eine belangvolle Anzahl von Mitgliedstaaten über Rechtslösungen im Rahmen der Auslegung oder zur Schließung der untersuchten unionsrechtlichen Schutzlücke verfügt, die funktional große inhaltliche Ähnlichkeiten aufweisen, ohne

[366] Legte man dagegen den letzten Regierungsentwurf zugrunde, bestünde auch insoweit ein Schweigerecht. Letztlich ist der Entwurf aber nicht mehr rechtlich existent und kann daher nicht in die Gesamtbewertung einfließen.

[367] Vgl. oben unter 4. Teil 2. Kap. § 2 C. V., insbesondere Nr. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dass eine ebenso belangvolle Anzahl von Mitgliedstaaten eine erheblich abweichende Rechtslösung vorsieht.

Die Untersuchung hat ebenfalls bereits die wenigen objektiven Kriterien zur Bestimmung einer belangvollen Anzahl von Mitgliedstaaten zusammengetragen, die die Genese einer gemeinsamen Verfassungstradition objektiv nachvollziehbar(er) machen.[368] Einigkeit besteht darüber, dass keine vollständige Übereinstimmung der Rechtslagen aller Mitgliedstaaten erforderlich ist. Darüber hinaus werden der *Proporz der Mitgliedstaaten*, die *Rechtskreise* und der *Anteil der europäischen Gesamtbevölkerung* als Prüfkriterien einer „hinreichenden Übereinstimmung" der nationalen Rechtsordnungen vorgeschlagen, ohne dass jedoch Klarheit über die genaue Bedeutung der Kriterien herrschte.[369]

I. In Hinblick auf die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes

Zum Bestehen einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung in Hinblick auf die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes ergibt sich, unter Berücksichtigung der Bewertungskriterien folgendes faktisches Ergebnis:

Nach dem *Proporz* erkennen 19 von 27 Mitgliedstaaten den nemo tenetur-Grundsatz grundsätzlich gegenüber Unternehmen an. Dies entspricht 70 % der Mitgliedstaaten. Stellt man lediglich auf diejenigen Rechtsordnungen ab, die ein Kriminalstrafverfahren gegenüber Unternehmen vorsehen, erkennen 17 von 27 Mitgliedstaaten den nemo tenetur-Grundsatz für Unternehmen vollständig wie gegenüber natürlichen Personen an. Dies entspricht 63 % der Mitgliedstaaten. Stellt man als Maximalwert lediglich auf die 19 Mitgliedstaaten ab, die eine kriminalstrafrechtliche Haftung juristischer Personen vorsehen, liegt die Quote (17 von 19) bei 89 %. Nicht eindeutig ist die Rechtslage in fünf Mitgliedstaaten, was 19 % entspricht. In einem Mitgliedstaat wird die Geltung abgelehnt und in zwei Mitgliedstaaten wurde die Rechtslage nicht geprüft, was 3,7 %, bzw. 7,4 % der Mitgliedstaaten entspricht.

Nach der *Gesamtbevölkerung* der Europäischen Union im Jahr 2024 von 452,86 Mio. Einwohnerinnen und Einwohnern machen die 19 Mitgliedstaaten, die den nemo tenetur-Grundsatz grundsätzlich gegenüber Unternehmen anerkennen, einen Anteil von ca. 225 Mio. Einwohnern aus,[370] was ca. 50 %

---

[368] Vgl. oben unter 4. Teil 2. Kap. § 2 C. V. 1. b).

[369] *Huber*, EuR 2022, S. 145-165, S. 162.

[370] Belgien: 11,79 Mio., Dänemark: 5,96 Mio., Estland: 1,38 Mio., Finnland: 5,63 Mio., Frankreich 68,47 Mio., Kroatien: 3,83 Mio., Litauen: 2,88 Mio., Luxemburg: 0,68 Mio., Malta: 0,54 Mio., die Niederlande: 17,96 Mio., Österreich: 9,1 Mio., Polen: 38,56 Mio., Portugal: 10,39 Mio., Rumänien: 18,94 Mio., die Slowakei: 5,53 Mio., Slowenien: 2,12 Mio., Tschechien: 11,05 Mio., Ungarn: 9,67 Mio., Zypern:

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Gesamtbevölkerung entspricht. Nicht eindeutig ist die Rechtslage in Hinblick auf die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber Unternehmen in *Irland*, *Italien*, *Griechenland*, *Spanien* und *Schweden*, also einen Bevölkerungsanteil von 133 Mio. oder 29,5 %.[371] In *Deutschland* gilt der nemo tenetur-Grundsatz bislang ausdrücklich nicht für juristische Personen. Dies entspricht 18,8 % der Gesamtbevölkerung.[372] Nicht überprüft wurde die Rechtslage in *Bulgarien* und *Lettland*, mithin in Bezug auf 2 % der Gesamtbevölkerung.[373] In keiner Rechtsordnung der Europäischen Union wurde ausdrücklich festgestellt, dass der nemo tenetur-Grundsatz im Kriminalstrafverfahren bereits dem Grunde nach nicht auf Unternehmen und juristische Personen anwendbar sei.

Stellt man auf die *Rechtskreise*, also darauf ab, ob die Verfassungsüberlieferung im romanischen, nordischen oder germanischen Rechtskreis vertreten sind, lässt sich dies für die 19 Mitgliedstaaten bejahen.[374]

II. In Hinblick auf den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes

Zum Bestehen einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung in Hinblick auf den Geltungs*umfang* des nemo tenetur-Grundsatzes ergibt sich unter Berücksichtigung der Bewertungskriterien folgendes faktisches Ergebnis:

Von den 19 Rechtsordnungen, in denen der nemo tenetur-Grundsatz dem Grunde nach gegenüber Unternehmen im Kriminalstrafverfahren Anwendung findet,[375] erkennen 17 Rechtsordnungen[376] den Grundsatz vollständig wie gegenüber natürlichen Personen an. Das entspricht einem *Proporz* von 63 %

0,94 Mio., vgl. https://de.statista.com/statistik/daten/studie/164004/umfrage/prognostizierte-bevoelkerungsentwicklung-in-den-laendern-der-eu/ (zuletzt besucht am: 11.10.2024); die Daten der aktuellen Bevölkerungszahlen der 17 Ländern wurden dabei addiert.

371 Irland: 5,23 Mio., Italien: 59,01 Mio., Griechenland 10,37 Mio., Spanien: 48,35 Mio., Schweden: 10,64 Mio., vgl. Statistik a. a. O.

372 Deutschland: 85,04 Mio.

373 Bulgarien: 6,92 Mio., Lettland: 1,88 Mio.

374 Dem romanischen Rechtskreis gehören Belgien, Frankreich, Luxemburg, Malta und Rumänien an, dem germanischen Rechtskreis Estland, Kroatien, Österreich, Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn an. Dänemark ist dem nordischen, die Niederlande dem gemischt römisch-germanischen und Zypern einem Mischsystem des Common law und römisch-germanischen Rechtskreises zuzuordnen, vgl. *Linhart/Fabry*, in: Handbuch Rechtsphilosophie, S. 33; *Hilgendorf*, in: Handbuch Rechtsphilosophie, S. 30.

375 Belgien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Kroatien, Litauen, Luxemburg, Malta, die Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, der Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn sowie Zypern.

376 Die 19 obengenannten Rechtsordnungen abzüglich Österreich und Polen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Mitgliedstaaten. Stellt man – aufgrund des Zuschnitts der Untersuchung – lediglich auf die 19 Mitgliedstaaten ab, die eine kriminalstrafrechtliche Haftung juristischer Personen vorsehen, entspricht der Proporz 89,5 %. Dabei ist zu beachten, dass die verbleibenden 37 % bzw. 10,5 % keine entgegenstehende Rechtsauffassung vorsehen. Die Mitgliedstaaten fallen aus der Betrachtung, weil sie entweder überhaupt kein (*Bulgarien*, *Deutschland*, *Griechenland*, *Lettland* und *Schweden*) oder kein eindeutig im engeren Sinne strafrechtliches Verfahren gegenüber Unternehmen vorsehen (*Italien*, *Österreich* und *Portugal*) oder die Rechtslage in Hinblick auf den Geltungsumfang noch nicht präzise entschieden ist (*Irland* und *Spanien*). Relevant ist ebenfalls, dass der Verweis auf den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes, wie er gegenüber natürlichen Personen gilt, bedeutet, dass der Grundsatz nicht absolut gilt, also im Einzelfall einschränkbar ist. Die Untersuchung hat aber ergeben, dass keine Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Kriminalstrafverfahren ausdrückliche Mitwirkungspflichten für juristische Personen vorsehen.

Die 17 Mitgliedstaaten entsprechen einem Anteil von ca. 177 Mio. bzw. 40 % der Gesamtbevölkerung der EU. Im Umkehrschluss ist der Umfang der Einschränkbarkeit in ca. 60 % der Gesamtbevölkerung noch nicht hinreichend klar. 0 % sehen ausdrückliche Mitwirkungspflichten für juristische Personen im Kriminalstrafverfahren vor. Auch unter diesen Mitgliedstaaten sind alle *Rechtskreise* vertreten.

Diese faktischen Ergebnisse bedürfen einer normativ wertenden Einordnung.

III. Normative Bewertung

Am Versuch, den Querschnittsvergleich anhand objektiver Kriterien normativ zu bewerten, manifestiert sich die dogmatische Unschärfe der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten. Ab wann ein Proporz, der Bevölkerungsanteil oder die Rechtskreise in hinreichender Weise vertreten sind, um eine „überwiegende Tendenz“ und damit eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung zu begründen, lässt sich nicht punktgenau bestimmen. Möglich bleibt daher nur, das Für und Wider der Ergebnisse in Hinblick auf eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung anhand der objektiven Kriterien zu bewerten.

In Bezug auf die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen und juristische Personen sprechen der Proporz von 70 % und der Bevölkerungsanteil von 50 % aus der Sicht des Verfassers für die Annahme einer gemeinsame Verfassungsüberlieferung. Dass es keine ausdrückliche Gegenauffassung gibt, wonach der nemo tenetur-Grundsatz im Kriminalstrafverfahren grundsätzlich nicht auf Unternehmen und juristische Personen übertragbar ist,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unterstreicht diese Wertung. Dem steht nicht entgegen, dass in Deutschland die Geltung der Selbstbelastungsfreiheit für juristische Personen aufgrund der Menschenwürdeanknüpfung und Art. 19 Abs. 3 GG verneint wird. Zum einen bezieht sich die Rechtsprechung des BVerfG lediglich auf Verwaltungsverfahren und ausdrücklich nicht auf Kriminalstrafverfahren. Dadurch ist unklar, ob die Selbstbelastungsfreiheit für juristische Personen auch für diese Verfahren ausgeschlossen sein soll. Indiziell – jedoch aufgrund der Diskontinuität kaum belastbar – zeigt der Verbandsanktionsentwurf, dass andere Lösungen jedenfalls denkbar sind. Zum anderen hat die Untersuchung gezeigt, dass kein anderer Mitgliedstaat die Selbstbelastungsfreiheit ausschließlich an der Menschenwürde festmacht. Auf dieser Grundlage steht die Rechtslage in Deutschland einem allgemeinen Rechtsgrundsatz aus Sicht des Verfassers nicht entgegen. Dafür spricht ferner, dass die grundsätzliche Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes die „bessere", i. S. v. „die grundrechtsextensivere" Auslegung darstellt.

In Hinblick auf den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen und juristische Personen ist das Querschnittsergebnis aus Sicht des Verfassers weniger deutlich. Gegen die Annahme einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung, den nemo tenetur-Grundsatz vollständig wie gegenüber natürlichen Personen anzuwenden, ließe sich anführen, dass die Untersuchung diejenigen Rechtsordnungen, die kein Unternehmensstraf- oder Verbandssanktionsrecht vorsehen, nicht hinreichend berücksichtigt hat. Die Rechtsordnungen, die eine vollständige Anwendung vorsehen, repräsentieren mit einem Anteil von 177 Mio. oder ca. 40 % jedenfalls nicht die absolute Mehrheit der Gesamtbevölkerung. Selbst wenn man *Österreich* und *Polen* mit den quasi-strafrechtlichen Verfahren hinzurechnet, sind mit 224 Mio. nur 50 % der Gesamtbevölkerung und damit 50 % der Einwohnerinnen und Einwohner der Europäischen Union nicht repräsentiert. Zudem tendiert der Common Law-Rechtskreis, der nicht unter den 17 Rechtsordnungen vertreten ist, zu Mitwirkungspflichten für Unternehmen und gegen ein Schweigerecht.

Für eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung einer vollständigen Anerkennung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen wie gegenüber natürlichen Personen streitet, dass dies von 17 und damit über 60 %, mithin der absoluten Mehrheit der Mitgliedstaaten vertreten wird. Darüber hinaus erkennen alle Rechtsordnungen, die eine Verbands- oder Unternehmensstrafbarkeit vorsehen, die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen an. Die Gesetzgeber dieser Länder haben sich zudem mehrheitlich ausdrücklich dafür entschieden, die Verfahrensrechte natürlicher Personen grundsätzlich auch gegenüber juristischen Personen für anwendbar zu erklären und grundsätzlich keine Reduktion spezifisch aufgrund der „Unternehmereigenschaft" vorzunehmen. Dass mit nur 40 % bzw. 50 % (mit *Österreich* und *Polen*) der Bevölkerung dabei bestenfalls 50 % der Bevölkerung

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht repräsentiert sind, steht einer Verfassungsüberlieferung nicht grundsätzlich entgegen. Eine Repräsentation von 40 % der Bevölkerung spricht jedenfalls dann für eine überwiegende Tendenz, wenn die sich die übrigen 60 % nicht explizit gegen eine solche Tendenz aussprechen. Dies ist jedenfalls in Bezug auf den Geltungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes im Kriminalstrafverfahren der Fall, weil die Rechtslage in diesen Rechtsordnungen gegenwärtig nicht eindeutig ist. Die Rechtslage in diesen Mitgliedstaaten kann damit für keine der beiden Seiten vereinnahmt werden. Entscheidend ist, dass dadurch – in Hinblick auf das Kriminalstrafverfahren – gerade keine zwei Rechtsauffassungen miteinander kollidieren. Es besteht nicht nur keine ähnlich gewichtige, sondern keine Rechtspraxis in den Mitgliedstaaten, die für juristische Personen im Rahmen kriminalrechtlicher Vorermittlungsverfahren explizit aktive Mitwirkungspflichten – wie das europäische Kartellermittlungsverfahren es tut – vorsieht.

Für eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung, die den nemo tenetur-Grundsatz grundsätzlich wie gegenüber natürlichen Personen bzw. jedenfalls dem Grunde nach keine Mitwirkungs- und Herausgabepflichten für juristische Personen vorsieht, spricht auch, dass dies der bestmöglichen, also der grundrechtsintensivsten Lösung entspricht. Auch die weiteren genannten Kriterien, die neben der Mehrzahl der Mitgliedstaaten auch die romanischen, nordischen und germanischen Rechtkreise einbeziehen, sind erfüllt und deuten damit auf das Bestehen einer Verfassungsüberlieferung hin. Gesamtbetrachtend wurde zudem bereits festgestellt, dass die generellen Anforderungen an eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung im Rahmen der Auslegungszwecks geringer ausfallen als im Rahmen der Neuschöpfung ungeschriebener Grundrechte. Vergleicht man das Ergebnis der Untersuchung mit der in der Rechtsprechungspraxis der Unionsgericht sowie der Generalanwälte mitgeteilten Vorgehensweise zur Genese einer Verfassungsüberlieferung, sind die Anforderungen, die nach der Rechtsprechungspraxis für eine Verfassungsüberlieferung ausgereicht haben, jedenfalls bei Weitem überschritten.

Einschränkend ist indes festzuhalten, dass für Unternehmen und juristische Personen keine gemeinsame Verfassungsüberlieferung zugunsten eines *absoluten* Schutzes der Selbstbelastungsfreiheit festgestellt wurde. Auch gegenüber natürlichen Personen gilt der nemo tenetur-Grundsatz nicht absolut und bleibt damit im Einzelfall einschränkbar.[377] Die Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit wird allerdings nicht grundsätzlich allein aufgrund der Unternehmereigenschaft der Sanktionsadressaten eingeschränkt.

[377] EGMR, U. v. 8.2.1996 – John Murray/Vereinigtes Königreich – Nr. 18731/91, Rn. 47; EGMR U. v. 13.9.2016 – Ibrahim u. a./ Vereinigtes Königreich – Rn. 269, m. w. N.; vgl. z. B. auch die Länderberichte zu Belgien, Italien, Rumänien und Spanien.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

IV. Zwischenergebnis

Aus der Sicht des Verfassers streiten die besseren Argumente dafür, eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung sowohl in Hinblick auf die Geltung als auch des grundsätzlichen Geltungsumfangs des nemo tenetur-Grundsatzes für Unternehmen im Kriminalstrafverfahren anzunehmen. Aus der deskriptiven Darstellung der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sowie deren normativen Bewertung ergibt sich damit eine hinreichend vergleichbare und gemeinsame Rechtslage in Bezug auf die Selbstbelastungsfreiheit und Mitwirkungspflicht des nemo tenetur-Grundsatzes gegenüber juristischen Personen in Strafverfahren.

D. Fazit

Die formellen und materiellen Voraussetzungen der wertenden Rechtsvergleichung liegen vor. Es besteht eine gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten der EU dergestalt, dass der nemo tenetur-Grundsatz in kriminalstrafrechtlichen Vorermittlungsverfahren gegen juristische Personen vollständig wie gegenüber natürlichen Personen Anwendung findet. Insbesondere existieren damit im Rahmen von Befragungen und Durchsuchungen grundsätzlich keine Aussage- oder Mitwirkungspflichten – in Form der Herausgabe selbstbelastender Dokumente – für juristische Personen. Es ist jedoch einschränkend festzuhalten, dass dies nur für das Kriminalstrafverfahren festgestellt wurde. Für die Untersuchung bedeutet dies gleichwohl, dass in den Mitgliedstaaten jedenfalls kein spezifischer Legitimationsansatz feststellbar ist, wonach strafrechtliche Verfahrensrechte gegenüber „Unternehmen“ per se zu reduzieren sind. Der nemo tenetur-Grundsatz gilt zudem nicht absolut und ist hinsichtlich der Einschränkbarkeit noch genauer zu beleuchten.[378]

§ 3 Ergebnis

Die Untersuchung hat eine gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten bezüglich der Geltung und des Geltungsumfangs der Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit für Unternehmen im Kriminalstrafverfahren festgestellt. Soweit die kriminalstrafrechtliche Rechtsnatur des Kartellermittlungsverfahrens nicht ausgeschlossen ist, haben die Unionsgerichte jedenfalls im Rahmen von Kernbereichsbeschränkungen den Anwendungsumfang des in Art. 47 und Art. 48 GRCh normierten Grundrechts der Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit nach Art. 52 Abs. 4 GRCh als Rechtserkenntnisquelle im europäischen Kartellermittlungsverfahren für juristische Personen im Ein-

[378] Hierzu sogleich unter 2. Kap.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

klang mit diesen Überlieferungen auszulegen. Eine spezifische Legitimationsgrundlage zur Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte aufgrund der Unternehmereigenschaft ist nicht feststellbar. Unternehmen können danach im Kartellvorermittlungsverfahren wegen Kernbereichsbeschränkungen gegenwärtig nicht dazu gezwungen werden, sich selbst zu belasten oder an der Untersuchung mitzuwirken. Dies steht im Gegensatz zum bisherigen *Orkem*-Standard des EuGH.

Eine materielle Verbindlichkeit kommt den Verfassungsüberlieferungen allerdings nur dann zu, wenn diese auch als allgemeine Rechtsgrundsätze i. S. d. Art. 6 Abs. 3 EUV Teil des Unionsrechts sind. Die nationalrechtliche Verfassungsüberlieferung muss sich als allgemeiner Rechtsgrundsatz dementsprechend auch in die Struktur und Ziele des Unionsrechts einfügen. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die vollständige Gewährleistung des nemo tenetur-Grundsatzes wie gegenüber natürlichen Personen zum Schutz der Funktionsfähigkeit des europäischen Kartellermittlungsverfahrens Einschränkungen erfahren muss.

2. Kapitel

Die Genese eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zugunsten einer unternehmerischen Selbstbelastungsfreiheit aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten

Die festgestellte gemeinsame Verfassungstradition darf nicht ungeprüft auf das Unionsrecht übertragen werden. Die Untersuchung hat bereits festgestellt, dass es eines Integrationsakts in das Unionsrecht bedarf.[379] Die Eigenständigkeit des Unionsrechts als autonome Rechtsquelle verlangt, dass sich die aus den nationalen Rechtsordnungen herausdestillierte gemeinsame Verfassungsüberlieferung als allgemeiner Rechtsgrundsatz in die Struktur und Ziele der Union einfügt, um materiellrechtliche Verbindlichkeit zu erlangen.[380] In Hinblick auf die Gewährleistung der Wirksamkeit des Unionsrechts ist das nationale Recht nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts stets so weit wie möglich unionsrechtskonform sowie anhand des Zwecks der Bestimmungen auszulegen.[381] Es gilt daher zu prüfen, ob sich die festgestellte gemeinsame Verfassungsüberlieferung, wonach der nemo tenetur-Grundsatz und

[379] Vgl. schon oben unter 4. Teil 3. Kap. § 1 A.

[380] EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 4.

[381] Vgl. zuletzt EuGH, U. v. 6.10.2021 – Sumal – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 70 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Anerkennung der Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit im europäischen Kartellermittlungsverfahren gelten, *nicht* in die Struktur und Ziele der Union einfügt.

§ 1 Integration der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung in die Struktur, Ziele und Aufgaben der Europäischen Union sowie des Unionsrechts

Zur Prüfung, ob sich eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung in die Struktur, Ziele und Aufgaben der Europäischen Union sowie des Unionsrechts einfügt, bedarf es zunächst eines Integrationsmaßstabs.

A. Integrationsmaßstab zur Genese eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes

Das Unionsrecht hat bislang keinen konkreten Integrationsmaßstab zur Genese eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes entwickelt. Der EuGH gibt lediglich vage vor, dass die *Ziele*, *Aufgaben*, der besondere *Charakter* der europäischen Integration sowie das *Recht der Union* umfasst und gebührend bei der Integration in das Unionsrecht zu berücksichtigen seien.[382] Generalanwalt Maduro präzisiert, dass die Inspirationsquelle der gemeinsamen Verfassungstraditionen die spezifischen Bedürfnisse und Eigenheiten des Unionsrechts sowie den Kontext der Unionsrechtsordnung angemessen berücksichtigen müsse.[383] Ziele und Aufgaben der Union sind in Art. 3 EUV enthalten.[384] Sie umfassen neben der Errichtung eines Binnenmarkts das Hinwirken auf eine wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft (Abs. 3 S. 1 und 2).[385] Dies schließt die Wettbewerbspolitik sowie das Ordnungsrecht der Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff. AEUV mit ein, die vor Verfälschungen geschützt werden müssen, und unterstreicht die Bedeutung des Binnenmarkts als herausge-

[382] EuGH, U. v. 17.12.1970 – Internationale Handelsgesellschaft – Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 4; vgl. Schlussanträge GA Roemer v. 13.7.1971 – Zuckerfabrik – Rs. 5/71, ECLI:EU:C:1971:96, S. 990; Schlussanträge GAin Kokott v. 29.4.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, Rn. 94; Schlussanträge GA Maduro v. 20.2.2008 – FIAMM – Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:98, Rn. 55 f.

[383] Schlussanträge GA Maduro v. 20.2.2008 – FIAMM – Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:98, Rn. 55.

[384] *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 1.

[385] Der Begriff des Binnenmarkts ist in Art. 26 Abs. 2 AEUV legaldefiniert. Dessen Bedeutung wurde bereits zu Beginn der Untersuchung unter 1. Teil 1. Kap. § 1 dargestellt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hobenes Instrument der unionalen Integrationspolitik.[386] Andererseits ist auch die Förderung der Rechtsstaatlichkeit ein Unionsziel, das den effektiven Rechtsschutz umfasst.[387] Bezieht man über Art. 6 Abs. 1 S. 1 HS. 2 EUV die Ziele der Grundrechtecharta mit ein, will die Präambel den Schutz der Grundrechte stärken und die Rechte bekräftigen, die sich aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ergeben. Unklar bleibt hingegen, wie diese Ziele, Aufgaben oder gar Eigenheiten der Union konkret „gebührend" zu berücksichtigen sind.

In der Literatur finden sich kaum genauere Anforderungen. Teilweise werden als maßgebliche Gesichtspunkte der effektive Schutz von Rechten auf der einen und die Wahrung der Funktionstüchtigkeit der Organe der Union auf der anderen Seite ausgemacht.[388] Deren konkreter Umfang werde aber letztlich vom Gerichthof quasi-normierend festgelegt.[389] Berücksichtigt man den Telos der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen, muss auch für den allgemeinen Rechtsgrundsatz grundsätzlich gelten, dass die für die Unionsrechtsordnung problemadäquateste und überzeugendste Rechtslösung herausgearbeitet werden soll, wobei grundsätzlich das Ziel eines möglichst hohen Schutzniveaus der Grundrechte im Fokus steht.[390] Die divergierenden Ziele – maximal effektive Kartellermittlungen und maximaler Grundrechtsschutz – deuten darauf hin, dass die Schutzintentionen der Union im Sinne einer praktischen Konkordanz gegeneinander abgewogen werden müssen.

Es gilt daher zu überprüfen, ob sich eine gemeinsame Verfassungstradition, die einen vollständigen nemo tenetur-Schutz juristischer Personen im kartellrechtlichen Vorermittlungsverfahren vorsieht, aufgrund dieser Kriterien als allgemeiner Rechtsgrundsatz in das Unionsrecht einfügt oder die Ziele, Aufgaben und der besondere Charakter des Unionsrechts gesamtwerdend einer Übertragung entgegenstehen. Die festgestellte gemeinsame Verfassungstradition verändert dabei nach hier vertretener Auffassung die Ausgangslage der Abwägung. Die Tatsache, dass die Mehrzahl der Länder den nemo tenetur-Schutz anerkennt, kann nicht unberücksichtigt bleiben.

---

386 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 22; *Müller-Graff*, in: FK, EUV, GRC u. a. EUV, Art. 3 EUV, Rn. 32.

387 *Müller-Graff*, in: FK, EUV, GRC u. a. EUV, Art. 3 EUV, Rn. 16.

388 *Jacob/Kottmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 340 AEUV, Rn. 31.

389 *Schwarze/Wunderlich*, in: Schwarze u. a., EU-Kommentar, Art. 19 EUV, Rn. 25.

390 Vgl. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte zu Art. 52 Abs. 4 GRCh, Abl. 2007, C-303/34.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Widerlegbare Vermutung für die Integrierbarkeit als allgemeiner Rechtsgrundsatz

Für die Integrierbarkeit einer aufgefundenen Verfassungsüberlieferung in das Unionsrecht dürfte folglich grundsätzlich eine widerlegbare Vermutung streiten.[391] Hierfür spricht aus Sicht des Verfassers, dass der Unionsgesetzgeber durch die wechselseitige Verknüpfung der nationalen Verfassungen und der Grundrechtecharta über Art. 6 Abs. 3 EUV sowie Art. 52 Abs. 4 GRCh davon auszugehen scheint, dass eine Inkorporation gegenseitiger Grundrechtestandards grundsätzlich möglich ist. Hierfür spricht ferner, dass die unionsrechtlichen Anforderungen an den Nachweis einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung hoch sind. Der Wert einer intensiven rechtsvergleichenden Untersuchung würde erheblich, wenn nicht sogar auf null reduziert, würde man dem Grunde nach davon ausgehen, dass ein höheres grundrechtliches Schutzniveau in den Mitgliedstaaten auch mit den Zielen, Aufgaben und dem besonderen Charakter des Unionsrechts vereinbar ist. Ebenso, wie der EuGH vom Fehlen einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung auf die Nicht-Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes schließt, muss *argumentum e contrario* vermutet werden, dass eine gemeinsame Verfassungstradition in Hinblick auf einen höheren Grundrechtsstandard auch auf Unionsebene eingehalten werden kann.

Aus den gleichen Gründen dürften an die Widerlegung der Vermutung gegen eine Integrierbarkeit qualifizierte Anforderungen zu stellen sein. Zwar gibt es im Unionsrecht hierfür keine Vorgaben, die hohen Hürden der Feststellung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten verlangen allerdings aus Sicht des Verfassers gleichwertige Hürden für die Ablehnung einer Übertragung ins Unionsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Dies spricht dafür, nicht bereits jede Beeinträchtigung der Unionsziele genügen zu lassen, um eine Verfassungsüberlieferung als mit den Zielen der Union unvereinbar abzulehnen.

Für die Prüfung der unionsrechtlich nicht näher bestimmten Integrationsanforderungen bedeutet dies, dass nicht positiv geprüft werden soll, ob sich die aufgefundenen gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen in die Ziele, Aufgaben und den Charakter des Unionsrechts einfügen. Es soll vielmehr eine Legitimationskontrolle der Argumente vorgenommen werden, mit denen die Unionsgerichte und die Kommission eine vollständige Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes im Kartellermittlungsverfahren ablehnen. Die derzeit vorgebrachten Argumente gegen eine Ausweitung der Selbstbelastungsfreiheit sollen daher nachfolgend auf ihre Legitimität hin überprüft werden.

---

[391] In diesem Sinne wohl auch *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 58.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Gründe gegen die Vermutung der Integrierbarkeit

Die kartellrechtsspezifischen *Ziele*, *Aufgaben*, *Strukturen* und das *Recht* der Union entsprechen den bereits dargestellten Schutzzwecken des Europäischen Wettbewerbsrechts.[392] Der Wettbewerb soll als Teil der Wirtschaftsverfassung die offene Marktwirtschaft und den Binnenmarkt schützen und sogleich als Rechtsgut seine wirtschaftlichen, gesellschaftlichen sowie integrativen Funktionen erfüllen. Der Wettbewerb ist daher vor den schädlichen Auswirkungen von *hard-core*-Kartellen zu schützen. Damit schließt sich der Kreis der Untersuchung in Bezug auf das eingangs veranschaulichte Spannungsverhältnis wechselseitiger Interessen der Generaldirektion Wettbewerb an einer effektiven Verfolgung von Kartellzuwiderhandlungen und den rechtsstaatlichen Abwehrinteressen betroffener Unternehmen, hinsichtlich derer GA Geelhoed formulierte:

> „[…], dass das Zusammenspiel zwischen den Grundrechten juristischer Personen und der Durchsetzung des Wettbewerbs ein Balanceakt bleibt: Auf dem Spiel stehen der Schutz der Grundrechte einerseits und die wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft andererseits."[393]

Die Gründe gegen die Integration einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung eines vollständigen nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen im Kartellvorermittlungsverfahren müssen sich daher kontextspezifisch auf die effektive und abschreckende Wirksamkeit des Europäischen Wettbewerbsrechts beziehen. Es bedarf sachlicher, in den Errichtungs- oder Funktionsbedingungen des Gemeinsamen Markts liegender Gründe.[394] Mit anderen Worten ist zu prüfen, ob die Gewährleistung einer Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit für Unternehmen die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsschutzes, des Binnenmarkts oder der Kommission angemessen berücksichtigt.

Die vom EuGH diesbezüglich vorgetragenen Argumente gegen eine vollständige Gewährleistung des nemo tenetur-Grundsatzes sind der Erhalt der *praktischen Wirksamkeit* europäischer Kartellermittlung sowie deren *Komplexität*. Die Gründe sollen nachfolgend auf ihre Legitimität hin überprüft werden. Dies bedeutet, dass analysiert werden soll, ob die Kriterien überhaupt überzeugend herangezogen werden können, um die Integration anzulehnen. Vogel unterscheidet dabei zwischen der rechtsinternen methodologischen Legitimation als objektive Teleologie eines Rechtsinstituts und der rechtsexter-

---

392 Vgl. oben unter 1. Teil 1. Kap. § 1 A.

393 Schlussanträge GA Geelhoed v. 19.1.2006 – SGL Carbon – Rs. C-301/04 P, ECLI:EU:C:2006:53, Rn. 67.

394 *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 336.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nen Legitimation, die sich auf die Praktikabilität und Effektivität des Rechtsinstituts konzentriert.[395]

I. Erhalt der praktischen Wirksamkeit

Zur Legitimation der Geltungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes führt der EuGH in ständiger Rechtsprechung die Notwendigkeit des Erhalts der Effektivität[396] und *praktischen Wirksamkeit* („useful effect"; „effet utile") des Europäischen Wettbewerbsrechts an.[397]

Die praktische Wirksamkeit ist als *effet utile* die praxisbezogene teleologische Auslegungsmethode des Europäischen Gerichtshofs, wonach europäische Normen so auszulegen sind, dass sie maximalen Nutzen für die europäische Integration entfalten.[398] Deren Telos ist jedoch nicht die „Vertragsauslegung im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse", wie das BVerfG im *Maastricht*-Urteil zunächst annahm, sondern eine Auslegung, die den Normcharakter der Unionsvorschrift ernst nimmt und die mit der Bestimmung verfolgten Ziele möglichst effektiv zur Geltung zu bringen versucht.[399] Bezugspunkt der praktischen Wirksamkeit bilden dabei die bereits eingangs dargestellte Bedeutung des Wettbewerbsrechts als Strukturelement des gemeinsamen Binnenmarkts, der Erhalt der Wirtschaftsverfassung und die Verwirklichung der Grundfreiheiten, für den der Wettbewerb in seinen mannigfaltigen Funktionen das Fundament bildet.[400]

Der *effet utile* muss allerdings im Hinblick auf weitere Schutzziele beschränkt werden. Wils schlussfolgert aus der Hierarchie der europäischen Rechtsordnung, dass die fundamentalen Verfahrensgrundrechte sowie die Art. 101 und Art. 102 AEUV den gleichen Rang besitzen und wechselseitig Berücksichtigung beanspruchen.[401] Artikel 101 und Art. 102 AEUV müssten daher die Verfahrensgrundrechte respektieren, diese aber gleichzeitig so aus-

---

395 *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 336, allerdings in Bezug auf die Genese eines allgemeinen, aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen hergeleiteten unionsrechtlichen Sanktionenrechts.

396 EuGH, U. v. 18.9.2003 – Volkswagen – Rs. C-338/00 P, ECLI:EU:C:2003:473, Rn. 97, nicht bezogen auf den Schweigegrundsatz, sondern die Einordnung einer kriminalstrafrechtlichen Rechtsnatur.

397 Dazu sogleich ausführlicher; EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 34; EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 66.

398 *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen, „effet utile".

399 *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 32; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 EUV, Rn. 57 f.

400 Vgl. Hierzu schon oben unter 1. Teil 1. Kap. § 2 A.

401 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gelegt und angewendet werden, dass sie eine effektive Durchsetzung der kartellrechtlichen Schutzzwecke ermöglichen.[402] Beide Interessen müssen danach im Sinne einer praktischen Konkordanz gegeneinander abgewogen und zum Ausgleich gebracht werden.

Der EuGH hat im bereits dargestellten *Orkem*-Urteil[403] sein bis heute gültiges Abwägungsergebnis zwischen der Effektivität der Kartellermittlungen und der Selbstbelastungsfreiheit von Unternehmen begründet. Danach ist die Kommission:

> „[…] um der Erhaltung der praktischen Wirksamkeit […] willen berechtigt, das Unternehmen zu verpflichten, ihr alle erforderlichen Ankünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und ihr erforderlichenfalls die in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln, selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betroffenen […] Unternehmens zu erbringen."[404]

Die Kommission dürfe jedoch durch die Auskunftsentscheidung:

> „nicht die Verteidigungsrechte des Unternehmens beeinträchtigen."[405]

Das EuG fügt später erläuternd hinzu, dass ein uneingeschränktes (sog. absolutes) Aussageverweigerungsrecht, das die Nichtbeantwortung sämtlicher rein tatsächlicher Fragen umfasst, über das hinausgeht, was für die Wahrung der Rechte der Verteidigung der Unternehmen erforderlich sei, und daher eine ungerechtfertigte Behinderung der Kommission bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgabe darstelle, über die Einhaltung der Wettbewerbsregeln im Binnenmarkt zu wachen.[406]

---

402 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 17.

403 Vgl. oben unter 3. Teil 2. Kap. § 2 B. I. 1.

404 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 34, damals in Bezug auf Art. 11 Abs. 2 u. 5 der VO Nr. 17/62, mithin von Auskunftsverlangen; diese Ansicht hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung nicht verändert: EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61; Rn. 65; EuGH, U. v. 15.10.2002 – Limburgse Vinyl Maatschappij – Rs. C-238/99 P, ECLI:EU:C:2002:582, Rn. 272 f.; EuGH, U. v. 29.6.2006 – SGL Carbon – Rs. C-301/04 P, Rn. 41; EuGH, U. v. 25.1.2007 – Dalmine – Rs. C-407/04 P, ECLI:EU:C:2007:53, Rn. 34; EuGH, U. v. 24.9.2009 – Erste Group Bank – Rs. C-125/07 P, ECLI:EU:C:2009:576, Rn. 271; vgl. auch in Hinblick auf die Schadensersatzansprüche Kartellgeschädigter Dritter, EuGH, U. v. 6.10.2021 – Sumal – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 33; vgl. in Hinblick auf die Kronzeugenregelung: EuGH, U. v. 3.6.2021 – Recylex u. a. – Rs. C-563/19 P, ECLI:EU:C:2021:428, Rn. 32 f.

405 EuGH, U. v. 18.10.1989 – Orkem – Rs. C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, Rn. 34.

406 EuG, U. v. 20.4.1999 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a. – Rs. T-305/94 u. a., ECLI:EU:T:1999:80, Rn. 448; EuG, U. v. 20.2.2001 – Mannesmannröhren-Werke – Rs. T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61, Rn. 66; EuG, U. v. 28.4.2010 – Amann & Söhne – Rs. T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, Rn. 326 f.; EuG, U. v. 14.3.2014 – Buzzi

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Kritik an der fehlenden Abwägung

Die Gerichte nehmen keine Abwägung zwischen der Effektivität der Kartellermittlungen und dem Schweigerecht von Unternehmen zur Erlangung einer praktischen Konkordanz vor. Durch den Ausschluss eines uneingeschränkten absoluten Aussageverweigerungsrechts bleibt die entscheidende Frage offen, weshalb das Aussageverweigerungsrecht sodann zwingend auf den für die Wahrung der Verteidigungsrechte erforderlichen absoluten Mindestschutz zu reduzieren ist.

Die Gerichte scheinen jedenfalls nicht die bestmögliche Lösung im Sinne eines möglichst hohen Grundrechtsschutzniveaus, sondern einseitig die Effektivität der Kartellermittlung als Intention gehabt zu haben. Es fehlen Ausführungen dazu, weshalb eine weitergehende, aber nicht absolute Selbstbelastungsfreiheit zu einer ungerechtfertigten Einschränkung oder gar zum Verlust der praktischen Wirksamkeit führen würde. Erforderlich wären praxisorientierte Überlegungen, die sich spezifisch mit den Anforderungen effektiver europäischer Kartellermittlungen gegenüber Unternehmen auseinandersetzen.

Als Ausgangspunkt müssten dabei die Bedürfnisse der Europäischen Kommission im Rahmen der Kartellermittlungen analysiert und den faktischen Auswirkungen einer erweiterten Selbstbelastungsfreiheit gegenübergestellt werden. Betrachtete man etwa, wie bereits erläutert, die Kartellaufdeckung als den wesentlichen Hintergrund effektiver Ermittlungen, spielte die Selbstbelastungsfreiheit von vornherein keine Rolle.[407] Unternehmen sind nicht zur Aufdeckung eines Wettbewerbsverstoßes verpflichtet, sondern können höchstens über die Kronzeugenregelung eine Bußgeldreduktion oder -aufhebung erreichen.[408] Zur Anhebung der Selbstanzeigen müsste die Kronzeugenregelung attraktiver gestaltet werden, etwa indem die Möglichkeiten für Schadensersatzklagen ggü. dem Kronzeugen weitergehender eingeschränkt werden.

Die Ausweitung der Selbstbelastungsfreiheit könnte allerdings die Effektivität der Informationsgewinnung der Kommission beeinträchtigen. Grenzüberschreitend tätige Unternehmen können komplex strukturiert sein und

---

Unicem – Rs. T-297/11, ECLI:EU:T:2014:122, Rn. 60. vgl. auch GA Pikamäe, Schlussanträge v. 27.10.2020 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, Rn. 91; kritisch: *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 99.

[407] 1. Teil 1 Kap. § 1 B. III. 2. b).

[408] Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, Abl. 2006, C-298/17. Dabei müssen sie, um in den Genuss der Bußgeldreduktion zu gelangen, vollständig kooperieren, alle Beweismittel vorlegen, die zu weiteren Informationen führen und die Kommission nicht bereits selbst über ausreichende Beweismittel verfügt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kartellrechtsrelevante Informationen – aufgrund des weiten Unternehmensbegriffs – im Konzern verstreut sein. Im digitalen Zeitalter können Daten zudem überall auf der Welt gespeichert werden.

In der Praxis dürfte aber oftmals nicht die Informationsgewinnung, sondern deren Verarbeitung und Verständnis eine Rolle spielen. Wird die Kommission auf ein potenziell kartellrechtlich relevantes Verhalten aufmerksam und führt aufgrund des geringen Anfangsverdachts zügig Nachprüfungen vor Ort durch, dürfte die primäre Verteidigungsstrategie der Betroffenen darin bestehen, einen Marker bei den relevanten Kartellbehörden zu setzen, um sodann über einen Antrag auf Kronzeugenbehandlung eine Aufhebung oder Reduktion der Kartellbuße zu erreichen.[409] Dies bedingt wiederrum eine Kooperationspflicht[410], die dazu führen kann, dass Unternehmen freiwillig immense Datenmengen liefern. Die Effektivität der Kartellermittlung ist in diesen Fällen oftmals durch die Über- und nicht die Unterversorgung an Informationen gefährdet.[411] Auch dies wird – im Gegenteil – durch den Ausschluss der Selbstbelastungsfreiheit nicht verhindert. Die Selbstbelastungsfreiheit gilt nach der Rechtsprechung des EuGH ferner nicht bei der freiwilligen Herausgabe von Unterlagen ohne Zwang sowie bei bereits vorhandenen Unterlagen.[412] Relevant wird die Selbstbelastungsfreiheit also dort, wo die Kommission im Rahmen einer Durchsuchung keine Unterlagen, E-Mails, Dokumente etc. findet oder diese ohne weiterführende Erläuterungen des Unternehmens nicht versteht und kein Kronzeuge vorhanden ist. Dort kann spezifisch bei Unternehmen das Problem bestehen, dass die verantwortlichen Mitarbeitenden das Unternehmen verlassen und Informationen dadurch verloren gehen.[413] Selbst wenn diese Verfahren den überwiegenden Anteil der Ermittlungen der Europäischen Kommission ausmachten, bliebe fraglich, ob die effektive Informationsgewinnung nicht auch ohne massivste Grundrechtseinschränkung sicher-

---

[409] Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, Abl. 2006, C-298/17, Ziff. 14.

[410] Das Unternehmen muss ab dem Zeitpunkt der Antragstellung während des gesamten Verwaltungsverfahrens ernsthaft, in vollem Umfang, kontinuierlich und zügig mit der Kommission zusammenarbeiten, vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, Abl. 2006, C-298/17, Ziff. 12.

[411] In der Praxis hat die Kommission spezielle IT-Strukturen etabliert. Zudem werden im Rahmen von Nachfragen spezifische Antworten in Hinblick auf die Einordnung der Informationen verlangt. Es genügt also nicht, die Kommission einfach mit Material zu überhäufen.

[412] EuGH, U. v. 28.1.2021 – Qualcomm – Rs. C-466/19 P, ECLI:EU:C:2021:76, Rn. 146.

[413] Im Rahmen der Kronzeugenregelung ist das Unternehmen hingegen verpflichtet, dafür zu sorgen, dass frühere Mitarbeitende für Befragungen der Kommission zur Verfügung stehen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gestellt werden kann. So könnten etwa im Rahmen des Kronzeugenprogramms – das in den vergangenen Jahren erheblich an Attraktivität verloren hat – die Prozentsätze der Bußgeldermäßigung angehoben oder Schadensersatzklagen in größerem Umfang ausgeschlossen werden.[414] In diesem Zusammenhang ist zu rekapitulieren, dass der EuGH der Europäischen Kommission auch bei der Determinierung des Bußgeldniveaus als funktionales Strukturelement der Wettbewerbspolitik ein weites Ermessen einräumt, wobei sie „im Interesse der praktischen Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln jederzeit das Niveau der Geldbußen den Erfordernissen dieser Politik anpassen können" müsse.[415]

Ohne ein klares Bekenntnis dazu, was für eine effektive Kartellverfolgung der Europäischen Kommission spezifisch in Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit erforderlich ist, kann vorliegend nicht legitimatorisch nachvollzogen werden, wie die Gerichte zum dargestellten Abwägungsergebnis gelangen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil nur schwerlich behauptet werden kann, die Anforderungen an die effektive Kartellverfolgung hätten sich seit dem Jahr 1989 in Bezug auf die Selbstbelastungsfreiheit nicht verändert.

2. Kritik an der Tauglichkeit und Zulässigkeit des Kriteriums

Grundlegender sind zudem die Tauglichkeit und die Zulässigkeit der Erforderlichkeit der Kartellermittlungen als Abwägungskriterium infrage zu stellen. Zweifelsohne stellt der Erhalt der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, der Marktwirtschaft und der Grundfreiheiten ein legitimes und schützenswertes Ziel des Unionsrechts dar, das unbestreitbar durch Wettbewerbsbeschränkungen beeinträchtigt wird.[416] Aufgrund der geringen Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellverstößen sind die Casehandler der Generaldirektion Wettbewerb darüber hinaus in hohem Maße auf interne Dokumente, Zeugenaussagen und Erläuterungen von Mitarbeitern eines Unternehmens angewiesen.[417] Dem Gesetzgeber wird auch ein politischer Beurteilungsspielraum zustehen, wie er diese Ziele erreichen will und wo die Grenze der unzulässigen

---

414 Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, Abl. 2006, C-298/17, Ziffer 26; vgl. hierzu aber auch *Jaspers/Jany*, Journal of European Competition Law & Practice, S. 1 ff.

415 EuGH, U. v. 7.6.1983 – Musique Diffusion française – Rs. 100 bis 103/80, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 108 f.

416 Vgl. zu den Auswirkungen von hard-core Zuwiderhandlungen für die Funktionen des Wettbewerbs(rechts) oben: 1. Teil 1. Kap. § 1 B.

417 Vgl. zur geringen Aufdeckungswahrscheinlichkeit und den Folgen von Kartellverstößen schon oben unter 1. Teil 1.Kap. § 1 B. III. 2. a); *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 23.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Grundrechtsbeeinträchtigung liegen soll.[418] Die Generaldirektion Wettbewerb ist zum Erhalt dieser Ziele daher auf die Möglichkeit angewiesen, von Unternehmen effektiv Auskünfte zu verlangen und Nachprüfungen durchzuführen.[419]

Die Ausführungen der Unionsgerichte vermögen derart pauschal indes nicht zu überzeugen. Die praktische Wirksamkeit oder der *effet utile* erscheinen als Auslegungs- und Legitimationskriterium einer Reduktion des nemo tenetur-Grundsatzes auf ein Geständnisverweigerungsrecht bereits unzulässig, jedenfalls jedoch untauglich. Dies wird deutlich, wenn man die Rechtsprechung des EGMR zum Effizienzkriterium berücksichtigt, die nach Art. 52 Abs. 3 GRCh ebenfalls bei der Auslegung der Bedeutung und Tragweite der Grundrechte in Art. 47 und Art. 48 GRCH zu berücksichtigen ist. Nach den Erläuterungen der Charta entspricht Art. 47 Abs. 2 GRCh zudem Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 48 GRCh dem Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK. Deren Auslegung durch den EGMR hat der EuGH als Mindestschutzstandard zu berücksichtigen.[420]

a) Unzulässigkeit des Kriteriums

Das Recht zu schweigen ist nach der Rechtsprechung des EGMR kein absolutes Recht und muss bis zu seinem Wesensgehalt im Rahmen der Verhältnismäßigkeit beschränkt werden.[421] Begreift man die praktische Wirksamkeit als Effizienz- und praktische Durchsetzbarkeitserwägung im Rahmen der Auslegung des materiellen Rechts, hat der EGMR an verschieden Stellen betont, dass derlei Erwägungen – gegenüber *natürlichen* Personen – keinerlei zulässige Legitimationswirkung für die Reduktion des nemo tenetur-Grundsatzes nach Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellen.[422]

Der EGMR hat sich in mehreren Entscheidungen mit der Frage befasst, ob die Anwendungsreduktion des nemo tenetur-Grundsatzes legitim ist, wenn strafrechtliche Vorwürfe Bereiche betreffen, die sich durch die Komplexität

---

418 Vgl. kritisch: *Calliess*, EuZW 2001, S. 261, S. 262.

419 Vgl. *F. Meyer*, FK Art. 23 VO 1/2003, Rn. 10.

420 EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 37 und die dort angegebene Rechtsprechung.

421 *F. Meyer*, Karpenstein/Mayer, Art. 6 EMRK, Rn. 143; vgl. EGMR, U. v. 18.2.2010 – Zaichenko/Russland – Nr. 39660/02, Rn. 39; EGMR, U. v. 4.10.2022 – de Legé/Niederlande – Nr. 58342/15, Rn. 68.

422 Vgl. hierzu *Gleß*, in: FS Beulke, S. 723 ff.; Dannecker will die strafrechtlichen Fundamentalgrundsätze überhaupt nicht durch das unionsrechtliche Effektivitätsgebot einschränkbar wissen, vgl. *G. Dannecker*, NZKart 2015, S. 25, S. 29 f.; vgl. auch *C. Dannecker*, ZStW 2015 (2) S. 370, S. 384 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Sachverhaltsaufklärung auszeichnen wie das Kartellermittlungsverfahren, bei denen sich besondere Aufklärungsschwierigkeiten ergeben. Als Legitimierungsgrundlage dient die Funktionsfähigkeit der effektiven Strafverfolgung und -sanktionierung, die ohne derartige Mitwirkungspflichten nicht gewährleistet wäre.[423]

aa) Urteil Funke/Frankreich v. 25.2.1993

In der Entscheidung *Funke* urteilte der EGMR über die Vereinbarkeit des Art. 65-1 des französischen Zollgesetzbuchs mit der EMRK, der für Zollinspektoren im Rahmen von Durchsuchungen das Recht vorsah, gegenüber natürlichen und juristischen Personen die bußgeldbewehrte Mitwirkung- und Herausgabe von Dokumenten zu verlangen, die für die Untersuchung möglicherweise von Interesse sind.[424] Dem Verweis der nationalen Gerichte, die Maßnahme sei in der „demokratischen Gesellschaft notwendig, u. a. um die Interessen der ökonomischen Wohlergehens des Landes und zur Verhütung von Störungen der öffentlichen Ordnung oder Verbrechen zu verhindern", bzw. es sei ohne eine Mitwirkungspflicht „zu befürchten, dass die Vollstreckung der Entscheidung in einem späteren strafrechtlichen Verfahren unmöglich oder wesentlich erschwert würde"[425], folgte der EGMR indes nicht. Viel eher seien die „Besonderheiten des Zollrechts" untauglich eine Verletzung des Rechts jeder „einer Straftat angeklagten Person", zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten zu rechtfertigen, weshalb die bußgeldbewehrte Mitwirkungspflicht unfair und mit Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar sei.[426]

bb) Urteil Saunders/Vereinigtes Königreich v. 17.12.1996

Der Fall *Saunders* betraf die Zulässigkeit der Verwertung selbstbelastender Informationen, die ein „Angeklagter" gegenüber Inspektoren der Handels- und Industriebehörde im Rahmen von Untersuchungen machte. Artikel 434 Abs. 1 lit. a des *Companies Acts* von 1985 sah eine Mitwirkungs- und Herausgabepflicht für alle im Besitz des Unternehmens befindlichen Unterlagen vor, die als Beweis in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegen natürliche Personen verwendet werden durften.[427]

---

423 *Dannecker*, ZStW 127 2015, S. 991, S. 992 f.

424 EGMR, U. v. 25.2.1993 – Funke/Frankreich – Nr. 10828/84, Rn. 28 ff.

425 EGMR, U. v. 25.2.1993 – Funke/Frankreich – Nr. 10828/84, Rn. 14 und 22.

426 EGMR, U. v. 25.2.1993 – Funke/Frankreich – Nr. 10828/84, Rn. 44.

427 EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 47 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die britische Regierung argumentierte – ähnlich wie im hier vorgeschlagenen Untersuchungsansatz – rechtsvergleichend, dass auch andere Länder, etwa Norwegen, Kanada, Australien, Neuseeland oder die Vereinigten Staaten von Amerika, eine verpflichtende Mitwirkungs- und Herausgabepflicht für juristische Personen in Finanzbetrugsfällen vorsähen, die später in kriminalstrafrechtlichen Verfahren verwendet werden dürften.[428] Nicht jede Mitwirkungspflicht bewirke, dass das Verfahren unfair sei, insbesondere, wenn die Inspektoren unabhängig und weitere Verfahrensrechte gewahrt seien.[429] Vor allem existiere ein öffentliches Interesse an einer effektiven Strafverfolgung komplexer Betrugsfälle gegenüber Unternehmen, das durch undurchsichtige Gesellschafts- und Finanzstrukturen, gefälschte Buchhaltungsunterlagen, die durch erfahrene Mitarbeitende des Unternehmens verdeckt würden, den Zugang zu fachkundiger Rechtsberatung sowie die Vorteile beschränkter Unternehmenshaftung gefährdet sei.[430] Der EGMR lässt diese Argumente jedoch nicht zu:

> „It [der EGMR, Anmk. d. Verf.] does not accept the Government's argument that the complexity of corporate fraud and the vital public interest in the investigation of such fraud and the punishment of those responsible could justify such a marked departure as that which occurred in the present case from one of the basic principles of a fair procedure."[431]

Er fügt hinzu, dass die allgemeinen Fairnessanforderungen des Art. 6 EMRK, auch die Selbstbelastungsfreiheit, in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ohne Unterscheidung in Bezug auf jedweden, *vom einfachsten bis zum komplexesten Straftatbestand*, Anwendung finden. Auch in nichtgerichtlichen Ermittlungsverfahren vermag das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung daher kein Abweichen von den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK in Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit und Mitwirkungspflichten zur Herausgabe von Dokumenten zu rechtfertigen, weshalb das Verfahren unfair war und eine Verletzung des nemo tenetur-Grundsatzes festgestellt wurde. Der

---

428 EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 62.

429 EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 63.

430 EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 64.

431 EGMR, U. v. 17.12.1996 – Saunders/Vereinigtes Königreich – Nr. 19187/91, Rn. 74: [deutsch:] „Es [das Gericht, Anm. d. Verf.] lässt das Argument der Regierung, dass die Komplexität des Unternehmensbetrugs und das berechtigte öffentliche Interesse an der Untersuchung solcher Betrügereien und die Bestrafung der Verantwortlichen ein so deutliches Abweichen von einem der Grundprinzipien eines fairen Verfahrens rechtfertigen können, wie es im vorliegenden Fall geschehen ist, nicht gelten."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

EGMR hat diese Rechtsprechung wiederholt und ausdrücklich in weiteren Urteilen bestätigt.[432]

cc) Urteil J. B./Schweiz v. 3.5.2001

Diese Grundsätze hat der EGMR ausdrücklich auf *verwaltungsrechtliche* Verfahren übertragen.[433] Die Entscheidung *J.B.* betraf bußgeldbewehrte unternehmerische Mitwirkungspflichten im Rahmen von Steuerhinterziehungsverfahren der schweizerischen Bezirkssteuerkommission. Artikel 13 Abs. 1 des schweizerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes sieht Mitwirkungspflichten der Parteien an der Feststellung des Sachverhalts vor. Das Schweizer Bundesgericht kam zu dem Ergebnis, dass im verwaltungsrechtlichen Steuerveranlagungsverfahren vom Steuerpflichtigen durch Buße erzwungenermaßen herausgegebene Informationen auch im strafrechtlichen Steuerhinterziehungsverfahren verwendet werden dürfen.[434] Das Bundesgericht begründete dies pragmatisch damit, dass die Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen das Korrelat zur Beweislast der Steuerermittlungsbehörde sei. Ohne diese könne eine gesetzmäßige und rechtsgleiche Besteuerung nie gelingen, „weil über seine finanziellen Verhältnisse in der Regel allein der Steuerpflichtige umfassen Auskunft geben kann“[435]. Die Mitwirkungspflicht – die zumal in anderen Rechtsgebieten ebenfalls existiere – sei daher „das mildeste Mittel, um solchen Beweisschwierigkeiten zu begegnen“, wobei das Steuersystem „ernsthaft in Frage gestellt [wäre, Anmk. d. Verf.] würde hier ein Aussageverweigerungsrecht angenommen […], weil dann bereits das normale Einschätzungsverfahren […] nach strafprozessualen Grundsätzen ablaufen müsste“[436]. Dies führe zu dem für das Bundesgericht einfachen Aushebelungsmechanismus der effektiven Steuerstrafverfahren, denn:

> „es würde genügen, dass sich der Steuerpflichtige auf die eigene Steuerhinterziehung beruft, um sich auf diese Weise seiner Mitwirkungspflichten entledigen und jede Kontrolle erschweren, wenn nicht gar verunmöglichen zu können.“[437]

---

432 EGMR, U. v. 21.12.2000 – Heaney u. McGuinness/Irland – Nr. 34720/97, Rn. 57; EGMR, U. v. 4.10.2005 – Shannon/Vereinigtes Königreich – Nr. 6563/03, Rn. 38; EGMR, U. v. 21.4.2009 – Marttinen/Finland – Nr. 19235/03, Rn. 74.

433 EGMR, U. v. 3.5.2001 – J.B./Schweiz – Nr. 31827/96.

434 Schweizer Bundesgericht, U. v. 7.6.1995, Nr. 121 II 273, S. 289; vgl. auch *Gleß*, in: FS Beulke, S. 729.

435 BGE a. a. O., S. 285.

436 BGE a. a. O., S. 285.

437 BGE a. a. O., S. 285.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dies, so das Bundesgericht, könne weder Sinn noch Zweck der durch Art. 6 EMRK und Art. 14 IPbpR garantierten Rechte sein.[438] Der EGMR folgt der Argumentation des Bundesgerichts nicht, das die Aufteilung zwischen verwaltungsrechtlichen Steuerermittlungen und strafrechtlichen Steuerhinterziehungsverfahren und damit die Wirkung der Strafverfahrensrechte mit im „politisches Ermessen" stehenden Praktikabilitätserwägungen zu legitimieren versuchte. Der EGMR stellte vielmehr Verletzung von Art. 6 EMRK fest.[439] Für die Verletzung von Art. 6 EMRK sei ausreichend, dass Informationen für ein Strafverfahren verwendet wurden, die vom Beschuldigten unter einer Herausgabepflicht erlangt wurden.[440]

dd) Stellungnahme

Der EGMR hat wiederholt und ausdrücklich festgestellt, dass Mitwirkungspflichten im Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK – gegenüber natürlichen Personen – nicht allein mit der *Komplexität*, *Beweisschwierigkeiten*, *Effizienz* oder *vitalen öffentlichen Interessen* des Ermittlungsverfahrens gerechtfertigt werden können. Die Effektivität des strafrechtlichen Verfahrens kann eine Reduktion des nemo tenetur-Grundsatzes daher nicht rechtfertigen.[441]

Dies dürfte dem Grunde nach auch für Unternehmen und juristische Personen im europäischen Kartellermittlungsverfahren gelten. Dafür spricht zum einen, dass die Entscheidungen des EGMR nicht nur den Bereich des Kernstrafrechts betrafen und das Europäische Wettbewerbsrecht dem Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK unterfällt. Zum anderen können Zweckmäßigkeits- und Effizienzerwägungen in Verfahren mit repressiven und präventiven Sanktionszwecken lediglich eine untergeordnete Rolle spielen.[442] Die strenge Förmlichkeit ist wesensmäßiger Charakter strafrechtlicher Verfahrensgrundsätze, die demnach grundsätzlich keiner Effizienzabwägung zugänglich sind.[443] Strafrechtliche Sanktion reduzieren ihrer Natur nach die Effektivität von Ermittlungsverfahren, weil sie gerade die Wahrheitsermittlung um jeden Preis verhindern sollen. Aus Effektivitätsgesichtspunkten ließe sich jede noch so einschneidende Ermittlungsmaßnahme rechtfertigen. So hatte

438 BGE a. a. O., S. 286.

439 EGMR, U. v. 3.5.2001 – J.B./Schweiz – Nr. 31827/96, Rn. 70.

440 EGMR, U. v. 3.5.2001 – J.B./Schweiz – Nr. 31827/96, Rn. 68; vgl. auch *Gleß*, in: FS Beulke, S. 730.

441 EGMR, U. v. 21.12.2000 – Heaney u. McGuinness/Irland – Nr. 34720/97, Rn. 57; EGMR, U. v. 21.4.2009 – Marttinen/Finland – Nr. 19235/03, Rn. 74.

442 *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 266, der dies sogar für strafrechtliche Sanktionen insgesamt verbieten will.

443 *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 264.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der EuGH in früheren Entscheidungen, die die Rechtsnatur der Kartellbuße betrafen, die generelle Anwendung strafrechtlicher Verfahrensgrundsätze im Kartellermittlungsverfahren verneint mit der Begründung:

> „Folgte man der Ansicht der Rechtsmittelführerin, wäre außerdem die Effektivität des Wettbewerbsrechts ernsthaft gefährdet."[444]

Es wurde jedoch bereits festgestellt, dass es sich bei der Kartellbuße um eine strafrechtliche Sanktion i. S. d. EMRK und GRCh handelt.[445] Dies spricht dafür im Rahmen des kartellrechtlichen Vorermittlungsverfahrens, insbesondere der förmlichen Befragung und Nachprüfung, in der Unternehmen die „Angeklagteneigenschaft" zusteht, der Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte wie dem nemo tenetur-Grundsatz aufgrund der Komplexität, Beweisschwierigkeiten, Effizient oder vitalen öffentlichen Interessen grundsätzlich die Legitimität zu versagen. In der Folge können reine Effektivitätserwägungen daher auch kein legitimer Grund gegen die Integrierbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes als allgemeiner Grundsatz in das Unionsrecht sein.

Der EGMR bezieht sich in seinen Urteilen jedoch gerade nicht explizit auf Ermittlungsverfahren gegen juristische Personen. Es ist daher vorstellbar, dass Effizienzerwägungen dort jedenfalls eine größere Bedeutung beizumessen sein könnte. Ermittlungsverfahren gegen Unternehmen könnten als komplex angesehen werden und die Beweisschwierigkeiten einen Grad erreichen, der eine jedenfalls stärkere Berücksichtigung der Effizienz verlangt. Nicht überzeugend ist es vor diesem Hintergrund allerdings, wenn die Unionsgerichte gegenüber natürlichen Personen ein strikt unzulässiges Argument begründungslos als Reduktionskriterium gegen juristische Personen heranziehen. Diese führen zudem nicht aus, worin genau die Effizienzdefizite im kartellrechtlichen Ermittlungsverfahren hypothetisch bestehen würden, gewährte man Unternehmen ein weitergehendes Schweigerecht oder weise dies nach. Der pauschale Verweis auf den *effet utile* greift daher zu kurz.

Aus der *Consob*-Entscheidung des EuGH, die die Selbstbelastungsfreiheit für natürliche Personen ausdrücklich aus Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 GRCh herleitet, um dann festzustellen, dass die verkürzte Selbstbelastungsfreiheit, wie sie gegenüber Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – im Sinne eines Geständnisverweigerungsrechts – gilt, nicht auch zur Begründung der

---

[444] EuGH, U. v. 18.9.2003 – Volkswagen – Rs. C-338/00 P, ECLI:EU:C:2003:473, Rn. 97.

[445] Vgl. oben 2. Teil 2. Kap. § 1 A. III., sowie die Rechtsausführungen von GAin Sharpston, Schlussanträge v. 10.2.2011 – KME Germany – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 64; für *Wils* war dies bereits 2010 „no longer news", *Wils*, World Competition 33, 2010, S. 5, S. 13; GA Vesterdorf kommt bereits 1991 zu diesem Ergebnis in seinen Schlussanträgen v. 10.7.1991 – Rhône-Poulenc – Rs. T-1/89, ECLI:EU:T:1991:38, S. 885.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Reduktion der Selbstbelastungsfreiheit gegenüber natürlichen Personen herangezogen werden kann, ergeben sich konsequenterweise auch Rechtsfolgen für den umgekehrten Fall. Aufgrund der Wertung dieser Entscheidung, die die Gewährleistung eines adäquaten Schutzumfangs der Art. 47 und Art. 48 GRCh postuliert, reicht es nicht hin, auf die rein faktische strukturelle Divergenz zwischen natürlichen und juristischen Personen zu verweisen, um die so erheblich reduzierte Festlegung der Tragweite des Rechts zu schweigen begründungslos nicht entsprechend anzuwenden.[446] Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund des bereits oben festgestellten Legitimationsdefizits einer generellen strafverfahrensrechtlichen Legitimation aufgrund der Unternehmereigenschaft.[447] Dies spricht dafür, jedenfalls hohe Anforderungen an die „praktische Wirksamkeit" des Verfahrens zu stellen und nicht jedwede Beeinträchtigung genügen zu lassen.

b) Untauglichkeit des Kriteriums

Sieht man über die Zulässigkeitsbedenken hinweg, erscheint die praktische Wirksamkeit als Kriterium zudem zu unbestimmt, um die Vermutung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auszuschließen. Die Unionsgerichte definieren nicht, was die „praktischen Wirksamkeit" ist, noch wie weit sie reicht, wie sie messbar sein soll und wann deren Erhalt praktisch unmöglich, übermäßig erschwert, gefährdet oder verletzt ist. Vor diesem Hintergrund erscheint es ungenügend, Letzteres bloß zu behaupten. Ohne einen (empirischen) Nachweis, dass ein uneingeschränktes oder weiterreichendes Mitwirkungsverweigerungsrecht den Erhalt der praktischen Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts untergräbt, bleibt das Legitimationskriterium konturlos und im Ergebnis willkürlich. Wenn Wils also darauf abstellt, dass die Auslegung der fundamentalen Verfahrensgrundrechte auch den Effektivitätserhalt der Art. 101 und 102 AEUV praktisch konkordant zu berücksichtigen und abzuwägen hat,[448] ist ihm insoweit zuzustimmen. Diese Ausführungen taugen aber nicht zum Beweis der Behauptung, dass die *Orkem*-Rechtsprechung des EuGH zum Umfang der nemo tenetur-Rechte für Unternehmen, die Wils sodann als konkretes „Beispiel" für eine solche Abwägung heranzieht,[449] das grundrechtlich und rechtsstaatlich zulässige Ergebnis dieses „Balanceakts" ist. Soweit das EuG darauf abstellt, was zur Wahrung der Verteidigungsrechte „erforderlich" sei,

---

446 Vgl. so aber die Argumentation des EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 48 wieder aber unter umgekehrten Vorzeichen; *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 102.

447 Vgl. oben 3. Teil 4. Kap.

448 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 17.

449 *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 18.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wobei alles Darüberliegende sogleich eine nicht gerechtfertigte Behinderung der Kommission darstelle, ist dem entgegenzuhalten, dass damit die rechtsstaatliche Nachweispflicht verkannt wird. Die EU bleibt für die Sanktionierung und jedes Zurückbleiben hinter der vollständigen Gewährleistung strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren legitimationsbelastet. Dies gilt im besonderen Maße im Wettbewerbsrecht, wenn man dies als „delicta mere prohibita" versteht, also Verstöße nur deswegen sanktioniert werden, weil ein gesetzliches Verbot existiert.[450] Hängt die Verhältnismäßigkeit effektiver Ermittlungen und Sanktionen lediglich davon ab, was und in welchem Umfang der Gesetzgeber zum Schutzgut erklärt, wird jede Steigerung der Eingriffsbefugnisse, der Abschreckung oder der Effektivität zum zulässigen Schutzzweckerhalt. Akzeptiert man, dass es auch im europäischen Kartellermittlungsverfahren keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis gibt, gefährden Abwehrrechte grundsätzlich die Effektivität des Ermittlungsverfahrens und „behindern" dessen Durchführung aus Sicht der Ermittlungsbehörde.[451] Erforderlich ist daher ein genuin chartagrundrechtlicher Blick auf ein gerechtes abwehrrechtliches Schutzniveau von Freiheitsrechten und nicht nur einseitig der Erhalt der abschreckenden Wirkung von Kartellsanktionen zum Schutz der Wettbewerbspolitik. Eine bloße Beeinträchtigung der Effektivität des Ermittlungsverfahrens reicht – zumal deren Intensität nicht hinreichend abgesteckt ist – als Legitimationsgrund einer Verfahrensrechtereduktion für sich genommen nicht aus.

Vor diesem Hintergrund überzeugt es auch nicht, das Mindestschutzmaß des Art. 6 EMRK als pauschalierten Maximalstandard der Grundrechtecharta festzusetzen. Im Unterschied zum Eingriff des EuGH in die nationalen Kartellrechtsordnungen und der verfassungsrechtlichen Beschränkung nationaler Schutzstandards auf den Grundrechtsstandard der Charta im Interesse eines *effet utiles*, über den die nationale Regelung zum Schutz der effektiven Sanktionierung und Durchsetzung des Unionsrechts nicht hinausgehen soll,[452] steht hier bereits eine gemeinsame Verfassungstradition fest, anhand derer die Reichweite der Chartagrundrechte bestimmt werden soll. Damit geht der Anwendungsbereich des Effektivitätsgrundsatzes über den der gewöhnlichen Harmonierung der Grundrechte in einer Einzelrechtsordnung hinaus, die dazu führt, dass ein weitergehender nationaler Grundrechtsschutz unangewendet bleibt, wenn die Wirksamkeit des Unionsrechts unterminiert wird.[453]

---

450 Vgl. hierzu ausführlich auch *Thomas*, JZ 2011, S. 485, S. 490.

451 Für G. Dannecker und C. Dannecker „streuen Grundrechte ihrer Rechtsnatur nach stets Sand ins Getriebe der Justiz und erschweren die Durchsetzung des Rechts zu Gunsten der Freiheit", *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 169.

452 Vgl. *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, S. 162, S. 166.

453 *G. Dannecker*, NZKart 2015, S. 14, S. 14 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Würde der Effektivitätssicherung stets der uneingeschränkte Vorrang eingeräumt, wäre die Auslegung der Charta anhand der Verfassungstraditionen nach Art. 52 Abs. 4 GRCh obsolet. Es ist gerade die *raison d'être* der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung, zu überprüfen, ob ein bereits am *effet utile*-Grundsatz gemessener Grundrechtsschutz ausgedehnt werden muss. Marginal höherwertige nationale Grundrechtsstandards können daher nicht per se mit der erneuten Anwendung des *effet utile*-Gedankens auf den Schutzumfang der Charta gekürzt würden, weil der nationale Schutz über das „Erforderliche" hinausginge.

Soweit hiergegen eingewendet wird, die Abwägung anhand nationaler Verfahrensrechte dürfe sich nicht am Kriminalstrafrecht orientieren, weil sich das europäische Kartellverfahren gegen Unternehmen richtet,[454] ist dem entgegenzuhalten, dass die Untersuchung diesem Aspekt bereits durch die Wahl der nationalen Unternehmensstrafrechtsverfahren Rechnung getragen hat. Im Gegenteil erscheint es aus rechtsstaatlicher Sicht daher bedenklich, wenn die Mitgliedstaaten in einer gemeinsamen Tradition einen höheren Verfahrensstandard vorsehen, der pauschal von den Unionsgerichten als die Effektivität beeinträchtigend abgetan wird. Eine echte Abwägung im Sinne des propagierten Balanceakts findet damit gerade nicht statt, sondern wird einseitig – zu lasten von Unternehmen – auf das Mindestmaß festgesetzt, was den rechtsinternen legitimatorischen Anforderungen an einer Effektivitätsgefährdung zur Reduktion fundamentaler Verfahrensgrundrechte nicht gerecht wird. Hierfür wäre eine funktionale Auseinandersetzung mit dem Wesen der Selbstbelastungsfreiheit erforderlich.

3. Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Auffassung ist der Erhalt der praktischen Wirksamkeit der Kartellermittlungen zur Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren gegenwärtig nicht legitim. Zum einen sind bloße Effizienzerwägungen gegenüber natürlichen Personen im Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK unzulässig. Eine Begründung, weshalb dies allein aufgrund des Sanktionsadressaten bei Unternehmen nicht gelten soll, besteht nicht.

Zum anderen erscheint das Kriterium zu unbestimmt. Dies gilt jedenfalls, soweit Kommission und Unionsgerichte nicht ausführen, was für eine effiziente Kartellermittlung erforderlich ist und weshalb jegliche Anhebung der Verfahrensstandards die Wirksamkeit der Kartellermittlungen aufhebt. Offen bleiben auch Erwägungen dazu, inwieweit durch die Anpassung an die Kron-

[454] *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 19 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zeugenregelung oder andere Instrumente die Effektivität der Kartellermittlungen auch mit einer Ausweitung der Selbstbelastungsfreiheit erhalten bleiben kann. Eine Abwägung mit dem Ziel, einen möglichst hohen Grundrechtsschutz zu gewährleisten, wie es Art. 52 Abs. 4 GRCh vorsieht, findet gegenwärtig nicht statt.

Dies spricht dafür, den Erhalt der praktischen Wirksamkeit nicht als Argument gegen eine Integrierbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes als allgemeinen Rechtsgrundsatz in das Unionsrecht zuzulassen. Legitimatorisch reicht die gegenwärtige Begründung hierfür jedenfalls nicht aus.

Unberührt bleibt, die praktische Wirksamkeit bei einer ernsthaften Bedrohung der Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsfunktionen in Stellung zu bringen, bei denen die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsermittlungen nicht nur gestört, sondern deren Kernaufgabe ernsthaft bedroht ist.[455] Dies entspricht der oben dargestellten Prüfungsaufgabe des EuGH, die gemeinsame Verfassungstradition mit den Zielen, Aufgaben, dem besonderen Charakter der europäischen Integration sowie den spezifischen Bedürfnissen und Eigenheiten des Unionsrechts ganzheitlich in den Fokus zu nehmen. Nur ein effektives Sanktionssystem mit abschreckenden Sanktionen und effektiven Ermittlungsmaßnahmen erfüllt den Schutzauftrag des Rechtsguts Wettbewerb, der Zweck heiligt aber nicht jedes effektive Mittel. Wird der Wesensgehalt der Schutzfunktion des Wettbewerbs angetastet, die Ermittlungen also selbst nicht mehr durchführbar oder so erheblich erschwert, dass die effektive Ermittlung und Verfolgung von Zuwiderhandlungen nicht mehr möglich sind, erscheint es notwendiger und zwingender Verfahrensrechte einzuschränken. Auch die „Bedrohung der Funktionsfähigkeit“ ist keine generell-abstrakt determinierte Grenze, verhindert allerdings, dass jedwede geringfügige Beeinträchtigung der Wirksamkeit der Kartellermittlungen zu einer Verfahrensrechtereduktion führt.

Zu prüfen ist daher, ob die Komplexität der Kartellermittlungen einer Mitwirkungspflicht entgegensteht, da andernfalls die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs unterminiert würde.

[455] In diesem Sinne wohl auch: *Wils*, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5, S. 19.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Komplexität der Kartellermittlungen und geringe Aufklärungswahrscheinlichkeit

1. Komplexe Kartellermittlungen

Europäische Kartellermittlungen sind komplex.[456] Generalanwalt Gand betonte in diesem Zusammenhang bereits 1970 die besondere Stellung des Wettbewerbsrechts:

> „Das Wettbewerbsrecht hat im System des Gemeinschaftsrechts […] nicht nur die Funktionen, die ihm allgemein in den nationalen Rechtsordnungen zugewiesen werden; es soll außerdem und vor allem die Beseitigung der Schranken zwischen den Staaten und die Errichtung eines gemeinsamen Marktes ermöglichen."[457]

Dies mache Verletzungen des Wettbewerbsrechts nicht nur gefährlicher als in den nationalen Rechtsordnungen, sondern gestalte ebenfalls „die Ermittlungen der Zuwiderhandlungen umso schwieriger […], als die Gemeinschaft weitgehend von den Mitgliedstaaten, wenn nicht sogar […] von Drittstaaten abhängig ist".[458] Daher seien auch die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nur unter größtem Vorbehalt sowie unter Beachtung der Besonderheiten des Unionsrechts auf selbiges zu übertragen.[459] Erneut erfolgt eine primär rechtsexterne Legitimation in Form von Praktikabilitätserwägungen.

Die faktischen Schwierigkeiten der Kartellermittlungen beginnen bereits mit der zu Beginn der Untersuchung dargestellten geringen Aufdeckungswahrscheinlichkeit kartellrechtlicher Zuwiderhandlungen.[460] Diese ergibt sich aus der Geheimhaltung der Treffen und Absprachen, die eine Entdeckung geschweige denn Untersuchung, Aufklärung und Sanktionierung ohne die initiale Mitwirkung der beteiligten Unternehmen erschwert und unwahrscheinlich

---

[456] Beschluss des Rates vom 24. Oktober 1988 zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, mit dem Hinweis auf das Erfordernis eingehender Prüfung komplexer Sachverhalte in Wettbewerbssachen, Präambel, Abl. 1988 L 319/1; vgl. auch Schlussanträge GA Vesterdorf – Rhône-Poulenc – Rs. T-1/89, ECLI:EU:T:1991:38, Slg. 1991, II-867 (908), „[…] Schwierigkeiten, die stets mit der Formulierung eines Beweisergebnisses verbunden sind, wenn dieses auf der Gesamtwürdigung einer überwältigenden Menge von Beweisen beruht […]."; vgl. auch *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 265.

[457] Schlussanträge GA Gand v. 10.6.1970 – Chemiefarma – Rs. 41-69, ECLI:EU:C:1970:51, S. 729.

[458] Schlussanträge GA Gand v. 10.6.1970 – Chemiefarma – Rs. 41-69, ECLI:EU:C:1970:51, S. 729.

[459] Schlussanträge GA Gand v. 10.6.1970 – Chemiefarma – Rs. 41-69, ECLI:EU:C:1970:51, S. 729.

[460] Vgl. oben unter 1. Teil 1. Kap. § 1. B. III. 2. b).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

macht.[461] Die Kronzeugenregelung schafft durch den vollständigen oder teilweisen Erlass der Geldbuße zusätzliche Anreize für Unternehmen, kartellrechtsrelevante Sachverhalte durch Selbstanzeige aufzuklären.[462] Durch das Whistle-Blower-Tool können kartellrechtsrelevante Vorgänge zudem jederzeit und anonym gemeldet werden.[463] In den vergangenen Jahren ist die Rückmeldung von Kronzeugenanträgen und anderen Eingaben jedoch tendenziell rückläufig.[464] Auskunfts- und Herausgabepflichten stellen daher ein Ermittlungsinstrumentarium der Kommission dar, die Untersuchungshemmnisse und Nachweisschwierigkeiten aufgrund einer „Informationsasymmetrie" und begrenzten Ermittlungsbefugnissen zu kompensieren.[465] Erst hierdurch entsteht ein „leving playing field" zwischen staatlichen Behörden und Privatwirtschaft.[466] Die effektive Aufklärung und Normdurchsetzung macht eine bußgeldbewehrte Kooperationspflicht der rechtsunterworfenen Unternehmen unabkömmlich.[467]

Selbst mit dem jetzigen System hört die Komplexität der Ermittlungen an dieser Stelle nicht auf. Selbst mit einer Mitwirkungspflicht für Unternehmen ist die Generaldirektion Wettbewerb in der Folge mit einer Flut potenziell relevanter Beweisunterlagen konfrontiert, die gesichtet, verstanden, Personen sowie kartellrechtlich relevanten Vorgängen zugeordnet und für die Mitteilung der Beschwerdepunkte in einen sinnvollen Gesamtkontext gestellt werden müssen. Dabei muss der relevante Markt ermittelt und inhaltlich begreiflich gemacht werden, was sich mit Feuerwehrfahrzeugen und Zügen teilweise leichter, mit unübersichtlichen Finanzmarktmanipulationen von Zinssätzen

---

461 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, v. 8.12.2006, Abl. 2006 C 298/17, Erwägungsgrund Nr. 3; *Biermann*, in: Immenga u. a., Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 232, m. w. N.; *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 23, der hieraus sogar einen spezifischen „Ermittlungsgegenstand" des unionalen Kartellermittlungsverfahrens ausmachen will, wodurch sich selbiges vom originären Spannungsverhältnis normaler Sanktionsermittlungsverfahren unterscheiden soll.

462 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, v. 8.12.2006, Abl. 2006 C 298/17, Erwägungsgrund Nr. 3.

463 https://competition-policy.ec.europa.eu/cartels/whistle-blower_en (zuletzt besucht am: 16.9.2023).

464 Vgl. hierzu aber auch *Jaspers/Jany*, Journal of European Competition Law & Practice, S. 1, S. 3 ff. Auch wenn man die absoluten Zahlen nur schwer vergleichen kann, melden auch andere Kartellämter rückläufige Zahlen: gl. Pressemitteilung des Bundeskartellamts, Jahresrückblick 2022 v. 22.12.2022, S. 2, „tendenziell rückläufiger Kronzeugenanträge", abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2022/22_12_2022_Jahresrueckblick.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt besucht am: 19.9.2023).

465 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 99.

466 Vgl. kritisch *Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 99 f.

467 *F. Meyer*, NZWiSt 2022, S. 99, S. 100.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

oder Automobilzulieferketten teilweise komplizierter gestalten kann. Wenig hilfreich ist, dass die Zuwiderhandlung regelmäßig Jahre zurückliegt. Aus E-Mails ersichtliche Treffen von Mitarbeitenden – wenn deren Klarname überhaupt erkennbar ist – zweier Konkurrenzunternehmen müssen den jeweiligen Unternehmen zugeordnet werden, obschon diese ggf. längst nicht mehr dort arbeiten, sich an Treffen und konkrete Absprachen kaum mehr erinnern. Selbst wenn der Sachverhalt feststeht, können sich weitergehende marktökonomisch und juristisch komplexe Fragen ergeben, deren genaue Darstellung den Rahmen dieser Untersuchung sprengten.

Die Generaldirektion ist dementsprechend, auf effektive Ermittlungsbefugnisse angewiesen, um ihrer Schutzpflicht für das legitime Ziel aus Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV – die Verhinderung volkswirtschaftlich schädlicher Schäden von Absprachen, Kartellen und des Missbrauchs von Marktmacht zur Errichtung und Aufrechterhaltung eines gemeinsamen Binnenmarkts – nachzukommen.[468]

Entscheidend kommt es nach dem hier vertretenen Maßstab darauf an, ob die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs an sich – als Zweck und Ziel des Unionsrechts – im Rahmen förmlicher Befragungs- und Nachprüfungsbeschlüsse durch ein absolutes Aussageverweigerungsrecht derart qualifiziert beeinträchtigt wäre, dass die Aufrechterhaltung der Schutzpflicht unterminiert würde. Ohne eine Mitwirkungspflicht verlöre die Kommission zwar nicht den unmittelbaren Zugang, etwa auf elektronisch gespeicherte Daten auf internen und externen Servern, die Schwierigkeit bestünde jedoch bereits darin, diese aufzufinden und die relevanten Daten daraus zu extrahieren.[469]

2. Stellungnahme

(Europäische) Kartellermittlungen sind zweifelsohne komplex. Fraglich bleibt aber, ob die Komplexität auch einem allgemeinen Rechtsgrundsatz entgegensteht, wonach Unternehmen der nemo tenetur-Grundsatz nicht dem Grunde nach zustehen kann. Dies müsste mit den Zielen und Aufgaben des Unionsrechts unvereinbar sein. Dies wird von der Kommission und den Gerichten ohne jeglichen Nachweis behauptet. Ein absolutes Aussageverweigerungsrecht hätte zur Folge, dass die von förmlichen Befragungs- und Nachprüfungsbeschlüssen betroffenen Unternehmen keine Mitwirkungspflichten träfen. Die Inspektoren der Kommission dürften also die Räumlichkeiten von Unternehmen betreten und Unterlagen durchsehen, beschlagnahmen und ver-

[468] EuGH, U. v. 21.09.1989 – Hoechst – verb. Rs. 46/87 und 227/88 – ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 25.

[469] Vgl. zu dieser bußgeldbewehrten Pflicht im gegenwärtigen Verfahren: *F. Meyer*, in FK, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 24.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werten – die Unternehmen müssten jedoch keine Unterlagen herausgeben. Dies erscheint die Ermittlung vor erhebliche Herausforderungen zu stellen. Wo das grenzüberschreitend tätige Unternehmen etwa Unterlagen auf Servern speichert und wie Zugang diesbezüglich erlangt werden kann, ist von außen schwer erforschbar.

Gegen die Integrierbarkeit einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung würde daher sprechen, dass Kartellermittlungen auf Unionsebene erheblich komplexer sind als nationale Ermittlungen in kriminalstrafrechtlichen Ermittlungen gegenüber Unternehmen.

Nach hier vertretener Auffassung spricht dieser Vergleich jedoch gegen eine die Ziele und Aufgaben des Wettbewerbsrechts völlig unterminierende Beeinträchtigung. Die nationalen Rechtsordnungen erkennen gegenüber Unternehmen auch in komplexen wirtschaftskriminalstrafrechtlichen Verfahren mehrheitlich die volle Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes wie gegenüber natürlichen Personen an, sodass den Unternehmen grundsätzlich keine Mitwirkungspflicht zukommt. Dass diese Verfahren weniger komplex sind und die Ermittler nicht vor identischen Problemen stehen sollen, ist nicht ersichtlich. Wenn Schubert aus der Geheimhaltung im Verborgenen liegender Treffen und Absprachen hinter verschlossenen Türen einen spezifisch kartellrechtlichen Partikularinteressen unterliegenden Sonderermittlungsgegenstand generiert,[470] bleibt unklar, weshalb dies für nationale Kriminalstrafermittlungen gegenüber Kollektiven, Unternehmen und juristische Personen nicht gelten sollte. Dass der Kartellverstoß mangels äußerer Anzeichen oftmals nur aus Aktenaufzeichnungen und Aussagen gegenwärtiger oder ehemaliger Mitarbeiter nachweisbar ist, wird zudem nur teilweise durch die Selbstbelastungsfreiheit gelöst, da der Verdacht zuvor erst aufgedeckt werden muss. Dass etwa Submissionsabsprachen nach § 298 Abs. 1 StGB oder anderes strafrechtsrelevantes Verhalten von Unternehmen offen kommuniziert würde, ist damit aber wohl nicht gemeint. Nationale – ggf. grenzüberschreitende – kriminalstrafrechtliche Ermittlungen gegen Unternehmen erscheinen demzufolge *prima facie* jedenfalls nicht weniger komplex als unionsrechtliche Kartellermittlungen. Dies soll anhand des nachfolgenden Vergleichs illustriert werden:

In Deutschland etwa wäre die Deutsche Bank als Aktiengesellschaft eine juristische Person des privaten Rechts und mithin ein Verband i. S. d. § 1 Abs. 1 lit. a Alt. 2 des Verbandssanktionsgesetzentwurfs.[471] Nach § 23 i. V. m. § 24 Abs. 1 VerSanG sowie § 152 Abs. 2 StPO wäre die Staatsanwaltschaft für Ermittlungen wegen Straftaten im Bereich der besonders schweren Krimi-

470 *Schubert*, Legal privilege u. nemo tenetur, S. 23.

471 Abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/10/bt-drs-19-23568.pdf (zuletzt besucht am: 17.9.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nalität i. S. d. Art. 83 Abs. 1 AEUV zuständig, etwa Geldwäsche oder Korruption. Im Rahmen dieser Ermittlungen bestünde für die Deutsche Bank keinerlei Mitwirkungspflicht. So durchsuchten die Staatsanwaltschaft Frankfurt, das BKA und die Bafin etwa im April 2022 – freilich ohne die Geltung des VerSanG – die Zentrale der Deutschen Bank im Zusammenhang mit Geldwäscheverdachtsmeldungen, die die Bank abgegeben hat.[472] Dass derartige Ermittlungen weniger komplex sein sollen als Nachprüfungen, die die Inspektoren der Generaldirektion Wettbewerb mit Vertretern der Staatsanwaltschaft etwa wegen des Verdachts der Manipulation von Referenzzinssätzen durchgeführt haben, ist zunächst nicht offenkundig.

Scheiterte die Kartellsachverhaltsaufklärung tatsächlich – wofür es keinen Nachweis gibt – bleibt unklar, weshalb nicht ein relativeres Aussageverweigerungsrecht die Entwicklung neuer Aufklärungsmethoden oder die Steigerung der Effektivität der bestehenden Instrumente wie dem Whilste-Blower-Tool oder dem Kronzeugenprogramm diese Schwierigkeiten kompensieren könnten. Bereits eingangs wurde auf die aktuelle Entwicklung des neuen Wettbewerbsinstruments (New Competition Tool, NCT), der Marktuntersuchung (market investigation), wie sie von der englischen Wettbewerbsbehörde (Competition & Markets Authority, CMA) bekannt ist, hingewiesen, die die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsermittlungen im digitalen Zeitalter aufrechterhalten soll.[473]

Aus legitimatorischer Sicht entscheidend ist allein, dass der bloße Verweis auf die Komplexität der Ermittlungen kein hinreichender Grund für eine quasi vollständige Aufhebung der Selbstbelastungsfreiheit sein kann.

III. Zwischenergebnis

Nach der hier vertretenen Auffassung können weder der Erhalt der praktischen Wirksamkeit noch die Komplexität der Kartellermittlungen mit der gegenwärtigen Begründung ausreichen, um die Integrierbarkeit der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung in einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts dergestalt zu verhindern, dass Unternehmen und Unternehmensvereinigungen im europäischen Kartellermittlungsverfahren ein nemo tenetur-Schutz zukommt. Der hierfür eigentlich erforderliche Abwägungsprozess zwischen den rechtsinternen und rechtsexternen Legitimationsanforderungen wird zulasten der Selbstbelastungsfreiheit sowie zugunsten einer einseitigen

472 Abrufbar unter: https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/finanzindustrie-ermittler-durchsuchen-deutsche-bank-1.5575152 (zuletzt besucht am: 16.9.2023).

473 Vgl. oben unter Einleitung B. III.; vgl. Expertenbericht v. *Schweitzer*, The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design, 2020; *Motta*, Massimo u. a., Market investigations, Kapitel 1, S. 1 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Überbetonung der Effektivität und Praktikabilität unionsrechtlicher Kartellermittlungen aufgegeben. Ohne eine ausgleichende Abwägung fehlt eine Legitimationsbasis zur Ablehnung eines gemeinsamen Rechtsgrundsatzes.

D. Ergebnis

Die Untersuchung hat damit auch hinsichtlich der Geltung und des Geltungsumfangs des nemo tenetur-Schutzgehalts auf ein Geständnisverweigerungsrecht ein drittes spezifisch verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit ausgemacht.

§ 2 Ergebnis

Der Gerichtshof leitet die Selbstbelastungsfreiheit aus einer Gesamtschau der Art. 47 Abs. 2 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 48 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK ab, die nach den Erläuterungen der Charta einen sich hinsichtlich ihrer Bedeutung und Tragweite entsprechenden Schutzbereich bilden.[474] Diese Vorschriften sind nach Art. 52 Abs. 4 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 3 EUV aufgrund einer gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten der Union dahin gehend auszulegen, dass in kartellrechtlichen Vorermittlungsverfahren der nemo tenetur-Grundsatz gegenüber Unternehmen als allgemeiner Rechtsgrundsatz Andendung findet und ihnen die Verweigerung der Mitwirkung bei förmlichen Auskunftsverlangen und förmlichen Nachprüfungen der Generaldirektion Wettbewerb erlaubt. Als allgemeiner Rechtsgrundsatz kommt diesem Ergebnis unmittelbare verbindliche Wirkung zu.

Die gegenwärtige Praxis der Generaldirektion Wettbewerb, Unternehmen zur aktiven Herausgabe selbstbelastender Dokumente zu verpflichten, ist daher mit Art. 47 Abs. 2 GRCh und Art. 48 GRCh unvereinbar. Unternehmen sind daher im Rahmen förmlicher Auskunftsbeschlüsse nach Art. 18 Abs. 3 S. 1 VO 1/2003 nicht verpflichtet, auf Fragen der Generaldirektion Wettbewerb zu antworten, mit denen sie sich selbst belasten würden, oder im Rahmen förmlicher Nachprüfungsbeschlüsse nach Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 der Generaldirektion Wettbewerb selbstbelastende Unterlagen aktiv herauszugeben.

[474] EuGH, U. v. 2.2.2021 – DB/Consob – Rs. C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, Rn. 36 f., 46.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

6. Teil

Gesamtergebnisse der Untersuchung

In den vorherigen Teilen wurde ein Maßstab zur Legitimitätskontrolle des Eingriffs- und Verteidigungsregimes des unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahrens der VO 1/2003 aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union hergeleitet und angewendet. Im fünften Teil wurde festgestellt, dass in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung besteht, wonach der nemo tenetur-Grundsatz in Unternehmens- und Verbandssanktionsverfahren wie gegenüber natürlichen Personen gewährt wird, und die zugleich einen allgemeinen Grundsatz im Unionsrecht darstellt. Auf dieser Grundlage können die Gesamtergebnisse der Untersuchung mit ihren jeweiligen Schlussfolgerungen und Lösungsansätzen dargestellt werden.

Hierzu werden die identifizierten Legitimations- und Legitimitätsdefizite zunächst rekapituliert (1. Kapitel). Sodann sollen allgemeine und spezielle Vorschläge zur Lösung der einzelnen Legitimationsdefizite aufgezeigt werden (2. Kapitel). Zuletzt gilt es – zur Generierung eines weiteren Mehrwerts –, die Gesamtauswirkungen der Untersuchung über deren Gegenstand hinaus ausblicksartig darzustellen und die Übertragbarkeit der Legitimitätsdefizite und Lösungsansätze auf andere Sanktionsverfahren sowie andere strafrechtliche Verfahrensrechte vorzuzeichnen (3. Kapitel).

1. Kapitel

Legitimations- und Legitimitätsdefizite des unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahrens

Die Untersuchung hat ein kompetenzrechtliches sowie ein allgemeines und ein spezifisches verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit im Eingriffs- und Verteidigungsregime des gegenwärtigen unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren offengelegt. Auch wenn die Untersuchungsergebnisse der Relativierung bedürfen, verbleibt gegenwärtig ein Legitimitätsdefizit.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 1 Kompetenz- und verfahrensrechtliche Legitimationsdefizite

Die Untersuchung hat ergeben, dass sowohl die *Rechtsnatur* der Kartellsanktion und des -verfahrens als auch die *Unternehmereigenschaft* der Sanktionsadressaten gegenwärtig dogmatisch untauglich sind, die Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren zu legitimieren. Dieses hat kompetenz- und verfahrensrechtlich belangvolle Implikationen.

A. Kompetenzrechtliches Legitimationsdefizit

Die Untersuchung hat ein kompetenzrechtliches Legitimationsdefizit des unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahrens festgestellt. Dies folgt daraus, dass die *Rechtsnatur* der Kartellsanktions- und -ermittlungsverfahrens dogmatisch nicht präzise dem Strafrecht im engeren oder weiteren Sinne zugeordnet werden kann und damit gegenwärtig unklar bleibt. Die Rechtsnatur hat allerdings Einfluss auf die Kompetenz der Kommission. Zwar besteht Einigkeit darüber, dass die Europäische Kommission primärrechtlich berechtigt und verpflichtet ist, Kartellsanktionen im Bereich des Europäischen Wettbewerbsrechts zu verhängen. Einigkeit besteht aber auch darüber, dass die EU keine Rechtssetzungs- und Sanktionskompetenz für kriminalstrafrechtliche Sanktionen besitzt. Die Ausübung genuin supranationaler „kriminalstrafrechtlicher“ Hoheitsgewalt im Bereich von Kernbereichsbeschränkungen steht daher auf keinem tragfähigen legitimatorischen Fundament. Dies wäre kompetenzrechtlich unbedenklich, wenn erwiesen wäre, dass auch schwerste Kartellsanktionen für *hard-core*-Zuwiderhandlungen dogmatisch eindeutig „nur“ eine im weiteren Sinne strafrechtliche Rechtsnatur zukommt. Dies ist jedoch, wie die Untersuchung gezeigt hat, nicht der Fall. Die mit der *Engel*- und *Jussila*-Rechtsprechung des EGMR begründete und in das Unionsrecht übertragene „Fragmentierung des Strafrechts“ in einen engen und weiten Bereich wurde bis heute durch die Entwicklung korrespondierender *Jussila*-Kriterien nicht dogmatisch untermauert. Alle bisher in der Rechtsprechung und Literatur vorgebrachten Differenzierungskriterien, etwa der Wortlaut des Primär- oder Sekundärrechts, das Fehlen einer Stigmatisierungswirkung oder weiterer nationaler Merkmale einer Kriminalstrafe, wurden durch die Untersuchung objektiv überprüft und als tautologisch oder dogmatisch unzulässig ausgeschlossen. Andere Kriterien existieren gegenwärtig nicht. Die Ausgangsthese der Untersuchung, dass europäische Kartellgeldbußen, etwa für *hard-core*-Zuwiderhandlungen nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003, durch deren kontinuierliche Erhöhung rechtsfaktisch den Status einer echten *Kriminalstrafe* erlangt haben und daher strafrechtliche Verteidigungsrechte vollständig zur An-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wendung kommen müssten,[1] ist damit aufgrund fehlender Jussila-Kriterien gegenwärtig nicht falsifizierbar. Damit steht die Ausübung genuin supranationaler „kriminalstrafrechtlicher" Hoheitsgewalt durch die Verhängung enormer Kartellsanktionen für kartellrechtliche Kernbereichsbeschränkungen gegenwärtig nicht auf einem tragfähigen legitimatorischen Fundament.

Die Untersuchung hat es jedoch bewusst offengelassen, ob sich aus diesem Legitimationsdefizit auch ein Legitimitätsdefizit ergibt, ob es sich bei schwersten Kartellsanktionen also tatsächlich um echte Kriminalstrafen handelt.[2] Eingedenk gegenwärtiger Kriminalisierungstendenzen europäischer Kartellrechtsordnungen darf dieses Ergebnis daher ausdrücklich nicht dahin gehend fehlinterpretiert werden, dass derartige – oder gar alle – Kartellsanktionen *zwingend* Kriminalstrafen seien. Die Untersuchung hat keine positive Prüfung der Rechtsnatur vorgenommen, sondern sich auf eine Legitimationskontrolle beschränkt. Festgestellt wurde – „lediglich" –, dass die gegenwärtig vorgetragenen dogmatischen Kriterien zur Determinierung der Rechtsnatur der unionalen Kartellsanktion und des -verfahrens objektiv untauglich sind, um eine verbindliche Zuordnung vorzunehmen. Sie kommen damit nicht als Beweis einer im weiteren Sinne strafrechtlichen Rechtsnatur und folglich auch nicht zur Legitimierung der Reduktion der strafrechtlichen Verfahrensrechte in Betracht. Mit anderen Worten kann ohne taugliche Kriterien derzeit nicht festgestellt werden, ob aus dem *Legitimations*- auch ein *Legitimitäts*-defizit resultiert, weil es sich bei der Kartellsanktion um eine kompetenzwidrig erlassene Kriminalstrafe handelt. Dies schließt keinesfalls aus, dass diese Kriterien zukünftig entwickelt werden können und die Rechtsnatur dann – dem engeren oder weiteren Bereich – dogmatisch eingeordnet werden kann. Untersuchungsansätze der Kriminalisierungswürdigkeit und -bedürftigkeit von *hard-core*-Verstößen wurden jedoch bereits an anderer Stelle vorgenommen.[3]

---

[1] Vgl. schon oben Einleitung A. II., vgl. auch die Argumentation der Rechtsmittelführerinnen in EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastics – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C2020:857, Rn. 19; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261, S. 268; *Braun/Galle*, CCZ 2013, S. 109, S. 109; *Lohse*, in: FK, Art. 103 AEUV, Art. 103 AEUV, Rn. 23 f.; vgl. Schlussantrag GAin Sharpston v. 10.02.2011 – KME Germany u. a., – Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:63, Rn. 62, jedoch bezogen auf die Strafrechtlichkeit i. S. v. Art. 6 EMRK.

[2] Die Gründe hierfür sind zum einen, dass sich die Untersuchung der Legitimationskontrolle verschrieben hat. Zum anderen hätte die Entwicklung und Anwendung solcher Jussila-Kriterien erst vorgenommen werden müssen. Dies hätte den Rahmen der Untersuchung bei Weitem überschritten. Es ist damit letztlich die Aufgabe der Kommission und der Gerichte, die behauptete Legitimität der Verfahrensrechtereduktion zu beweisen.

[3] *Stomper*, Kriminalisierung, S. 23 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das spezifisch festgestellte *kompetenzrechtliche* Legitimationsdefizit liegt somit allein darin, dass die Unionsgerichte und die Kommission ohne eine rechtsverbindliche Zuordnung einer Sanktion zum Strafrecht im weiteren Sinne nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtslage nicht in der Lage sind, nachzuweisen, dass eine Kompetenz zum Erlass höchster Kartellsanktionen existiert. Wäre dies nicht der Fall, wären derartige Kartellsanktionen als kompetenzwidriger *ultra vires*-Akt nichtig. Dass dies nicht auszuschließen ist, begründet ein kompetenzrechtliches Legitimationsdefizit.

B. Allgemeines verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit

Die Untersuchung hat daneben auch ein allgemeines verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit des europäischen Kartellermittlungsverfahrens festgestellt, soweit die generelle Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellermittlungsverfahren aufgrund dessen Rechtsnatur oder der Unternehmereigenschaft der Adressaten reduziert wird. Beide Legitimationsansätze tragen die Reduktion gegenwärtig nicht.

Für die *Rechtsnatur* folgt dies aus den bereits dargestellten Erwägungen. Die „not-with-full-stingency"-Doktrin legitimiert die Reduktion des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte des Kartellermittlungsverfahrens aufgrund der Rechtsnatur. Diese gegenwärtige Reduktion ist rechtsstaatlich jedoch nur legitim, wenn der Kartellsanktion und dem -verfahren nachweislich eine im weiteren Sinne strafrechtliche Rechtsnatur zukommen. Der Nachweis hierfür kann allerdings nicht geführt werden, weil eine Differenzierung der Rechtsnatur anhand der gegenwärtig zur Verfügung stehenden Kriterien nicht möglich ist. In der Folge kann nicht ausgeschlossen werden, dass Kartellgeldbußen für hard-core-Zuwiderhandlungen Kriminalstrafen im engeren Sinne sind. Daraus folgt, dass die Rechtsnatur zur Legitimation der strafrechtlichen Verfahrensrechtereduktion gegenwärtig außer Betracht bleiben muss.

In Hinblick auf die *Unternehmereigenschaft* des Sanktions- und Ermittlungsadressaten im Kartellverfahren hat die Untersuchung ein Legitimationsdefizit nicht grundsätzlich – für alle Verfahrensrechte –, sondern nur in Hinblick auf den nemo tenetur-Grundsatz geprüft und festgestellt. Der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH sind keine dogmatisch tragfähigen Begründungen oder Kriterien zu entnehmen, weshalb der nemo tenetur-Grundsatz gegenüber Unternehmen und juristischen Personen reduzierbar ist. Bedenklich erscheint dieses Ergebnis vor dem Hintergrund, dass nach wie vor unklar ist, ob beide Reduktionsaspekte auch kombiniert werden können, die strafrechtlichen Schutzstandards also sowohl aufgrund der Rechtsnatur als auch der Unternehmereigenschaft reduziert werden können.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Diese Feststellungen sind erneut kein Beweis einer zwingend vollumfänglichen Anwendung strafrechtlicher Verfahrensrechte. Festgestellt wurde „lediglich“, dass der gegenwärtige Legitimationszustand nicht ausreicht, um deren Reduktion aufgrund der Rechtsnatur oder der Unternehmereigenschaft – jedenfalls im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit – zu reduzieren.

C. Spezifisches verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit

Zuletzt hat die Untersuchung auch ein spezifisch verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit in Bezug auf die Geltung und den konkreten Anwendungsumfang des nemo tenetur-Grundsatzes sowie die Reduktion der Selbstbelastungsfreiheit auf ein „Geständnisverweigerungsrecht“ festgestellt. Als Kontrollmaßstab hat die Untersuchung die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union i. S. d. Art. 52 Abs. 4 GRCh als Rechtserkenntnisquelle zunächst hergeleitet und dogmatisch aufbereitet. Der Maßstab zur Schließung von Regelungs- und Auslegungslücken im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz wurde sodann im Rahmen des Art. 47 GRCh fruchtbar gemacht, um die konkrete Verfahrensrechtereduktion der Selbstbelastungsfreiheit legitimatorisch zu überprüfen. Dabei hat die Untersuchung eine wertende Rechtsvergleichung der nationalen kriminalstrafrechtlichen Verbandssanktions- und Unternehmensstrafverfahren aller 27 Mitgliedstaaten – soweit vorhanden – vorgenommen, die gegen juristische Personen als Sanktions- und Ermittlungsadressaten geführt werden. Dies hat eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung dergestalt ergeben, dass der nemo tenetur-Grundsatz grundsätzlich gegenüber juristischen Personen zur Anwendung kommt. Darüber hinaus nehmen die Mitgliedstaaten im nationalen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren überwiegend keine Reduktion der Selbstbelastungsfreiheit und des nemo tenetur-Grundsatzes spezifisch aufgrund der Unternehmereigenschaft der juristischen Person vor, denen damit ein einer natürlichen Person gleichstehendes Schweigerecht zugestanden wird. Diese festgestellte gemeinsame Verfassungsüberlieferung ist nach der hier vertretenen Ansicht darüber hinaus als allgemeiner Grundsatz Teil des Unionsrechts i. S. d. Art. 6 Abs. 3 EUV und beansprucht daher als Rechtsquelle der Grundrechte unmittelbare und imperative Geltungswirkung. Nach der hier vertretenen Ansicht steht der Übertragbarkeit einer umfassenden Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes auf das unionsrechtliche Kartellermittlungsverfahren und damit der Einordnung als allgemeiner Rechtgrundsatz des Unionsrechts auch nicht der Erhalt der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts oder die Komplexität der Kartellermittlungen entgegen. Auch vor dem Hintergrund der Bedeutung und Schutzfunktionen des Wettbewerbs konnte ein über die Behauptung der Unterminierung dieser Prinzipien hinausgehender Nachweis für eine wirkliche Gefährdung nicht festgestellt werden. Dies verkennt der EuGH,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wenn er die Selbstbelastungsfreiheit auf das absolute Minimum reduziert und jedwede Anhebung als über das hinausgehend betrachtet, was zur Wahrung der Verteidigungsrechte erforderlich ist.

Es besteht damit – nach hier vertretener Ansicht – ein spezifisches verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit im unionsrechtlichen Kartellermittlungsverfahren, da der nemo tenetur-Grundsatz – entgegen einem festgestellten allgemeinen Rechtsgrundsatz im Unionsrecht i. S. d. Art. 6 Abs. 3 EUV – nicht anerkannt und zudem ohne hinreichende Begründung im Vergleich zu natürlichen Personen reduziert wird. Darüber hinaus ergibt sich auch ein unmittelbarer Anpassungsanspruch für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, der eine Anhebung auf dieses Niveau verbindlich vorgibt.

D. Relativierung der Untersuchungsergebnisse – Grenzen rationaler Erkenntnis

Die festgestellten Legitimationsdefizite stehen in Teilen unter dem Vorbehalt, dass es sich nur um eine Annäherung handeln kann. Das Eingangszitat gebietet daher auch, sich der „Grenzen rationaler Erkenntnis“ bewusst zu bleiben. Dazu gehört die Einsicht, dass dem EuGH in jedem Abschnitt der Untersuchung der wertenden Rechtsvergleichung der Genese einer gemeinsamen Verfassungstradition oder deren Erhebung zum allgemeinen Rechtsgrundsatz ein Ermessen zusteht. Im Rahmen der wertenden Rechtsvergleichung sind die untersuchten Rechtsordnungen, deren Literatur und Rechtsprechung zudem nur punktuell untersucht worden und in Hinblick auf die Haftungsmodelle der Unternehmensstrafbarkeit oder der untersuchten Ermittlungsmaßnahmen verschieden. Auch der Vergleich einer nationalen Durchsuchung und unionsrechtlichen Nachprüfung der Kartellverfahrensordnung kann lediglich als Annäherungswert fungieren.

Zu konstatieren bleibt daher, dass die festgestellten Legitimationsdefizite den gegenwärtigen Stand des Legitimationszustands darstellen, der unzureichend ist. Dass eine Sanierung der Defizite auf einer anderen und verbesserten Argumentationsgrundlage möglich ist, bleibt demzufolge möglich, vermag aber das gegenwärtige Gesamtergebnis nicht belangvoll zu determinieren. Die verfahrensrechtlichen Legitimationsdefizite führen dazu, dass die Anwendungsreduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im Rahmen formeller Auskunfts- und Nachprüfungsverlangen im europäischen Kartellermittlungsverfahren derzeit rechtsstaatlich unzulässig ist. Das europäische Kartellermittlungsverfahren stellt damit *de lege lata* keine hinreichende Legitimationsgrundlage zur Verhängung schwerster Kartellsanktionen dar.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 2 Gesamtergebnis

Auf dieser Grundlage ist die erste Forschungsfrage dahingehend zu beantworten, dass das gegenwärtig vorgesehene Eingriffs- und Verteidigungsregime des europäischen Kartellermittlungsverfahrens in Kapitel V. der Verordnung Nr. 1/2003 aufgrund des entwickelten Legitimationsmaßstabs in Bezug auf die Selbstbelastungsfreiheit keinen *hinreichenden Legitimationszustand* für schwerste Eingriffe in die unternehmerische Wettbewerbsfreiheit durch dem Gesetz nach schwerste Kartellgeldbußen bei *hard-core*-Verstößen bildet.

Die zweite Forschungsfrage ist dahin gehend zu beantworten, dass Unternehmen und Unternehmensvereinigungen einen Anspruch darauf haben, das strafprozessuale Abwehrrecht der Selbstbelastungsfreiheit und des Schweigerechts (nemo tenetur-Grundsatz) nach Art. 47 GRCh, auf dessen vollständigen Anwendungsumfang – wie er in nationalen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegenüber natürlichen Personen gewährt wird – anzuheben ist.

Ohne die Sanierung der aufgezeigten Legitimationsdefizite steht damit fest, dass das europäische Kartellermittlungsverfahren bei der Verhängung höchster Kartellsanktionen *de lege lata* an einem Legitimitätsdefizit leidet.

2. Kapitel

Lösungsansätze zur Aufhebung der Legitimations- und Legitimitätsdefizite des europäischen Kartellermittlungsverfahrens

Obschon sich die Untersuchung der Legitimitätskontrolle verschrieben hat, stellt sich – in die Zukunft blickend – die Frage, wie die festgestellten Legitimations- und Legitimitätsdefizite des europäischen Kartellermittlungsverfahrens behoben und aufgelöst werden können. Aus Sicht des Verfassers bedarf es hier zuvorderst eines generellen Umdenkens in Form von allgemeinen Lösungsansätzen. (§ 1) Daneben bestehen spezielle Lösungsansätze für jedes der dargestellten Legitimationsdefizite. (§ 2).

§ 1 Allgemeine Lösungsansätze

Die aus Sicht des Verfassers vordringlichste Voraussetzung zur Genese praktischer Lösungsansätze der festgestellten Legitimationsdefizite sind ein kritisches (Um-)Denken sowie die Entwicklung eines Problembewusstseins. Im Sinne des Eingangszitats ist es nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft, Mysterien in Form von dogmatisch unfundierten Praktikabilitätserwägungen zu pflegen und zu konservieren. Sie muss:

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„die Wahrheit zu suchen und sich ihr soweit es in ihren Möglichkeiten liegt, zu nähern“ und „Tabus und Sperrzonen der Forschung ignorieren“.[4]

Diese sinnstiftende intrinsische Aufgabe der (Rechts-)Wissenschaft verlangt den Willen zur kritischen Überprüfung der rechtsstaatlichen Legitimität und des dogmatischen Unionshandelns. Ohne den Willen, Unzulänglichkeiten der gegenwärtigen Rechtslage ernsthaft zu untersuchen und einzugestehen, weil sie am Kompetenzfundament der Union oder der Effektivität der Kartellrechtsermittlung rütteln, ist eine Verbesserung der Situation im Sinne eines Legitimationszuwaches schlechterdings unmöglich. Für die Bildung eines solchen Willens wäre es erforderlich, dass die Unionsgerichte, die Kommission und die Rechtswissenschaft an einer ehrlichen und kritischen sowie weniger ergebnisorientierten Auseinandersetzung – etwa der dogmatischen Folgen einer fragmentierten Strafrechtsnatur, den Kompetenzfragen oder Verteidigungsrechten von Sanktionsadressaten – interessiert wären. Damit ist kaum zu rechnen, da sowohl die Kommission als auch die Unionsgerichte vom tadellosen Funktionieren des Kartellermittlungsverfahrens ausgehen. Die hier dargestellten Legitimationsprobleme werden daher wohl auch in Zukunft bestehen bleiben. Es droht im Gegenteil eine Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse.[5] Vor dem Hintergrund der Bedeutung des europäischen Kartellverfahrens als Prototyp unionsrechtlicher unionsrechtliches Sanktionsverfahren ist eine ernsthafte Auseinandersetzung mit dessen zugrunde liegenden Strukturprinzipien jedoch alternativlos. Andernfalls laufen die enthaltenen Defizite Gefahr, auf die neuen, digitalen Entwicklungsfelder der Union – wie den DMA – übertragen zu werden und dort zu metastasieren. Die langfristig unabsehbaren Folgen eines seit Jahrzehnten persistierenden Legitimitätsvorwurfs für das Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit in der Union sollten daher besser jetzt erkannt, ernst genommen und gelöst werden. Die Rechtswissenschaft kann hierzu einen wichtigen Beitrag leisten, wenn sie sich nicht mit dem gegenwärtigen, nur ergebnisorientieren *Status quo* abfindet und Kritik daran nicht als Diffamierung der europäischen Idee, sondern als ernsthaftes Verbesserungsbemühen verstanden wird.

§ 2 Spezifische Lösungsansätze

Neben diesem allgemeinen Lösungsansatz soll jedoch auch der Weg zur Auflösung der einzelnen Legitimationsdefizite aufgezeigt werden.

---

[4] *Isensee*, Das Volk als Grund der Verfassung, S. 73.

[5] Die Europäische Kommission ist derzeit dabei, die VO 1/2003 zu überprüfen und – wohl – zu verschärfen, vgl. hierzu unter: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13431-EU-Verfahrensvorschriften-im-Kartellbereich-Bewertung_de (zuletzt besucht am 19.11.2023).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

A. Lösung des kompetenzrechtlichen Legitimationsdefizits

Das festgestellte kompetenzrechtliche Legitimationsdefizit basiert darauf, dass die EU weder eine Kompetenz zur Verhängung noch eine Kompetenz-Kompetenz zur Schaffung neuer kriminalstrafrechtlicher Sanktionen im Kartellsanktionsverfahren besitzt. Dieses Manko ließe sich durch eine kriminalstrafrechtliche Kompetenzerweiterung der EU im Bereich des Wettbewerbsrechts auflösen. Diese müsste im Wege der begrenzten Einzelermächtigung von den Mitgliedstaaten auf die Union übertragen werden. Damit ist aufgrund der Bedeutung des Kriminalstrafrechts für die souveräne Identität der Mitgliedstaaten auf absehbare Zeit nicht zu rechnen.

Gegenwärtig und langfristig ist das Legitimationsdefizit folglich nur durch die Genese einer Sanktionsdogmatik *de lege ferenda* zur Differenzierung des Strafrechts im engeren und weiteren Sinne zu beheben, an der es derzeit fehlt und die seit Langem angemahnt wird.[6] Ließen sich das Kartellermittlungsverfahren und die Kartellsanktion der Rechtsnatur dogmatisch verbindlich dem einen oder dem anderen Bereich zuordnen, ließen sich verbindliche Aussagen über deren Legitimität machen. Zwischenzeitlich ergäbe sich eine Lösung durch den Verzicht der Kommission auf schwerste Kartellsanktionen im Bereich um 10 % des jährlichen Geschäftsumsatzes.

B. Lösung des allgemeinen verfahrensrechtlichen Legitimationsdefizits

Die Lösung der allgemeinen verfahrensrechtlichen Legitimationsdefizite aufgrund der unklaren Rechtsnatur (I.) und der unklaren Auswirkungen der Unternehmereigenschaft (II.) sind nicht unlösbar.

I. Präzisierung der Rechtsnatur

Zur Präzisierung der ungewissen Rechtsnatur bedarf es langfristig – wie bereits dargelegt – der Entwicklung einer genuin europäischen Sanktionsdogmatik. Dies beginnt mit der Entwicklung eines genuin unionsrechtlichen Kriminalstrafbegriffs, was *Jussila*-Kriterien zur Unterscheidung des fragmentierten Strafrechts im engeren und weiteren Sinne erfordert. Wie mit den *Engel*-Kriterien wäre es dann möglich, statt der Anwendbarkeit den Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte zu bestimmen. Eine Übertragung nationaler Kriterien erscheint grundsätzlich zulässig, erforderte allerdings

[6] Die Genese eines „eigenen Systems von Unternehmenssanktionen mit eigenen Legitimationskriterien“ forderte Schwinge bereits 1996, *Schwinge*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 119.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eine Begründung sowie dass die Maßstäbe in das Unionsrecht übersetzt und nicht eins zu eins übertragen werden.

Da diese Kriterien gegenwärtig fehlen, bedarf es zur Lösung des allgemeinen verfahrensrechtlichen Legitimationsdefizits einer strukturellen Anpassung der Durchführung des Kartellermittlungsverfahrens.

Das allgemeine verfahrensrechtliche Legitimationsdefizit wirkt sich nämlich dann nicht zulasten von Unternehmen aus, wenn das Kartellverfahren so geführt würde, als stünde fest, dass es sich um ein Kriminalstrafverfahren handelte, bis das Gegenteil nachgewiesen ist. Dazu müsste die Generaldirektion Wettbewerb zuvorderst ihre kumulierte Funktion als Ermittlungs-, Anklage- und Vollzugsbehörde aufgeben.[7] Sie müsste von einer Inquisitionsbehörde zur reinen Ermittlungsbehörde werden, die allein für die Aufklärung des Sachverhalts zuständig ist.[8] Sie muss diesen – einer nationalen Staatsanwaltschaft vergleichbar – durch faktische und rechtliche Würdigung in der Mitteilung der Beschwerdepunkte als „Anklageschrift" aufarbeiten. Dem kann mit Ackermann – insbesondere ohne weitere Nachweise – nicht behauptend entgegenhalten werden, eine auf diese Rolle reduzierte Behörde könne die Geldbuße nicht mit der gleichen Effektivität handhaben.[9] Die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK an das Verfahren zur Verhängung einer (potenziellen) Kriminalstrafe sind keiner Effektivitätsabwägung zugänglich. Aus diesem Grund ist auch die anschließende Zustellung der Beschwerdepunkte oder gar die Bußgeldverhängung durch eine Verwaltungsbehörde faktisch in Personalunion gegenwärtig nicht ausschließbar mit Art. 6 EMRK unvereinbar und muss daher unterbleiben.[10] Naheliegend erschiene es, die Beschwerdepunkte nach dem Anklageprinzip in einem Zwischenverfahren dem Gericht erster Instanz zur Prüfung vorzulegen, das unabhängig über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet und erstinstanzlich das Bußgeld bemisst und festsetzt oder förmliche Auskunftsverlangen oder Nachprüfungsbeschlüsse genehmigt. Anstelle der Kommission könnte – nach schweizerischem Vorbild – auch eine mit Spezialisten besetzte Wettbewerbsbehörde über die tatsächliche Sanktion entscheiden.

---

[7] *de Bronett*, WUW 2012, S. 1163, S. 1167, m. w. N.

[8] Vgl. *Riley*, CEPS, S. 1, S. 17. Also Vorbild kann hier auch die Schweiz dienen. Die Wettbewerbsbehörde ist dort in das Sekretariat und die Wettbewerbskommission unterteilt, die beide unterschiedliche Funktionen wahrnehmen.

[9] *Ackermann*, NZKart 2015, S. 17, S. 18.

[10] Vgl. insoweit auch die Ausführungen unten unter § 3 D. II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Präzisierung der Auswirkungen der Unternehmereigenschaft

Soweit die ungewisse Auswirkung der Unternehmereigenschaft ein verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit bewirkt, bedarf es der Entwicklung einer eigenständigen Grundrechtsdogmatik für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen im unionsrechtlichen Kontext der Grundrechtecharta.[11] Erforderlich wäre eine chartarechtliche Begründung, ob und in welchem Umfang Chartagrundrechte aufgrund der Unternehmereigenschaft der Grundrechtsträger reduzierbar sind. Sanktionsverfahren, die erheblich in deren Rechte eingreifen, dulden bereits aus rechtsstaatlicher Sicht keine Unklarheiten darüber, wie und wieweit (und wieweit nicht) abwehrrechtliche Verfahrensgrundsätze natürlicher Personen auch für sie gelten. Bislang ist dies aus der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH nicht hinreichend ersichtlich. Bei der Entwicklung einer solchen genuinen unionsrechtlichen Sanktionsdogmatik erschiene es begrüßenswert, wenn sich der EuGH mehr vom EGMR emanzipierte.

Das Unionsrecht würde die notwendig offenen und unklaren Mindeststandards der EMRK dann nicht nur übernehmen, sondern ginge erstmals – etwa bei der Entwicklung von Kriterien strafrechtlicher Sanktionen im engeren und weiteren Sinne – voran. Die gegenwärtige Praxis, den EMRK-Standard für die Gewährung strafrechtlicher Verfahrensrechte unüberlegt sogleich zum Mindeststandard im europäischen Kartellermittlungsverfahren zu machen, kann dagegen bereits wegen Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh nicht überzeugen. Dies verkennt die Funktion der EMRK als strafprozessualer Mindeststandard, die eher dafürspricht, den Maßstab der Grundrechtecharta bei der Ausübung supranationale Hoheitsgewalt deutlich über den der EMRK in Richtung der nationalen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hinauswachsen zu lassen. In jedem Fall wären eine vertiefte Auseinandersetzung und Begründung erforderlich, weshalb das Recht der Union einen weitergehenden Schutz nicht gewähren sollte. Die derzeitigen Legitimationsmaßstäbe genügen hierfür nicht. Zum anderen wäre vor dem Hintergrund der Expansionsbestrebungen des Kartellsanktionsverfahrens längerfristig auch die Genese eines neuen, eigenständigen unionsrechtlichen Sanktionsverfahrens sinnvoll.[12] Vogel schlug insoweit bereits 1995 die Genese eines unionsrechtlichen „Model Penal Code" für ein allgemeines punitives europäisches Sanktionsverfahren vor.[13] Gepaart

---

[11] Eine diesbezügliche Initiative scheint sich auch *de Bronett* bereits seit 2016 zu wünschen: *de Bronett*, WUW 2016, S. 153, S. 153.

[12] Die Entwicklung eines gemeinschaftsrechtlichen punitiven Sanktionssystems hat bereits Vogel gefordert, vgl. *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 331.

[13] Der „Model Penal Code" ist ein vom American Law Institute erarbeitetes Modellstrafgesetzbuch für die Einzelstaaten der Vereinigten Staaten von Amerika, dem –

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mit einer dogmatischen Fundierung der Geltung der Verfahrensrechte ergäben sich so Synergieeffekte für alle Sanktionsverfahren.

C. Lösung des spezifischen verfahrensrechtlichen Legitimationsdefizits

Solange es hieran fehlt, darf sich auch das spezifische verfahrensrechtliche Legitimationsdefizit in Hinblick auf den Anwendungsumfang strafrechtlicher Verfahrensrechte nicht zulasten von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen auswirken. Dies wäre der Fall, wenn die Generaldirektion Wettbewerb bei der Ausübung genuiner supranationaler Hoheitsgewalt die vollständigen kriminalstrafrechtlichen Verfahrensstandards der Art. 6 EMRK und Art. 47 und 48 GRCh einhielte, wie sie gegenüber natürlichen Personen gelten. Kann eine Reduktion dieser Standards rechtsstaatlichen nicht legitimiert werden, bleibt dies lediglich für diesen Fall unbeachtlich.

Eine Legitimation der Reduktion spezifischer strafrechtlicher Verfahrensrechte kann sich jedoch aus einer zusätzlichen Legitimationsquelle ergeben. Insoweit bleibt es – dazu sogleich – möglich, den hier vorgeschlagenen Untersuchungsansatz fruchtbar zu machen, um das spezifische verfahrensrechtliche Legitimationsdefizit und den Anwendungsumfang der einzelnen Strafverfahrensrechte zu überprüfen. Ein Vergleich mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen kann dann ergeben, dass eine Anhebung – wie beim nemo tenetur-Grundsatz – zwingend ist, weil die vollständige Anwendung einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellt. Ebenso möglich wäre es, dass eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung den *Status quo* des Anwendungsumfangs legitimiert oder ein allgemeiner Rechtsgrundsatz sogar für eine Absenkung spricht.

§ 3 Ergebnis

Die festgestellten Legitimationsdefizite führen derzeit zu einem Legitimitätsdefizit des Kartellermittlungsverfahrens. Zur Lösung hierfür bedarf es langfristig der Präzisierung der Sanktions- und Grundrechtsdogmatik im Unionsrecht. Deren Entwicklung hängt aber auch vom Willen zur kritischen Kontrolle des *Status quo* ab. Kurzfristig lassen sich die Legitimationsdefizite beheben, indem die strafrechtlichen Verfahrensrechte wie der nemo tenetur-Grundsatz, das Konfrontationsrecht, das Akteneinsichtsrecht oder die Unschuldsvermutung „with full stringency“ wie gegenüber natürlichen Personen zur Anwendung kommen. Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen bie-

---

ohne rechtsbindende Wirkung – im Common Law-System der USA nur eine Anreizfunktion zukommt, ihre Strafgesetze anzupassen und langfristig zu vereinheitlichen; vgl. *Vogel*, JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7, S. 331, S. 334.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ten dem Rechtsanwender allerdings ein Instrument zur legitimatorischen Kontrolle des gegenwärtigen Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte als ergänzende Rechtserkenntnisquelle der Grundrechtecharta. Für die zukünftige Legitimationswirkung der Grundrechtsgewährleistung hat der hier aufgezeigte Untersuchungsgrundsatz – aus Sicht des Verfassers – enormes Potenzial. Wie dieses auch über den Untersuchungsgegenstand hinaus fruchtbar gemacht werden kann, soll abschließend beleuchtet werden.

3. Kapitel

Übertragbarkeit der Legitimations- und Legitimitätsdefizite sowie deren Lösungsansätze

Mit der Beantwortung der Forschungsfragen ist die Legitimitätskontrolle des Kartellermittlungsverfahrens als das primäre Forschungsanliegen der Untersuchung abgeschlossen. Die Fokussierung auf das Kartellermittlungsverfahren und den nemo tenetur-Grundsatz haben den Untersuchungsgegenstand jedoch eingeengt. Dabei liegt die Frage der Übertragbarkeit der Legitimationsdefizite und der gewonnenen Lösungsansätze auf andere Sanktionsverfahren oder andere strafrechtlichen Verteidigungsrechte nahe. Zur Generierung eines weiteren Mehrwerts, soll die Übertragbarkeit der Untersuchungsmethodologie daher nachfolgend gedanklich in groben Zügen vorbereitet werden. Dabei handelt es sich um ein neutrales wissenschaftliches Vorgehen, dessen Erkenntnisse die grundrechtliche Zulässigkeit von Eingriffen bestätigen oder in Zweifel ziehen können.

Untersucht werden soll daher, ob eine pauschale und akzessorische Übertragung der Legitimationsdefizite auch auf andere Sanktionsbereiche des Unionsrechts im Sinne eins „spill-over-Effekts“ feststellbar ist. (§ 1). Untersucht werden soll auch, ob die Untersuchungsmethodologie – die Präzisierung der Chartagrundrechte anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten – auf andere strafrechtliche Verfahrensrechte übertragbar ist. (§ 2). Die konkrete sowie vollständige Legitimitätskontrolle weiterer Sanktionsverfahren im Einzelfall und eine umfassende Rechtsvergleichung sämtlicher strittiger strafrechtlicher Verfahrensrechte kann hier gleichwohl nicht geleistet werden. Es sollen jedoch einige grundlegende Überlegungen für ausgewählte Verfahrensgrundsätze vorgenommen werden (§ 3).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 1 Übertragbarkeit der Legitimations- und Legitimitätsdefizite – „spill-over-Effekt“ auf andere Sanktionsverfahren

Bereits zu Beginn der Untersuchung wurde auf die „Blaupausenfunktion“ des Kartellsanktions- und Ermittlungsverfahrens hingewiesen, das von der Europäischen Union als Prototyp auf andere unionsrechtliche Sanktionsverfahren – etwa die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) oder das Gesetz über digitale Märkte (DMA) – übertragen wurde und wird.[14] Dies wirft die Frage auf, ob das festgestellte Legitimations- und Legitimitätsdefizit des europäischen Kartellermittlungsverfahrens umgekehrt auf diese Sanktionsverfahren mitübertragen wurde (sog. *spill-over*-Effekt).

Derart pauschal lässt sich diese Befürchtung indes nicht bestätigen. Dies liegt daran, dass die Feststellung eines Legitimationsdefizits zwingend der Einzelfallbetrachtung bedarf. Die spezifische Gefährdungslage von Wettbewerbsverstößen, die sich aus der Schutzfunktion des Wettbewerbs für den Binnenmarkt und die Wirtschaftsverfassung der EU ergeben, liegt in anderen Bereichen – etwa der DSGVO oder des DMA – nicht zwangsläufig oder gar im selben Umfang vor. Nicht jedes Sanktions- und Ermittlungsverfahren hat zudem die gleiche Eingriffsschwere, erfüllt die Anforderungen einer strafrechtlichen Anklage i. S. d. Art. 6 Abs. 1 EMRK und enthält erhebliche Mitwirkungspflichten. Nach hier vertretener Ansicht verbietet es sich daher grundsätzlich, zweckgebundene Sanktionskonzepte und -verfahren pauschal und ungeprüft auf andere Bereiche des Unionsrechts zu transferieren. Dies muss gleichermaßen für die Sanktionen und Ermittlungsbefugnisse sowie für die festgestellten Legitimationsdefizite gelten. Andernfalls würde die – bereits durch die Untersuchung deutlich hervorgetretene – Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung und -abwägung der Gesamtumstände verkannt. Von den Untersuchungsergebnissen kann daher kein pauschales Legitimationsdefizit aller unionsrechtlichen Sanktionsverfahren abgeleitet werden.

Diese Überlegungen vorweggenommen, lassen sich – im Rahmen einer vorläufigen und überblicksartigen Einzelfallbetrachtung – teilweise vergleichbare Legitimationsprobleme ausmachen, die eine Übertragbarkeit implizieren. Dies gilt nicht für die von der Kartellbuße inspirierte Sanktion für Verstöße nach Art. 83 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 – 6 der DSGVO. Insoweit erscheint zweifelhaft, ob es sich bei einer Sanktion i. H. v. 10. Mio. Euro oder 2 – 4 % des weltweiten jährlichen Geschäftsumsatzes um eine repressive und punitive „Straf-“Sanktion i. S. d. zweiten Engel-Kriteriums handelt, die der Art und Schwere der Sanktion nach strafrechtlicher Natur ist.[15] Anders erscheint dies

[14] Vgl. oben unter Einleitung B. III.

[15] Vgl. zu den Anforderungen schon oben unter 2. Teil 2. Kap. § 2 A. II. 1. b) und c).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

für die Sanktions- und Ermittlungsbefugnisse des Digital Market Acts (DMA). Dieser sieht parallel zur Kartellbuße für Zuwiderhandlungen nicht nur Geldbußen i. H. v. 10 % des weltweiten jährlichen Geschäftsumsatzes vor (Art. 30 Abs. 1 DMA), sondern – im Wiederholungsfall innerhalb von acht Jahren nach einer Entscheidung – sogar bis zu 20 % (Art. 30 Abs. 2 DMA).[16] Ob es sich hierbei um eine kriminalstrafrechtliche Sanktion handeln soll, ist bislang unklar. Jedenfalls sprengten diese Zahlen wohl eindeutig die Grenze zum Kriminalstrafrecht. In den Begründungsmaterialien finden sich hierzu jedoch keine Hinweise. Unterstellte man dem DMA, mit dem Kartellrecht vergleichbare Sanktionszwecke zu verfolgen, spräche dies *prima facie* für ein vergleichbares kompetenzrechtliches Legitimationsdefizit. Dies gilt gleichsam für die strukturell mit der VO 1/2003 vergleichbaren Ermittlungsbefugnisse, die bei förmlichen Auskunftsverlangen nach Art. 21 Abs. 1 u. 3 DMA sowie förmlichen Nachprüfungsbeschlüssen nach Art. 23 Abs. 6 DMA bußgeldbewerte Mitwirkungs- und Herausgabepflichten vorsehen.[17] Die Vergleichbarkeit bzw. Teilintensivierung der Sanktionen und der Ermittlungsbefugnisse streitet dafür, dass die im Rahmen der Untersuchung festgestellten Kompetenz- und verfahrensrechtlichen Sanktionsdefizite des Kartellermittlungsverfahrens auf den DMA übertragen wurden. Eine verbindliche Feststellung bedürfte allerdings einer vertieften Auseinandersetzung mit den Sanktionszwecken und Ermittlungsbefugnissen des DMA, die nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung und daher hier lediglich anzudeuten sind. Der Schutzzweck des DMA, die Marktmacht zentraler Plattformdienstleister als sog. Gatekeeper zu beschränken, um hierdurch ein „reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes“ sowie der „Bestreitbarkeit und Fairness der Märkte“ zu gewährleisten,[18] erscheint allerdings auf den ersten Blick vergleichbar mit dem Interesse, das unzulässige Ausnützen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt i. S. d. Art. 102 Abs. 1 AEUV zu verhindern. Stünde ein vergleichbares Legitimationsdefizit auch für den DMA fest, wäre die Untersuchungsmethode der wertenden Rechtsvergleichung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zur Feststellung des Grundrechtsschutzes auch in diesem Sanktionsverfahren grundsätzlich anwendbar. Es stellte sich dann die Frage, wie andere strafrechtliche Verfahrensrechte zu prüfen wären.

---

16 Daneben sieht Art. 24 DMA auch vorläufige Maßnahmen vor.

17 Vgl. entsprechend Art. 17, Art. 18 und Art. 20 und 21 VO 1/2003. Die Bußgeldbewährung ergibt sich aus Art. 30 Abs. 3 lit. e, f, g und h DMA. Nach Art. 22 DMA sind im Umkehrschluss freiwillig erteilte Informationen nach Art. 30 Abs. 3 lit. f DMA nur bei unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Angaben sanktionsbewährt.

18 Vgl. Erwägungsgrund des DMA 3 ff. insb. 5. u. 7, abrufbar unter (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925) (zuletzt besucht am 19.10.2024).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 2 Übertragbarkeit der Untersuchungsmethodologie auf andere strafrechtliche Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren

Die Untersuchung hat einleitend auf eine Vielzahl strafrechtlicher Verfahrensrechte der Art. 47 und Art. 48 GRCh bzw. Art. 6 EMRK hingewiesen, die gegenwärtig im Kartellermittlungsverfahren nur eingeschränkt gewährleistet werden. Darunter fallen etwa der *Öffentlichkeitsgrundsatz*, das Recht, *Belastungszeugen zu laden* oder zu vernehmen (Konfrontationsrecht), das Recht auf *Akteneinsicht*, die *Unschuldsvermutung* oder der Umfang oder die faktische Durchführung der *gerichtlichen Kontrolle*.[19] Nachfolgend soll vorgezeichnet werden, ob und inwieweit der – hier auf den nemo tenetur-Grundsatz beschränkte – Legitimationskontrollmaßstab der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen nach Art. 52 Abs. 4 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 3 EUV auf diese und andere grundrechtliche Verfahrensrechte übertragbar wäre.

A. Vorbereitung der wertenden Rechtsvergleichung – Genese eines *tertium comparationis*

Die Übertragung der wertenden Rechtsvergleichung auf andere Verfahrensrechte zur Präzisierung des unionsrechtlichen Grundrechtsstandards bedarf zunächst der vorbereitenden Ermittlung des *tertium comparationis* – der Schaffung einer tauglichen Vergleichsgrundlage.

I. Untersuchung der Schutzzwecke

Dies beginnt mit der deskriptiven Untersuchung der Schutzzwecke der unionsrechtlichen Rechtsmaterie und des Kontextes, in dem das zu überprüfende Grundrecht relevant wird. Diese Vorarbeit wurde für das Kartellermittlungsverfahren, den Wettbewerb und dessen Schutzzwecke bereits vorgenommen, sodass hierauf verwiesen werden kann. Für anderer (Sanktions-)Verfahren – etwa den DMA – müsste dieser Schritt noch vorgenommen werden. Ohne ihn bliebe unklar, welche Bedeutung der Rechtsmaterie im Unionsrecht zukommt. Für die spätere Frage der Übertragbarkeit einer ggf. gefundenen Verfassungsüberlieferung auf das Unionsrecht ist sie daher unerlässlich. Stehen die Schutzzwecke des Rechtskontextes der Grundrechte fest, kann die gegenwärtige Grundrechtslage analysiert werden.

[19] Vgl. oben unter Einleitung. A. III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Untersuchung der gegenwärtigen Grundrechtsgewährleistung – Suche nach der Grundrechtsschutzlücke

An die Untersuchung der Schutzzwecke schlösse sich eine deskriptive Untersuchung des gegenwärtigen grundrechtlichen Schutzniveaus des zu überprüfenden Grundrechts an. Dies erforderte eine umfassende Rechtsprechungsanalyse des EuGHs und des EGMR zu den weiteren strafrechtlichen Verfahrensrechten, wobei Art. 52 Abs. 4 GRCh nicht auf Verfahrensrechte beschränkt ist. Der Gewährungsumfang des Öffentlichkeitsgrundsatzes, des Akteneinsichtsrechts oder der gerichtlichen Kontrolle *de lege lata* wäre daher zunächst objektiv herauszuarbeiten. Besonderes Augenmerk ist dabei auf die generelle und spezifische legitimatorische Begründung zu legen, weshalb ein Grundrecht nicht in vollem Umfang gewährt wird. Die Feststellung dieser grundrechtliche Schutzlücke ist die Grundvoraussetzung für die Anwendung der wertenden Rechtsvergleichung. Für die vorliegende Untersuchung wurden etwa die Rechtsnatur der Kartellsanktion und die Unternehmereigenschaft des Sanktionsadressaten als generelle Begründungen der Anwendungsreduktion der Grundrechte ausgemacht. Nach der hier vertretenen Auffassung kommt eine Legitimierung aufgrund der Rechtsnatur jedoch von vornherein – auch für andere strafrechtliche Verfahrensrechte – nicht in Betracht. Für alle strafrechtlichen Verfahrensrechte, die im Kartellermittlungsverfahren aufgrund der Zuordnung zum Strafrecht im weiteren Sinne reduziert werden und im Kriminalstrafverfahren nicht aufgrund der Unternehmereigenschaft beschränkbar sind, ist die Untersuchungsmethode daher nicht anwendbar.

In Bezug auf die Lösung der Schutzlücke muss zudem nach der Rechtsprechung eine grundrechtliche Einschätzungsprärogative des nationalen Gesetzgebers bestehen. Nur wenn die Ausgestaltung über das Bestehen oder den Umfang eines Grundrechts nach oben oder unten abweichen kann, ist eine Divergenz zwischen dem unionsrechtlichen und dem nationalstaatlichen Grundrechtsschutz denkbar. Steht etwa nach Art. 47 Abs. 2 GRCh bzw. Art. 6 Abs. 1 EMRK i. V. m. Art. 52 Abs. 3 GRCh bereits fest, dass über eine strafrechtliche Anklage in einem Kriminalstrafverfahren von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht entschieden werden muss, ist der höchste Grundrechtsschutz bereits für die Vertragsparteien der EMRK und Mitgliedstaaten der EU verpflichtend. Es existiert damit keine Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten mehr, sodass sich die Suche nach einer gemeinsamen abweichenden Verfassungsüberlieferung erübrigt.

Eine spezifische Begründung für die Reduktion des nemo tenetur-Grundsatzes ergibt sich aus der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH hingegen nicht. Dies kann bei anderen strafrechtlichen Verfahrensrechten anders sein: Für den Umfang des Anwaltsprivilegs im Rahmen des Rechts auf eine effek-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tive Verteidigung i. S. d. Art. 47 Abs. 2 GRCh würde eine Untersuchung der spezifischen Begründung etwa ergeben, dass der Schutz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant im Kartellermittlungsverfahren nicht auf den Syndikusanwalt erstreckt wird. Dessen Schriftverkehr unterliegt im Rahmen der Nachprüfungen der Herausgabepflicht.[20] Begründet wird dies damit, dass der Rechtsanwalt ausschließlich in seiner unabhängigen Stellung aufgrund seiner Funktion als Organ der Rechtspflege schutzwürdig erscheint.[21] Aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit sowie engen Bindung an den Arbeitgeber ist diese berufliche Unabhängigkeit des Syndikus hingegen nicht gewährleistet.[22]

Stehen der so überprüfte Grundrechtsstandard und die Begründungsansätze fest, kann die Auswahl des nationalen Vergleichsausschnitts folgen, der zur Präzisierung des unionsrechtlichen Grundrechtsstandards herangezogen werden soll.

III. Auswahl des nationalen Rechtsausschnitts

Die Auswahl des nationalen Vergleichsausschnitts hängt dabei vom Kontext des jeweils zu untersuchenden Grundrechts ab. Abstrakt ist derjenige Rechtsausschnitt des nationalen Rechts zu wählen, der am ehesten dem herausgearbeiteten Grundrechtsausschnitt im Unionsrecht entspricht und daher am ehesten einen Vergleich der Rechtslage und der jeweiligen Begründungsansätze erlaubt. Welcher das ist, wird erheblich von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängen. Das Recht auf eine wirksame Verteidigung etwa kann im Unionsrecht in Zivil-, Verwaltungs- oder Strafverfahren gegen natürliche oder juristische Personen relevant werden oder unterschiedlich schwere Sanktionsfolgen umfassen. Daneben wird sich die seltene Genese eines neuen Grundrechts eher an den Verfassungen der Mitgliedstaaten, die Auslegung der Verfahrensrechte eher am einfachen Recht orientieren. All dies hat Auswirkungen auf die Wahl des nationalen Vergleichsausschnitts.

Für das Kartellermittlungsverfahren wurden diese Erwägungen bereits vorgenommen, sodass auch der Anwendungsumfang weiterer strafrechtlicher Verfahrensrechte am ehesten am nationalen Unternehmensstraf- und Verbandssanktionsverfahrensrecht der Mitgliedstaaten zu messen ist.

---

[20] EuGH, U. v. 18.5.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 18 ff., 27.

[21] EuGH, U. v. 18.5.1982 – AM & S – Rs. C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 24.

[22] EuGH, U. v. 14.9.2010 – Akzo Nobel – Rs. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 44 ff., Rn. 49; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 2573 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Durchführung der wertenden Rechtsvergleichung

Auf dieser Vorarbeit kann sodann die wertende Rechtsvergleichung der nationalen Rechtsordnungen erfolgen. Dabei sind die in der Untersuchung herausgearbeiteten methodologischen Grundsätze zu beachten, auf die verwiesen wird.[23] Abstrakt muss der Rechtsvergleich die faktische Rechtslage der Mitgliedstaaten herausarbeiten und sodann wertend vergleichen. Soweit vorhanden, sind Rechtsprechung und Literatur einzubeziehen. Dabei gilt es, kritisch zu prüfen, ob Besonderheiten der nationalen Rechtsordnung eine Vergleichbarkeit ausschließen. Es ist nicht immer damit zu rechnen, dass eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung so deutlich zutage tritt wie im Rahmen des nemo tenetur-Grundsatzes.[24]

Für die weiteren Verfahrensrechte käme es darauf an, wie und in welchem Umfang die Verbandssanktions- und Unternehmensstrafverfahren das rechtliche Gehör, die Ladung von Zeugen sowie den Zugang der Öffentlichkeit, das Akteneinsichtsrecht und die Unschuldsvermutung gegenüber juristischen Personen konkret ausgestalten. Speziell für das Anwaltsprivileg wäre zu prüfen, die nationalen Unternehmensstrafverfahren – anders als das Unionsrecht – den Rechtsverkehr zwischen dem Syndikusanwalt und dem Mandanten ebenfalls schützen und ob ersichtlich wird, auf welcher Grundlage dies geschieht. Zudem wäre entscheidend, ob dies von einer Mehrzahl der Mitgliedstaaten, die auch einen erheblichen Teil der Bevölkerung der Union repräsentieren, so gehandhabt wird. Ist beides – wie hier einmal vermutet wird – nicht der Fall, endete die Untersuchung an dieser Stelle, da keine gemeinsame Verfassungsüberlieferung festgestellt werden konnte. Dies bedeutete, dass die Untersuchungsmethode unergiebig wäre, weil sich aus der Betrachtung der Mitgliedstaaten kein höherer Grundrechtsstandard ergäbe. Eine Anhebung des Verfahrensstandards im Sinne einer Ausweitung des Anwaltsprivilegs auch auf Syndikusanwälte wäre danach nicht indiziert.[25]

---

[23] Vgl. oben unter 4. Teil 2. Kap. § 2.

[24] *Pietsch*, Das Schrankenregime, S. 157, 172, der sehr skeptisch ist, was die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen überhaupt zu Leisten imstande sind. Er versucht jedoch bereits 2005, den Grundrechtsstandard der Charta umfassend anhand der Verfassungsüberlieferungen auszugestalten, was nicht gelingen kann. Hier hingegen wurde der Ansatz umgekehrt zur Präzisierung des lückenhaften unionalen Grundrechtsstandards herangezogen. An der Tauglichkeit hieran bestehen letztlich keine Bedenken.

[25] Möglicherweise böte sich hier sogar ein Vergleich zum nationalen Individualstrafverfahren an. Wird das Anwaltsprivileg im nationalen Recht nicht einmal gegenüber natürlichen Personen auf den Syndikusanwalt übertragen, ist die Geltung für juristische Personen einer noch stärkeren Begründung unterworfen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ergibt sich für andere Verfahrensrechte eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung eines höheren Grundrechtsstandards, folgt die Übertragbarkeitsprüfung auf das Unionsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz.

C. Prüfung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes

Für die Prüfung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes werden die jeweiligen Schutzzwecke des Grundrechts relevant. Geprüft werden müsste, ob diese einer Übertragung auf das Unionsrecht entgegenstehen. Hinsichtlich der Einzelheiten kann auch hier auf die dargestellte Untersuchungsmethodologie verwiesen werden.[26]

Aus der besonderen Herleitung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen aus den Unternehmensstrafverfahren dürften sich regelmäßig keine spezifischen unionsrechtlichen Gründe ergeben, weshalb der Standard nicht auch dort gelten kann. Hierzu bedarf es jedoch stets einer Einzelfallbetrachtung der Gesamtumstände. Steht der Grundrechtsstandard der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als allgemeiner Rechtsgrundsatz fest, besteht nach Art. 6 Abs. 3 EUV ein verbindlicher Anpassungsanspruch an das nationale Grundrechtsniveau.

§ 3 Grundlegende Überlegungen für ausgesuchte Verfahrensgrundsätze

A. Öffentlichkeitsgrundsatz

Nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh hat jede Person ein Recht auf ein öffentlich verhandeltes Verfahren. Artikel 6 Abs. 1 S. 2 EMRK enthält darüber hinaus die Pflicht zur öffentlichen Urteilsverkündung. Die inhaltlich vergleichbaren Schutzbereiche der EMRK und GRCh umfassen dabei sowohl den Zutritt der Öffentlichkeit als auch die tatsächliche öffentliche Verhandlung.[27] Für den EGMR dient diese öffentliche Kontrolle der Verhinderung einer Geheimjustiz, der Stärkung der Sichtbarkeit der Justiz, dem Erhalt des Vertrauens in diese durch die Öffentlichkeit und damit der Gewährleistung eines Grundprinzips des fairen Verfahrens sowie jeder demokratischen Gesellschaft.[28]

Das Kartellvorermittlungsverfahren findet allerdings schriftlich und daher nicht öffentlich statt. Gleiches gilt für das kontradiktorische Verfahren, die

[26] Vgl. oben unter 4. Teil 3. Kap.

[27] *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 51 u. 57.

[28] EGMR, U. v. 17.1.2008 – Ryakib Biryukov/Russland – Nr. 14810/02, Rn. 30.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Durchführung der Anhörung vor dem Anhörungsbeauftragten, wie sie sich aus Art. 14 Abs. 6 S. 1 VO 773/2004 ergibt, oder die Kartellbußgeldbeschlüsse der Kommission als Kollegialorgan. Dies betrifft jedoch nicht das nachgelagerte gerichtliche Anfechtungsverfahren der Entscheidung vor dem EuG, bei dem Verhandlung und Urteilsverkündung öffentlich sind.[29]

Dieser kurze Rechtsprechungsüberblick genügt bereits, um zu veranschaulichen, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz hier nicht – etwa aufgrund der verwaltungsrechtlichen Rechtsnatur oder der Unternehmereigenschaft der Sanktionsadressaten – reduziert wird. Der Schutzbereich umfasst viel eher generell nur das gerichtliche Verfahren. Der Kritik betrifft damit nicht den gegenwärtigen Grundrechtsstandard, sondern verlangt eine Erweiterung, die wohl an die Grenze der Neuschöpfung eines Öffentlichkeitsgrundsatzes reicht, der auch für das (verwaltungs- oder strafrechtliche) Vorermittlungsverfahren gilt. Die Untersuchungsmethode würde damit zur Genese eines neuen Grundrechtsmaßstabes – mit strengen Anforderungen – herangezogen werden, um zu prüfen, ob die Verfassungen der Mitgliedstaaten den Öffentlichkeitsgrundsatz auch auf das Verwaltungsverfahren erstrecken. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob das *kontradiktorische* Verfahren gegenwärtig als gerichtliches Verfahren durchgeführt werden müsste, weil die strafrechtliche Rechtsnatur nicht ausgeschlossen werden kann. Dies betrifft nicht die Ausweitung des Öffentlichkeitsgrundsatzes, der dann – im gerichtlichen Verfahren – wie gewohnt Anwendung fände.

Die Untersuchungsmethode wäre also nur dann fruchtbar, wenn die nationalen Verfassungsordnungen den Öffentlichkeitsgrundsatz über das gerichtliche- auch auf das Voruntersuchungsverfahren ausdehnten. Davon ist jedoch nicht auszugehen.

B. Konfrontationsrecht

Artikel 6 Abs. 3 lit. d EMRK enthält als Ausfluss des fairen Verfahrens[30] das Recht:

> „Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten."

Vor einer Verurteilung muss dem Angeklagten eine angemessene und ausreichende Gelegenheit gegeben werden, belastende Zeugenaussagen zu be-

---

[29] Vgl. im Umkehrschluss: Art. 57 der Verfahrensordnung des Gerichts zur mündlichen Verhandlung, sowie Art. 82 § 1 der Verfahrensordnung des Gerichts zur Urteilsverkündung.

[30] EGMR, U. v. 23.4.1997 – Mechelen u. a./Niederlande – Nr. 21363/93 u. a., Rn. 49.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

streiten und deren Urheber zu befragen.[31] Das Konfrontationsrecht ist auch unionsrechtlich in Art. 47 Abs. 2 GRCh bzw. Art. 48 Abs. 2 GRCh in Bezug auf natürliche Personen garantiert.[32] Dessen Geltung für Unternehmen im Kartellermittlungsverfahren ist in der VO 1/2003 jedoch nicht erwähnt und durch die Unionsgerichte lediglich rudimentär vorgegeben. Nach Art. 10 Abs. 3 VO 773/2004 können die Parteien *nach* der Mitteilung der Beschwerdepunkte „der Kommission die Anhörung von Personen vorschlagen, die in ihren Ausführungen vorgetragenen Tatsachen bestätigen können". Eine Vernehmungspflicht ergibt sich dadurch jedoch nicht, da der Anwendungsumfang des Konfrontationsrechts konventions- und unionsrechtlich nicht absolut gewährt wird.[33] Nach dem EuG:

> „[…] muss die Kommission im Verwaltungsverfahren die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten […]. Sie ist jedoch, auch wenn sie natürliche oder juristische Personen anhören kann, sofern sie dies für erforderlich hält, nicht berechtigt, Belastungszeugen ohne deren Einverständnis vorzuladen. Außerdem stellt die Tatsache, dass die Kommission nach dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft nicht verpflichtet ist, Entlastungszeugen vorzuladen, deren Anhörung beantragt wird, keinen Verstoß gegen die oben genannten Grundsätze dar […]."[34]

Obschon das EuG die Geltung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK anzuerkennen scheint, wird die Ablehnung damit begründet werden, dass es sich bei der Kommission nicht um ein Gericht i. S. d. Art. 6 EMRK handele und im Übrigen die Verordnung (damals 17/62) bestimmt, dass Entscheidungen der Kommission nicht strafrechtlicher Art seien.[35] Dem Gericht stünde – nach der damit übernommenen Rechtsprechung des EGMR[36] – ein „angemessener Ermessensspielraum" zu, ob die Waffengleichheit durch eine angemessene

---

[31] EGMR (GK), U. v. 23.3.2016 – Blokhin/Russland – Nr. 47152/06, Rn. 200, vom EuGH übernommen EuGH, U. v. 15.9.2022 – DD – Rs. C-347/21, ECLI:EU:C:2022:692, Rn. 34, unter explizitem Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR.

[32] Die genaue Herleitung ist umstritten. Nach den Erläuterungen zur Charta entspricht Art. 48 jedoch Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK, vgl. Erläuterungen zur Charta v. 14.12.2007, Abl. C 303/17.

[33] EGMR, U. v. 18.12.2018 – Murtazaliyeva/Russland – Nr. 36658/05, Rn. 163 f.; EGMR, U. v. 23.4.1997 – Mechelen u. a./Niederlande – Nr. 21363/93 u. a., Rn. 58; EuG, U. v. 11.7.2019 – Silver Plastic – Rs. T-582/15, ECLI:EU:T:2019:497, Rn. 228, einen Rechtsfehler verneinend der EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastic – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C:2020:857, Rn. 61 f.

[34] EuG, U. v. 26.4.2007 – Bolloré u. a. – Rs. T109/02 u. a., ECLI:EU:T:2007:115, Rn. 87; unter Verweis auf EuG, U. v. 20.3.2002 – HFB u. a. – Rs. T-9/99, ECLI:EU:T:2002:70, Rn. 392.

[35] EuG, U. v. 26.4.2007 – Bolloré u. a. – Rs. T-109/02 u. a., ECLI:EU:T:2007:115, Rn. 86, m. w. N.

[36] Vgl. EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastic – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C:2020:857, Rn. 61; schon und ausdrücklich auch EuGH, U. v. 28.6.2005 – Dansk Rørindustri – verb. Rs. C-189/02 P u. a. – ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 69 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sowie ausreichende Gelegenheit gewährleistet ist, dem Verdacht entgegenzutreten.[37] Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlange zudem dann keine Zeugenvernehmung, wenn die Kommission den Sachverhalt für hinreichend geklärt halte.[38]

Die überblicksartige Rechtsprechungsübersicht impliziert damit eine Grundrechtsschutzlücke in Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung des Anwendungsumfangs des Konfrontationsrechts im Kartellermittlungsverfahren. Schließt man – nach hier vertretener Auffassung – die „nicht strafrechtliche Rechtsnatur" als legitimierendes Begründungskonstrukt aus, verbleiben die Unternehmereigenschaft und das Ermessen des Gerichts als Argument zur Einschränkung des Konfrontationsrechts. Ob dessen Anwendungsumfang von den Unionsgerichten zutreffenderweise genau mit dem Mindeststandard der EMRK kongruent ist, erscheint fraglich. Den Mitgliedstaaten steht jedenfalls eine Gestaltungsfreiheit zu, ob sie die Vorgaben des EGMR überschießend umsetzen wollen. *Prima facie* erschiene es daher möglich, zur Konkretisierung des unionsrechtlichen Grundrechtsstandards zu überprüfen, ob die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten einen höheren Grundrechtsstandard vorsehen. Dieser könnte ggf. darin liegen, dass das Konfrontationsrecht absolut oder bereits im Vorermittlungsverfahren gewährleistet wird. Möglich wäre allerdings auch, dass die Mitgliedstaaten das Konfrontationsrecht im Unternehmenssanktionsrecht auf dem EMRK-Niveau gewährleisten.

C. Akteneinsichtsrecht

Als Ausfluss des fairen Verfahrens und der Waffengleichheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK konkretisiert sich im Anspruch auf rechtliches Gehör und dem Recht auf einen wirksamen, effektiven Rechtsbehelf nach Art. 47 Abs. 1 und 2 GRCh das Recht auf Akteneinsicht.[39] Danach besteht für die staatliche Ermittlungsbehörde eine Offenlegungspflicht für alle relevanten Beweismit-

---

[37] EuGH, U. v. 19.12.2013 – Siemens – Rs. C-239/11 P, ECLI:EU:C:2013:866, Rn. 324 f.; EuG, U. v. 11.7.2019 – Silver Plastic – Rs. T-582/15, ECLI:EU:T:2019:497, Rn. 201 f. zum Ermessensspielraum.

[38] EuG, U. v. 11.7.2019 – Silver Plastic – Rs. T-582/15, ECLI:EU:T:2019:497, Rn. 201 f., 228; bestätigt durch EuGH, U. v. 22.10.2020 – Silver Plastic – Rs. C-702/19 P, ECLI:EU:C:2020:857, Rn. 44 ff.

[39] *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 133 f. und die dort angegebene Rechtsprechung; *Jarass*, GRCh, Art. 47 GRCh, Rn. 41. Das Recht überschneidet sich auch mit dem Recht auf gute Verwaltung nach Art. 41 GRCh, sowie dem Recht auf Zugang zu Dokumenten, vgl. *ders.*, GRCh, Art. 41 GRCh, Rn. 24.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

teln für oder gegen den Angeklagten.[40] Telos der Akteneinsicht ist es nach dem EuGH, den betroffenen Unternehmen von den Beweismitteln, über die die Kommission verfügt, Kenntnis zu nehmen und ihre Verteidigungsrechte wirksam auszuüben.[41] Konsequenterweise haben die Parteien im Kartellermittlungsverfahren nach Art. 27 Abs. 2 VO 1/2003 das Recht auf Akteneinsicht, das nach Art. 15 Abs. 1 VO 773/2014 nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte gewährt wird. Ausgenommen sind Geschäftsgeheimnisse, andere vertrauliche Informationen, interne Kommissionsunterlagen sowie der Informationsaustausch im ECN. Das Akteneinsichtsrecht wird damit in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht beschränkt.[42] Nach dem EuG würde eine zeitliche Erstreckung des Akteneinsichtsrechts auf den Zeitraum vor der Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Effizienz der Untersuchung beeinträchtigt, da betroffene Unternehmen bereits im Abschnitt der Voruntersuchung erfahren würden, welche Informationen der Kommission bekannt sind und welche mithin noch vor ihr verborgen werden können.[43] Auch der EGMR erkennt grundsätzlich das Interessen an, die Einsichtnahme im laufenden Ermittlungsverfahren zu beschränken, um die Manipulation von Beweismitteln sowie die Unterminierung der Rechtspflege zu vermeiden. Dies dürfe aber keinesfalls zu einer *substanziellen* Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte führen.[44] Wo die legitimen Reduktionsgrenzen liegen, ist indes unklar und nur im Einzelfall prüfbar.

Die Legitimität der zeitlichen und materiellen Reduktion des Grundrechtsschutzes im Kartellermittlungsverfahren ließe sich anhand der Untersuchungsmethode überprüfen. Dabei ein Legitimationsdefizit auszumachen, dürfte inhaltlich allerdings schwierig werden. Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen müssten zunächst einen höheren Grundrechtsstandard für das Akten-

---

[40] EGMR, U. v. 16.11.2006 – Klimentyev/Russland – Nr. 46503/99, Rn. 109: „the prosecution's duty of disclosure […] requires the investigative authorities to disclose to the defence all material evidence both for and against the accused."

[41] EuGH, U. v. 10.5.2007 – SGL Carbon – Rs. C-328/05 P, ECLI:EU:C:2007:277, Rn. 55 und die dort angegebene Rechtsprechung.

[42] *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 133, teilweise wird auch beschränkt, wer das Zugangsrecht erhält.

[43] EuG, U. v. 20.06.2018 – České dráhy – Rs. T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, Rn. 46.

[44] EGMR, U. v. 13.2.2001 – Garcia Alva/Deutschland – Nr. 23541/94, Rn. 42: „The Court acknowledges the need for criminal investigations to be conducted efficiently, which may imply that part of the information collected during them is to be kept secret in order to prevent suspects from tampering with evidence and undermining the course of justice. However, this legitimate goal cannot be pursued at the expense of substantial restrictions on the rights of the defence. Therefore, information which is essential for the assessment of the lawfulness of a detention should be made available in an appropriate manner to the suspect's lawyer."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einsichtsrecht gewähren. Da eine Reduktion im Unionsrecht nicht spezifisch an der Rechtsnatur oder der Unternehmereigenschaft festgemacht wird, erschiene die Heranziehung des nationalen Straf- und Verwaltungsverfahrensrechts möglich. Beide dürften die Akteneinsicht regelmäßig nicht vor dem Abschluss der Ermittlungen und der Überreichung der Anklageschrift bzw. dem Erlass des Beschlusses vorsehen.

Selbst wenn eine solche gemeinsame Verfassungsüberlieferung festgestellt würde, stünden einer Übertragung auf das Unionsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz spezifische unionsrechtliche Bedenken entgegen: In zeitlicher Hinsicht wäre ein Akteneinsichtsrecht nach Abschluss der Ermittlungen zwar vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte denkbar. Materiell scheitert eine umfassende Akteneinsicht aber daran, dass der Telos des Europäischen Wettbewerbsrechts unterlaufen würde, wenn Unternehmen, die wegen unzulässiger Marktabsprachen sanktioniert werden sollen, Einblicke in die Geschäftsunterlagen, Marktaufteilungen, Produktinformationen, Einkaufs- und Verkaufspreislisten ihrer Konkurrenten erhielten.

Eine ggf. nationalrechtlich implizierte inhaltliche Erweiterung des Akteneinsichtsrechts dürfte folglich an einer Übertragbarkeit ins europäische Kartellermittlungsverfahren scheitern.

D. Unschuldsvermutung

Die Unschuldsvermutung ergibt sich als allgemeiner strafrechtlicher Verfahrensgrundsatz aus Art. 6 Abs. 2 EMRK sowie Art. 48 Abs. 1 GRCh. Angeklagte Personen gelten danach als unschuldig, bis ihre Schuld in einem gerichtlichen Verfahren gesetzlich nachgewiesen ist.[45] Der EuGH hat die Geltung früh als Grundrecht in der Gemeinschaftsrechtsordnung anerkannt und ausdrücklich auf das Wettbewerbssanktionsrecht sowie Unternehmen erstreckt. Es sei anzuerkennen:

> „[…] daß der Grundsatz der Unschuldsvermutung angesichts der Art der fraglichen Zuwiderhandlungen sowie der Art und der Schwere der für sie verhängten Sanktionen in Verfahren wegen der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln anwendbar ist, die zur Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern führen können […].“[46]

Aus der Unschuldsvermutung folgen diverse Schutzmechanismen auch für das Ermittlungsverfahren, die sich im Rahmen der *Beweislastverteilung* oder der *Unvoreingenommenheit* der Entscheidung niederschlagen. So trägt die

[45] *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 177.

[46] EuGH, U. v. 8.7.1999 – Hüls – Rs. C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:359, Rn. 150, vgl. auch Rn. 149; EuGH, U. v. 21.9.2006 – JCB – Rs. C-167/04 P, ECLI:EU:C:2006:594, Rn. 90 und die dort angegebene Rechtsprechung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ermittlungsbehörde die Darlegungs- und Beweislast für die Schuld des Angeklagten und es ist unzulässig, von vornherein von der Schuld des Angeklagten auszugehen.[47] Beide Schutzzwecke dienen dazu, das Vertrauen in die Unparteilichkeit der Bürger in die demokratischen Institutionen aufrechtzuerhalten.[48] Der Anwendungsumfang der Unschuldsvermutung wird vom EGMR allerdings nicht absolut gewährt und im Einzelfall weitestgehend dem Ermessen der nationalen Gerichte und Rechtsordnungen überlassen, die das nationale Recht strenger auslegen können.[49] Überträgt man diese Grundsätze auf das Kartellermittlungsverfahren, zeigt sich, dass die VO 1/2003 und VO 773/2004 keinen Hinweis auf die Unschuldsvermutung enthalten.

I. Beweislastverteilung

In Hinblick auf die *Beweislastverteilung* statuiert Art. 2 S. 2 VO 1/2003 aber eine Beweislast der Kommission für Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 Abs. 1 oder Art. 102 AEUV.[50] Die Beweislast für die rechtfertigenden Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV obliegt jedoch (beschuldigten) Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen. Nach dem EGMR ist die Beweislastverschiebung zulasten des Beschuldigten jedoch unzulässig.[51] Dies umfasst sowohl den Nachweis der belastenden Tatbestandsvoraussetzungen als auch das Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen.[52] Das EuG weist dementgegen in ständiger Rechtsprechung darauf hin, dass:

---

47 EGMR, U. v. 20.3.2001 – Telfner/Österreich – Nr. 33501/96, Rn. 15; vgl. schon EGMR, U. v. 6.12.1988 – Barberà u. a./Spanien – Nr. 10590/83, Rn. 77.

48 EGMR, U. v. 11.6.2009 – Dubus/Frankreich – Nr. 5242/04, Rn. 53.

49 EGMR, U. v. 20.3.2001 – Telfner/Österreich – Nr. 33501/96, Rn. 15: „The Court recalls that, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them, while it is for the Court to ascertain that the proceedings considered as a whole were fair, which in case of criminal proceedings includes the observance of the presumption of innocence.“; vgl. auch *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 179.

50 Dabei genügt dem EuG ein Indizienbündel, vgl. EuG, U. v. 18.6.2013 – ICF – Rs. T-406/08, ECLI:EU:T:2013:322, Rn. 68.

51 Vgl. EGMR, U. v. 8.2.1996 – John Murray/Vereinigtes Königreich – Nr. 18731/91, Rn. 54 (letzter Satz), wobei ein Rechtsfehler in diesem Verfahren insoweit nicht festgestellt wurde.

52 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 1183 ff., der lediglich auf eine Entscheidung des EKMR, E. v. 11.12.1981 – Lingens u. Leitgeb/Österreich – Nr. 8803/79, Rn. 4, hinweist, die einen presserechtlichen Ausnahmefall des Persönlichkeitsschutzes im Rahmen der üblen Nachrede betrifft und damit die Regel bestätigt. Frenz geht aber insoweit von einer partiellen Darlegungslast aus, a. a. O., Rn. 1186; *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 153.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] das Unternehmen, das sich gegenüber der Feststellung einer Zuwiderhandlung auf eine Rechtfertigung berufen möchte, den Nachweis zu erbringen hat, dass die Voraussetzungen für diese Rechtfertigung erfüllt sind […].“[53]

Einen Verweis auf die Unschuldsvermutung oder eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR findet dabei nicht statt.[54] Konsequenterweise fehlt auch eine grundrechtliche Begründung. Ob diese Beweislastverteilung gegenwärtig mit Art. 48 Abs. 1 GRCh vereinbar ist, ließe sich daher durch einen Vergleich der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen überprüfen. Dabei dürfte zu erwarten sein, dass im Unternehmenssanktionsrecht keine Beweislastverschiebung zulasten der Unternehmen stattfindet.[55] In Ermangelung einer Begründung stünden einer Übertragung auf das Unionsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz *prima facie* keine Argumente entgegen.

II. Unvoreingenommenheit

In Bezug auf die *Unvoreingenommenheit* des Richters oder anderer Entscheidungsinstanzen wurde bereits dargelegt, dass diese nicht von der Schuld des Angeklagten ausgehen dürfen.[56] Dies bedeutet nach dem EGMR und dem EuG, dass das Verhalten des Richters keinen begründeten Anlass geben darf, das die Vermutung einer Parteilichkeit, die Prüfung entlastender Anhaltspunkte oder die Voreingenommenheit in Hinblick auf die Schuld in Zweifel ziehen kann.[57] Generalanwältin Kokott verweist auf die Differenzierung der Rechtsprechung zwischen der *subjektiven* Unparteilichkeit,[58] wonach kein Bediensteter der betroffenen Stelle in irgendeiner Weise Voreingenommenheit

---

53 EuG, U. v. 18.6.2013 – ICF – Rs. T-406/08, ECLI:EU:T:2013:322, Rn. 66, und die dort angegebene Rechtsprechung.

54 So auch schon *Henn* in Bezug auf ältere Rechtsprechung: *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 153.

55 Eine Darlegungs- und Beweislast des Unternehmens für die sachliche Rechtfertigung der Verhaltensweisen sieht hingegen § 19a Abs. 2 S. 2 GWB vor.

56 Zur Erstreckung auch auf andere öffentliche Autoritäten: EGMR, U. v. 10.10.2000 – Daktaras/Litauen – Nr. 42095/98, Rn. 42; vgl. auch *F. Meyer*, in: Karpenstein/Franz C. Mayer EMRK, Art. 6 EMRK, Rn. 180.

57 EGMR, U. v. 20.3.2001 – Telfner/Österreich – Nr. 33501/96, Rn. 15; EGMR, U. v. 10.10.2000 – Daktaras/Litauen – Nr. 42095/98, Rn. 41; EGMR, U. v. 6.12.1988 – Barberà u. a./Spanien – Nr. 10590/83, Rn. 77; EuG, U. v. 26.6.2008 – SIC – Rs. T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228; EuG, U. v. 13.1.2004 – JCB – Rs. T-67/01, ECLI:EU:T:2004:3, Rn. 47; *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 143; de Bronett, WUW 2012, S. 1163, S. 1169.

58 EuGH, U. v. 19.2.2009 – Koldo Gorostiaga Atxalandabaso – Rs. C-308/07 P, ECLI:EU:C:2009:103, Rn. 46: „keines seiner Mitglieder darf Voreingenommenheit oder persönliche Vorurteile an den Tag legen, wobei die persönliche Unparteilichkeit bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird“.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

oder persönliche Vorurteile an den Tag legen darf, und der *objektiven* Unparteilichkeit,[59] wonach hinreichende Garantien bestehen müssen, um jeden berechtigten Zweifel an der Unvoreingenommenheit der befassten Stelle auszuschließen.[60] Die konkrete Ausgestaltung des Anwendungsumfangs dieser Unvoreingenommenheit ist aber sowohl nach der EMRK als auch der GRCh nur unklar umrissen. Nicht genügen soll es jedenfalls, wenn die Kommission zweimal hintereinander eine Mitteilung der Beschwerdepunkte erlässt.[61]

Die Legitimität der Reduktion dieses strafverfahrensrechtlichen Grundsatzes im Kartellvorermittlungsverfahren gegen Unternehmen bleibt damit unausgegoren. So verfassen die ermittelnden Inspektoren der Generaldirektion Wettbewerb zugleich die Mitteilung der Beschwerdepunkte.[62] Ob und inwieweit dabei auch entlastende Umstände berücksichtigt werden, ist unklar. Geht man von einer Berücksichtigung aus, stellt sich das Folgeproblem: Die identischen Beamten der Kommission entscheiden nach der erfolgten Mitteilung der Beschwerdepunkte auch über die Stichhaltigkeit der etwaig von den Unternehmen vorgebrachten Gegenargumente. Waren diese Beamten indes zuvor von der Marktmacht, dem abgesprochenen Verhalten und der Schuld des Unternehmens überzeugt, erscheint jedenfalls fraglich, ob die Beamten sich unvoreingenommen den Gegenargumenten stellen (sog. *confirmation bias*).[63] Dies erforderte im Zweifel, die bereits getroffene Entscheidung zu revidieren und eigene Fehler einzugestehen. Auch wenn die Beamten der Kommission nach bestem Wissen und Gewissen handeln, ist doch bereits der behördeninterne Ablauf des Kartellverfahrens geeignet, die Vermutung der Parteilichkeit der Beamten sowie deren Voreingenommenheit in Hinblick auf die Schuld des Unternehmens in Zweifel zu ziehen.[64] Die Rechtssicherung der Unvor-

---

[59] EuGH, U. v. 19.2.2009 – Koldo Gorostiaga Atxalandabaso – Rs. C-308/07 P, ECLI:EU:C:2009:103, Rn. 46: „Zweitens muss das Gericht objektiv unparteiisch sein, d. h. hinreichende Garantien bieten, um jeden berechtigten Zweifel in dieser Hinsicht auszuschließen“, und die dort angegebene Rechtsprechung.

[60] Schlussanträge GAin Kokott v. 13.12.2012 – Ziegler – Rs. C-439/11, ECLI:EU:C:2012:800, Rn. 141.

[61] EuGH, U. v. 21.9.2006 – JCB – Rs. C-167/04 P, ECLI:EU:C:2006:594, Rn. 91 ff.

[62] Vgl. hierzu ausführlicher auch: *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 144 f.

[63] Vgl. hierzu schon ausführlich *Wils*, World Competition 27, 2004, S. 201, S. 201 ff.; *Forrester*, ELR 2009, S. 817 – 843, S. 836, gemeint ist damit die grundsätzliche (und natürliche und nachvollziehbare) Tendenz einer Ermittlungsperson, nicht nur die Beweismittel stärker zu betrachten, die eine Verletzung des Wettbewerbsrechts indizieren, um „ihren Fall“ durchzubringen, sondern auch von der einmal getroffenen Entscheidung nicht wieder abzurücken.

[64] Dies gilt gleichermaßen für jedweden Entscheidungsträger, vgl. auch de Bronett, WUW 2012, S. 1163, S. 1168, der die Kritik präzisiert: Nicht so sehr die Vorbe-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eingenommenheit ist zudem nicht gewährleistet, da keine Möglichkeit besteht, Befangenheitsanträge gegen die Beamten der Kommission zu stellen.[65] Hier offenbart sich erneut die Kritik an der Kumulierung der Ermittlungs-, Anklage- und Durchsetzungsfunktion der Generaldirektion.

Die Sinnhaftigkeit einer Überprüfung dieser Grundsätze anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen erscheint indessen zweifelhaft. Nach hier vertretener Ansicht kommt eine Legitimation anhand der nationalen Ordnungswidrigkeitenverfahren – soweit vorhanden – nicht in Betracht. Ein Vergleich der nationalen kriminalstrafrechtlichen Verfahren bedürfte der weiteren Vorarbeit. Voraussetzung wäre eine Gestaltungsfreiheit der nationalen Rechtsordnungen in Hinblick auf das Akkusationsprinzip,[66] also die Trennung von staatsanwaltschaftlicher Anklagefunktion und rechtsprechender Gerichtsfunktion. Artikel 6 Abs. 1 S. 1 EMRK dürfte mit dem Recht auf ein „unparteiisches Gericht" also nicht verbindlich die Trennung von Ermittlungs- und Anklage- bzw. Anklage- und Urteilsbehörde vorschreiben. Bestünde insoweit kein Wahlrecht, erübrigte sich ein Rechtsvergleich, da das Ergebnis einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung aufgrund der konventionsrechtlichen Vorgaben bereits feststünde. Naheliegender wäre dann – entgegen der hier vertretenen Ansicht – ein Vergleich mit den nationalen Kartellermittlungsverfahren.[67] Der EGMR hat die unzureichende Trennung der Ermittlungs-, Anklage- und Urteilsfunktion der französischen Bankenkommission bereits gerügt und als mit Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar erklärt, die Kumulierung von Ermittlungs- und Urteilsfunktion kann allerdings zulässig sein.[68] Nicht jede richterliche Vorbefassung mit einer Strafsache im Ermittlungsverfahren begründet zugleich eine Parteilichkeit in der Hauptsache.[69] Die OECD hat im Jahr 2005 jedoch festgestellt, dass keine ihrer Jurisdiktionen kartellrechtliche

---

teiligung am Ermittlungsverfahren ist das Problem, sondern dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Ankläger nach einer einmal gefassten Überzeugung von der Schuld die grundrechtlichen Verteidigungsrechte anschließend kaum unparteiisch beurteilen wird können bzw. dies den Eindruck bewirkt; die Kritik verschiebt sich damit freilich etwas von der Unschuldsvermutung hin zum Recht auf ein unparteiisches Gericht nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh.

[65] Vgl. hierzu auch: *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 145 f.

[66] In Deutschland ist das Akkusationsprinzip in § 151 StPO normiert, wonach die Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung durch die Klageerhebung bedingt ist, zu der nach § 152 Abs. 1 StPO grundsätzlich die Staatsanwaltschaft berufen ist.

[67] Auch ein Vergleich der Verwaltungssanktionsverfahren kann nützliche Rückschlüsse liefern, soweit ein strafrechtliches Verfahrensrecht auch dort in vollem Umfang gewährt wird.

[68] EGMR, U. v. 11.6.2009 – Dubus/Frankreich – Nr. 5242/04, Rn. 57; vgl. auch *Forrester*, ELR 2009, S. 817-843, S. 837.

[69] EGMR, U. v. 24.5.1989 – Hauschildt/Dänemark – Nr. 10486/83, Rn. 50, wobei der wesentliche Unterschied darin besteht, dass der Ermittlungsrichter im Ermittlungs-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kompetenzen an eine Behörde verteilt, die wie die Kommission aufgebaut ist.[70] Einige Länder sehen daher ggf. auch heute eine entsprechende Trennung vor.[71]

Einer Übertragung einer solchen gemeinsamen Verfassungsüberlieferung als allgemeinen Grundsatz in das Unionsrecht könnten sodann Effizienzerwägungen der gegenwärtigen Behördenstruktur entgegengehalten werden, die jedoch auf ihre genaue und stichhaltige Tragfähigkeit hin zu überprüfen wären.

E. Zwischenergebnis

Die generellen und spezifischen Überlegungen zur Übertragbarkeit des Untersuchungsgrundsatzes auf andere Verfahrensrechte zeigen deren Nutzen, um das unbestimmte Anwendungsniveau vieler strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren zu präzisieren. Der Untersuchungsgrundsatz kann so einen Beitrag zur dogmatischen Stärkung der Verfahrensgrundrechte leisten.

§ 4 Ergebnis

Mit der Genese – oder Renaissance – des Legitimationsmaßstabs der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen hat die Untersuchung hierzu ein Kontrollinstrument entwickelt. Dass der Bundesverfassungsrichter Huber den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen für den Bereich der Grundrechte der Union eine:

> „ungebrochene Relevanz, deren Bedeutung noch nicht vollständig erfasst worden ist“[72]

zukommen lassen will, trifft hier auf volle Zustimmung, erscheint realistisch betrachtet jedoch als gegenwärtiges Wunschdenken. Der Versuch einiger Vertreter im Schrifttum, die EMRK als zentralen Maßstab des strafrechtlichen Verfahrensniveaus zu machen, steht dessen eben beschriebene Mindestge-

---

verfahren nicht über die Schuld urteilt, die Beamte der Kommission im Rahmen der Mitteilung der Beschwerdepunkte hingegen schon.

[70] OECD Country Studies, European Commission – Peer Reviel of Competition Law and Policy, 2005, S. 63: „No other jurisdiction in the OECD assigns decision-making responsibility in competition enforcement to a body like the Commission“, abrufbar unter https://www.oecd.org/eu/35908641.pdf (zuletzt besucht am: 25.1.2023).

[71] *Forrester*, ELR 2009, S. 817-843, S. 838, der dies etwa für die französische Wettbewerbsbehörde annimmt; vgl. auch *Henn*, Strafrechtliche Verfahrensgarantien, S. 145, m. w. N.

[72] *Huber*, EuR 2022, S. 145-165, S. 163.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

währleistungsfunktion entgegen, die 46 Rechtsordnungen berücksichtigen will. Einzig verbleibende Rechtserkenntnisquelle zur Genese und Auslegung des Anwendungsumfangs der Chartagrundrechte bleiben damit die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen i. S. d. Art. 52 Abs. 4 GRCh. Die Durchführung einer wertenden Rechtsvergleichung, die Anforderungen zur Feststellung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung oder gar eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes sind dogmatisch nicht präzise ausgestaltet und gewähren dem EuGH einen großen Ermessensspielraum. Wer dementgegen den Maßstab aufgrund dieser berechtigten Kritik als zu unbestimmt abtut, müsste allerdings erklären, wie der konventionsrechtliche „not with full stingency"-Maßstab oder der konkrete Anwendungsumfang der strafrechtlichen Verfahrensgrundrecht sonst einer rechtsstaatlichen Überprüfung zugeführt werden kann. Ein unbestimmter Maßstab, der lediglich ein eingeschränkter Annäherungswert darstellt, ist allemal bestimmter als das blinde Vertrauen darin, dass der EuGH mit dem gegenwärtigen Stand gerade den „sweet spot" praktischer Konkordanz zwischen hinreichender Eingriffsschwere, Effektivität und Verfahrensrechten gefunden hat. Nimmt man die Methode – auch im Bewusstsein ihrer Mängel – dagegen ernst, kann daraus richterweise nur der Zwang der europäischen und nationalen Rechtsanwender und Gerichtshöfe entspringen, die Forschung der Verfassungsvergleichung zu intensivieren und die bestehenden Methoden der Genese sowie Konkretisierung gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen voranzutreiben. Die *Orkem*-Rechtsprechung hat jedenfalls veranschaulicht, dass eine inhaltlich komplexe, langwierige und im Ermessen der Unionsgerichte stehende Auslegung der Chartagrundrechte anhand der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen möglich ist. Die Untersuchung hat dem Rechtsanwender damit – in der gegenwärtig möglichen Präzision – überhaupt einen Kontrollmaßstab an die Hand gegeben, der eine Prüfung des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren erlaubt. Eine inhaltliche Rückkopplung und Rückberufung auf die wechselseitigen Grundrechtsgewährleistungen erhöhte zudem die gegenseitige Legitimation und Akzeptanz sowohl zwischen den nationalen sowie europäischen Gerichten als auch gegenüber den Grundrechtsberechtigten.

4. Kapitel

Thesen

1. Das europäische Kartellermittlungsverfahren hat ein kompetenzrechtliches sowie ein allgemeines und spezifisch verfahrensrechtliches Legitimationsdefizit.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Es ist gegenwärtig nicht überprüfbar, ob europäische Kartellsanktionen oder das Kartellverfahren dem Strafrecht im engeren oder weiteren Sinne zuzuordnen sind.
3. Förmliche Befragungs- und Nachprüfungsbeschlüsse sind materielle strafrechtliche Anklagen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK.
4. Das Stigma oder der sozial-ethische Unwertgehalt der Kartellsanktion ist kein taugliches Abgrenzungskriterium des Strafrechts im engeren oder weiteren Sinne auf Unionsebene.
5. Die Reduktion strafrechtlicher Verfahrensrechte im Kartellermittlungsverfahren *de lege lata* aufgrund der Rechtsnatur der Kartellsanktion und/oder der Unternehmereigenschaft der Adressaten ist gegenwärtig rechtsstaatlich unzulässig.
6. Die Reduktion einer Selbstbelastungsfreiheit für juristische Personen im europäischen Kartellverfahren auf eine Geständnisverweigerung sowie die bußgeldbewährten Mitwirkungspflichten im Rahmen förmlicher Befragungen oder förmlicher Nachprüfungen sind mit Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 i. V. m. Art. 52 Abs. 4 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 3 EUV unvereinbar.
7. Aus einer wertenden Rechtsvergleichung aller nationalen Unternehmensstraf- bzw. Verbandssanktionsverfahren generiert sich eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung dergestalt, dass juristische Personen der nemo tenetur-Grundsatz zusteht und ihnen im Rahmen von Befragungen oder Nachprüfungen keine Mitwirkungspflichten zukommen und sie sich nicht selbst belasten müssen.
8. Aus der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung konstituiert sich ein allgemeiner Grundsatz im Unionsrecht, dass juristische Personen im Kartellermittlungsverfahren keine Mitwirkungspflichten auferlegt werden dürfen und ihnen das Recht zu schweigen zukommt.
9. Die Lösung dieser kompetenzrechtlichen- sowie allgemeinen und spezifischen verfahrensrechtlichen Legitimationsdefizite ist lediglich durch die vollständige Gewährleistung strafrechtlicher Verfahrensrechte, der Genese einer genuin unionsrechtlichen oder einer Neubegründung der gegenwärtigen Sanktionsdogmatik möglich.
10. Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen lassen sich als zusätzliche Legitimationsquelle zur Bestimmung des Geltungs- und des Anwendungsumfangs strafrechtlicher Verfahrensrechte im europäischen Kartellverfahren fruchtbar machen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Literaturverzeichnis

Ackermann, Jürg-Beat (Hg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz – Hand- und Studienbuch, 2. Aufl., Bern 2021.

Ackermann, Jürg-Beat/*Schmid*, Niklaus (Hg.), Wirtschaft und Strafrecht – Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001.

Ackermann, Thomas, Grundrechte juristischer Personen im kartellrechtlichen Sanktionenverfahren: Ein Reformhindernis?, NZKart 2015 (1), S. 17–24.

Adams, Maurice/*Bomhoff*, Jacco, Practice and Theory in Comparative Law, 2012.

Alber, Art. 47 GRCh, in: Stern, Sachs (Hg.), Europäische Grundrechte-Charta, Kommentar, München 2016.

Albi, Anneli/*Bardutzky*, Samo (Hg.), National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law – National Reports, The Hague 2019.

Ambos, Kai, Stand und Zukunft der Strafrechtsvergleichung, Rechtswissenschaft 8, 2017 (3), S. 247–276.

Ambrus, Mónika, Comparative Law method in the jurisprudence of the European Court of Himan Rights in the light of the rule of law, Erasmus Law Review 02 (3), S. 353–371.

Amstutz, Marc (Hg.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich 2011.

Andenaes, Johannes, The Moral or Educative Influence of Criminal Law, Journal of Social Issues 1971, 27 (2) (2), S. 17–31.

Arhold, Christoph, Das Geldbußenregime nach der Kartell-Verordnung Leitlinien der Kommissionspraxis und deren Überprüfung durch das EuG, EuZW 1999, S. 165–175.

Arnauld, Andreas v., Normenhierarchien innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts Gedanken im Prozess der Konstitutionalisierung Europas, EuR 2003 (2), S. 191–216.

Auer-Reinsdorff, Astrid/*Conrad*, Isabell (Hg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, Deutscher Anwaltverein, 3. Auflage, München 2019.

Bacher, Klaus u. a., BeckOK Kartellrecht, München 2022.

Baron, Michael, Verfassungswidriges Wettbewerbsrecht oder europarechtswidriges Verfassungsrecht?, in: Kartellrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag, München 2012, S. 25–35.

Barthe, Christoph/*Gericke*, Jan, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., München 2023.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Barthelmeß, Rudolf, Art. 18 VerfVO, in: Loewenheim, Ulrich u. a. (Hg.), Kartellrecht, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht. 4. Aufl., München 2020.

Baudisch, Ilja, Die Tragweite des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes „ne bis in idem" im dezentralen Kartellrechtsvollzug – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Rechtsdogmatik, St. Gallen 2008.

Baumann, Jürgen/*Arzt*, Günther, Kartellrecht und allgemeines Strafrecht, ZHR 1970 (134), S. 24.

Baur, Alexander/*Holle*, Maximilian, Verbandsanktionierung – Zurück auf Los?, ZRP 2022 (1), S. 18 – 21.

Baur, Jürgen F./*Müller-Graff*, Peter-Christian (Hg.), Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht – Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin 1992.

Beale, Sara Sun, Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 126 (1), S. 27 – 54.

Beazley, Ashlee u. a., Silence with caution: The right to silence in police investigations in Belgium, New Journal of European Criminal Law 12 (3), S. 408 – 426.

Bechtold, Rainer, Rechtsstaatliche Defizite im europäischen und deutschen Kartell-Bußgeldverfahren, in: Möschel, Wernhard (Hg.), 50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und in Europa, Baden-Baden 2010, S. 61 – 68.

Bechtold, Rainer/*Bosch*, Wolfgang, Der Zweck heiligt nicht alle Mittel, ZWeR 9, Heft 2, 2011 (2), S. 160 – 169.

Bechtold, Rainer/*Brinker*, Ingo, EU-Kartellrecht, Artikel 101-106 AEUV, EU-Kartell-VO 1/2003, Kommentar, 3. Aufl., München 2014.

Beck, Susanne, Strafrecht im interkulturellen Dialog, in: Beck, Susanne/Burchard, Christoph/Fateh-Moghadam, Bijan (Hg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, S. 65 – 87.

Beck, Susanne/*Burchard*, Christoph/*Fateh-Moghadam*, Bijan (Hg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011.

Becker, Art. 52 GRCh, in: Jürgen Schwarze u. a. (Hg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2019.

Bergmann, Jan, Handlexikon der Europäischen Union, 6. Auflage, Baden-Baden 2022.

Bhat, P. Ishwara, Idea and Methods of Legal Research, Delhi 2020.

Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost (Hg.), 2021, Die 10. GWB-Novelle – Das neue Kartellrecht, München 2021.

Biervert, Bernd, Der Mißbrauch von Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht – Eine Untersuchung des gemeinschaftsrechtlichen Handlungsformensystems unter Einbeziehung der Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs und Englands, Baden-Baden 1999.

Billing, Fenella M. W., The Right to Silence in Transnational Criminal Proceedings – Comparative Law Perspectives, Basel 2016.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bleckmann, Albert, Die wertende Rechtsvergleichung bei der Entwicklung europäischer Grundrechte, in: Baur, Jürgen F./Müller-Graff, Peter-Christian (Hg.), Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin 1992, S. 29 – 38.

Bleckmann, Moritz, Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union, Tübingen 2011.

Bock, Emmanuelle de, The Belgian décumul Rule: A sui generis Approach to Criminal Liability of Corporate Agents, in: Brodowski, Dominik u. a. (Hg.), Regulating Corporate Criminal Liability, Cham 2014, S. 87 – 94.

Bogdandy, Armin von, The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union, Common Market Law Review 37 (Issue 6), S. 1307 – 1338.

Bogdandy, Armin von/*Bast*, Jürgen (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009.

Bögelein, Nicole u. a., Geldstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe in Schweden – Ein Vergleich mit dem deutschen System, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 105 (2) 2022, S. 102 – 112.

Böhm, Franz, Demokratie und ökonomische Macht, Frankfurt a. M. 1960.

Böhm, Franz, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität (Hg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht, Beiträge zum übernationalen und nationalen europäischen und amerikanischen Recht, Frankfurt a. M. 1961.

Bohuslav, Lukáš, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance in the Czech Republic, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 165 – 176.

Bornkamm, Joachim/*Montag*, Frank/*Säcker*, Franz Jürgen, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle, 3. Aufl., München 2020.

Borowsky, Martin, Art. 1 GRCh, in: Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven (Hg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., München 2019.

Böse, Martin, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, Köln/Berlin 1996.

Böse, Martin, Strafbarkeit juristischer Personen – Selbstverständlichkeit oder Paradigmenwechsel im Strafrecht, ZStW 126, 2014 (1), S. 132 – 165.

Böse, Martin, Art. 83 AEUV, in: Jürgen Schwarze u. a. (Hg.), EU-Kommentar. 4. Aufl., Baden-Baden 2019.

Böse, Martin, § 1, Einleitung, in: Böse, Martin (Hg.), EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht. 2. Aufl., Baden-Baden 2021.

Böse, Martin, § 4, Kompetenzen der Union auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts, in: Böse, Martin (Hg.), EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht. 2. Aufl., Baden-Baden 2021.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Boyer, Marcel/*Kotchoni*, Rachidi, How Much Do Cartel Overcharge, in: Review of Industrial Organization, 2015 (Vol. 47; Nr. 2), S. 119–153.

Braum, Stefan, Europäische Strafgesetzlichkeit, Frankfurt a. M. 2003.

Braun, Ellen/*Galle*, René, Effektivere gerichtliche Kontrolle von EU-Kommissionsentscheidungen in Kartellbußgeldsachen: Trendwende in der EuG-Rechtsprechung?, CCZ 2013, S. 109–112.

Brecht, Holger, Änderungen an der EU-Grundrechtecharta, ZEuS 2005 (3), S. 355–394.

Breuer, Marten, Verfassungsgerichte und Verfassungsvergleichung: Die Perspektive des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Journal für Rechtspolitik Nr. 18, 2010 (4), S. 223–229.

Brinker, Ingo, Art. 101 AEUV, in: Jürgen Schwarze u. a. (Hg.), EU-Kommentar. 4. Aufl., München 2019.

Brodowski, Dominik u. a. (Hg.), 2014, Regulating Corporate Criminal Liability, Heidelberg 2014.

Bronckers, Marco/*Vallery*, Anne, Fair and Effective Competition Policy in the EU: Which Role for Authorities and Which Role for the Courts After Menarini?, European Competition Journal 8, 2012 (2), S. 283–299.

Bronett, Georg-Klaus de, Europäisches Kartellverfahrensrecht – Kommentar zur VO 1/2003, 2. Aufl., Köln 2012.

Bronett, Georg-Klaus de, Die Rechtmäßigkeit der neueren Geldbußenpraxis der EU-Kommission wegen Verstoß gegen Verfahrenspflichten nach Art. 23 Abs. 1 Verordnung Nr. 1/2003, WUW 2012 (12), S. 1163–1176.

Bronett, Georg-Klaus de, Die Harmonisierung der gerichtlichen Kartellverfahren in der EU – Verfahrenseffizienz um jeden Preis?, WUW 2016 (4), S. 153.

Bryant, Peter G./*Eckard*, E. Woodrow, Price Fixing: The Probability of Getting Caught, The Review of Economics and Statistics 73, 1991 (3), S. 531–536.

Burchard, Christoph, Perspektiven pluralistischer Strafrechtsvergleichung, Rechtswissenschaft 8, 2017 (3), S. 277–313.

Bürger, Sebastian, Der Anspruch auf ein kontradiktorisches Verfahren – Verteidigungsrecht im europäischen Kartellverfahren, 1. Aufl., Baden-Baden 2022.

Burghardt, Boris, Die Rechtsvergleichung in der völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung, in: Beck, Susanne/Burchard, Christoph/Fateh-Moghadam, Bijan (Hg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, S. 235–255.

Bussjäger, Peter, Auskunftspflichten im öffentlichen Recht und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung, LJZ 2008 29 (2), S. 43–50.

Calliess, Christian, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001 (9), S. 261–268.

Calliess, Christian/*Ruffert*, Matthias, EUV/AEUV- Kommentar, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl., München 2016.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Castillo de la Torre, Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases, World Competition 32 (Issue 4), S. 505 – 578.

Classen/Nettesheim, § 18. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftspolitik, in: Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin (Hg.), Europarecht, Ein Studienbuch. 9. Aufl., München 2021.

Coca-Vila, Ivó, Demokratisierung des Strafrechts? Zur Rolle der Strafrechtswissenschaft in der Gesetzgebung, in: Staffler, Lukas u. a. (Hg.), Strafrecht und Demokratie, 2023, S. 79 – 83.

Connor, John M./*Lande*, Robert H., How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines, Tulane Law Review 2005 (80), S. 513 – 570.

Connor, John M./*Lande*, Robert H., Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays, in: Cardozo Law Review 427 (2012), S. 428 – 490.

Coupette, Corinna/*Hartung* Dirk, RabelsZ 86 (2022), Heft 4, S. 935 – 975, 2022.

Crandall, Robert W./*Winston*, Clifford, Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence, The Journal of Economic Perspectives 2003 (Vol. 17, Nr. 4), S. 3 – 26.

Czybulka, Detlef, Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, Heidelberg 1989.

Daly, Yvonne M., Ireland: Curtailment of the right to silence through statutory adverse inferences, New Journal of European Criminal Law 12 (3), S. 347 – 364.

D'Ambra, Salvatore, Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance in Italien, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 373 – 399.

Dannecker, Christoph, Der nemo tenetur-Grundsatz prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen, ZStW 2015, 127 (2), S. 370 – 409.

Dannecker, Christoph, Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur-Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR, ZStW 127 2015, (4), S. 991 – 1017.

Dannecker, Gerhard, Sanktionen und Grundsätze des Allgemeinen Teils im Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft, in: Schünemann, Bernd/Suárez González, Carlos/Tiedemann, Klaus (Hg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Köln 1994, S. 331 – 346.

Dannecker, Gerhard, Beweiserhebung, Verfahrensgarantien und Verteidigungsrechte im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren als Vorbild für ein europäisches Sanktionsverfahren, ZStW 1999 (111), Heft 1 (Nr. 1), S. 256 – 296.

Dannecker, Gerhard, Der strafrechtliche Schutz des Wettbewerbs: Notwendigkeit und Grenzen einer Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen, in: Sieber, Ulrich/Tiedemann, Klaus (Hg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 789 – 815.

Dannecker, Gerhard, Der Grundrechtsschutz im Kartellordnungswidrigkeitenrecht im Lichte der neueren Rechtsprechung des EuGH, NZKart 2015, S. 25 – 30.

Dannecker, Gerhard, Stellungnahme zum Zwischenbericht des Bundeskartellamts zum Expertenkreis Kartellsanktionenrecht, NZKart 2015 (1), S. 14 – 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dannecker, Gerhard, Straf- und Bußgeldrechtliche Verantwortung von Unternehmen, insbesondere im Kartell-, Datenschutz- und Bankenaufsichtsrecht, de lege lata und de lege ferenda, European Integration Studies 2021, Vol. 17, Heft 1 (1), S. 11 – 41.

Dannecker, Gerhard, Zur bußgeldrechtlichen Verantwortung der Unternehmen in der Europäischen Union, NZWiSt 2022 (3), S. 85 – 99.

Dannecker, Gerhard u. a., Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, Köln 1989.

Dannecker, Gerhard/*Dannecker*, Christoph, Europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben für das materielle und formelle Unternehmensstrafrecht, NZWiSt 2016, S. 162 – 177.

Dannecker/Schröder, § 8, in: Böse, Martin (Hg.), EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht. 2. Aufl., Baden-Baden 2021.

Dannemann, Gerhard, Comparative Law: Study of Similarities or Differences?, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. Aufl., Oxford 2019, S. 390 – 422.

Dästner, Moritz, Bestimmtheitsgrundsatz und Schuldprinzip im EU-Kartellbußgeldrecht, Frankfurt a. M. 2016.

Dau-Schmidt, Kenneth G., An Economic Analysis of the Criminal Law as a Preference-Shaping Policy, Duke Law Journal 1990 (1) (1), S. 1.

Dederer, Hans-Georg, Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums, ZaöRV 2006 (3), S. 575 – 624.

Deutscher, Jörg, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung, Frankfurt a. M. 2000.

Dieckmann, Holger, § 42, Die Ermittlungsbefugnisse der Kommission, in: Wiedemann (Hg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., München 2020.

Dietrich, Otto, Modelle eines Unternehmensstrafrechts und ihre Effektivität Österreich – Verbandsverantwortlichkeit, NZWiSt 2016 (5), S. 186 – 189.

Dölling, Generalprävention durch Strafrecht, Realität oder Illusion?, ZStW 102 (1990) Heft 1, S. 1 – 20.

Dölling u. a., Gesamtes Strafrecht-Kommentar, Baden-Baden 2017.

Dorf, Yvonne, Zur Interpretation der Grundrechtecharta, JZ 2005 (3), S. 126 – 132.

Dörr, Oliver/*Grote*, Rainer/*Marauhn*, Thilo (Hg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl., Tübingen 2013.

Dougan, Michael, The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts M Dougan, CMLR 45, 2008, (Heft 3) (3), S. 617 – 703.

Dovas/Grapentin, § 35, Grenzüberschreitende Datenverarbeitung, in: Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell (Hg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht. 3. Aufl., München 2019.

Dragičević Prtenjača, Marta/*Roksandić*, Sunčana, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance in Croatia, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 137 – 163.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dreher, Meinrad, Ordnungswidrigkeitenrecht statt Strafrecht im Kartellrecht – Folgerungen für Regulierung und Kontrolle der Finanzmärkte, in: Kempf, Eberhard/Lüderssen, Klaus/Volk, Klaus (Hg.), Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?, Berlin/Boston 2011, S. 217 – 238.

Drexl, Josef, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, S. 905 – 956.

Dubber, Markus D., Comparative Criminal Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. Aufl., Oxford 2019, S. 1275 – 1305.

Eberle, Edward J., The Methodology of Comparative Law, Roger Williams University Law Review: 16, 2011 (1), S. 51 – 72.

Engelhart, Marc, Unternehmensstrafbarkeit im europäischen und internationalen Recht, eucrim 2012 (3), S. 110 – 123.

Engelhart, Marc, Verbandsverantwortlichkeit – Dogmatik und Rechtsvergleichung, NZWiSt 2015 (6), S. 201 – 210.

Eser, Albin, Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung, in: Freund, Georg/Frisch, Wolfgang (Hg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 1441 – 1466.

Eser, Albin/*Kubiciel*, Michael, in: Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven/Bernsdorff, Norbert (Hg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union. 5. Aufl., Baden-Baden 2019, S. 38 – 40.

Eser, Albin/*Perron*, Walter, Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa: Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung, MPIS, Band 152, Berlin 2015.

Fahl, Christian u. a. (Hg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015.

Fassbender, Bardo, Der einheitliche Gesetzesvorbehalt der EU-Grundrechtecharta und seine Bedeutung für die deutsche Rechtsordnung, NVwZ 2010 (17), S. 1049 – 1054.

Fateh-Moghadam, Bijan, Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung, in: Beck, Susanne/Burchard, Christoph/Fateh-Moghadam, Bijan (Hg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, S. 41 – 65.

Feigen, Hanns W./*Livonius*, Barbara, Wenn strafrechtliche Ermittlungen drohen – ein Kurzbericht aus der Praxis, ZIP 2004 (19), S. 889 – 891.

Fernandes, João Manuel, Zur Reform des portugiesischen Strafgesetzbuchs, ZStW 2009, 121 (4), S. 1025 – 1053.

Fink, Martin, Wirksamer Schutz der Verteidigungsrechte im EU-Kartellverfahren, Tübingen 2021.

Fletcher, George P., Comparative Law as a Subversive Discipline, The American Journal of Comparative Law 46, 1998 (4), S. 683 – 700.

Folz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg.), Europäisches Unionsrecht, Handkommentar. 2. Aufl., München 2018.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Forrester, Ian, Due process in EC competition cases:, ELR 2009 (34), S. 817-843.

Forrester, Ian, A Challenge for Europe's Judges: The Review of Fines in Competition Cases, ELR 2011 (2), S. 185 – 207.

FRA – Presumption of Innocence, Country Report Belgium, Presumption of Innocence: procedural rights in criminal proceedings – Country Report: Belgium, 2020.

FRA – Presumption of Innocence, Country Report Cyprus, Presumption of Innocence: procedural rights in criminal proceedings – Country Report: Cyprus, 2020.

FRA – Presumption of Innocence, Country Report Lithuania, Presumption of Innocence: procedural rights in criminal proceedings – Country Report: Lithuania, 2020.

FRA – Presumption of Innocence, Country Report Bulgaria, Presumption of Innocence: procedural rights in criminal proceedings – Country Report: Bulgaria, 2020.

Franzen, Martin u. a., Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2022.

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht, 2. Aufl., Berlin 2015.

Frese, Michael J., The Development of General Principles for EU Competition Law Enforcement – The Protection of Legal Professional Privilege, ECLR 2011, S. 1 – 22.

Freund, Georg/*Frisch*, Wolfgang (Hg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems – Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, Berlin 2013.

Fromm, Ingo E., Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/Unternehmensvereinigungen in Europa?, ZIS 2007 (7), S. 279 – 291.

Frowein, Jochen/*Peukert*, Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009.

Galetta/Grzeszick, Art. 41 GRCh, in: Stern, Sachs (Hg.), Europäische Grundrechte-Chara, Kommentar, München 2016.

Galginaitis, Juozas, Einführung in das litauische Recht, Berlin 2010.

Galle, René/*Kolf*, Fabian, Trends in der Kartellverfolgung – ein Überblick über die weltweite Behördenpraxis im Jahr 2021, CCZ 2022 (6), S. 178 – 188.

Gassner/Seith, NK-OWiG, Baden-Baden 2020.

Gebauer, Katharina, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa? – Ein Vergleich der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Strassburger Gerichtshofs mit dem Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft und dem Luxemburger Gerichtshof, Berlin 2007.

Geiger, Rudolf/*Kahn*, Daniel-Erasmus/*Kotzur*, Markus, EUV/AEUV-Kommentar, 6. Aufl., München 2017.

Geradin, Damien/*Henry*, David, The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts' Judgments, European Competition Journal 1 (2) 2005, S. 401 – 473.

Geth, Christopher, Selbstbelastungsfreiheit im Unternehmensstrafrecht – Konflikt zwischen Moderne und Tradition aus Schweizer Perspektive, ZStW 126 (1), S. 105 – 121.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Giegerich, Kap. 2, in: Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. 2. Aufl., Tübingen 2013.

Ginter, Jaan, Criminal Liability of Legal Persons in Estonia, Juridica International (XVI) 2009, S. 151 – 165.

Girdenis, Tomas u. a., Corporate Criminal Liability for the Criminal Offences in Lithuania, Statute Law Review 42, 2021 (3), S. 398 – 407.

Glenn, H. Patrick, Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions, in: Reimann, Mathias u. a. (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2019, S. 422 – 441.

Glenn, H. Patrick, Persuasive Authority, McGill Law Journal 321, 1987 (2), S. 261 – 298.

Gleß, Sabine, Nemo tenetur se ipsum accusare und verwaltungsrechtliche Auskunftspflichten, in: Fahl, Christian u. a. (Hg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, S. 723 – 736.

Goena Vives, Beatriz, Responsabilidad penal de las personas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa, RECPC 2021 (23-22), S. 1 – 52.

Gómez Tomillo, Manuel, Los derecho a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimiento de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal, Estudios Penales y Criminológicos 42, 2022, S. 1 – 33.

Gómez-Jara Díez, Carlos, Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffs, NZWiSt 119 (2), S. 290 – 333.

González López, Juan José, Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa, Revista jurídica de Castilla y León 2016 (40), S. 35 – 66.

Góralski, Piotr, Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance in Polen, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 565 – 597.

Görres-Gesellschaft (Hg.), Staatslexikon – Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, 4. Band., Freiburg i. Br. 2020.

Grabenwarter, Christoph, Die Grundrechte im Verfassungsvertrag der Europäischen Union, in: Stelzer, Manfred/Hammer, Stefan/Öhlinger, Theo (Hg.), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, Festschrift für Theo Öhlinger, Wien 2004, S. 469-485.

Grabenwarter/Pabel, in: Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. 2. Aufl., Tübingen 2013.

Grabenwarter, Christoph/*Pabel*, Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention – Ein Studienbuch, 7. Aufl., München 2021.

Grabitz, Eberhard/*Hilf*, Meinhard/*Nettesheim*, Martin, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band I – III, München 2023.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Graf, Jürgen, BeckOK-OWiG-Kommentar, 39. Auflage, München 2023.

Grave/Nyberg, Art. 101 Abs. 1 AEUV, in: Loewenheim, Ulrich u. a. (Hg.), Kartellrecht, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht. 4. Aufl., München 2020.

Greco, Luís, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin 2009.

Groeben, Hans v. d. u. a., Europäisches Unionsrecht, 1.–4. Band, 7. Auflage, Baden-Baden 2015.

Groh, Gunnar, Rechtswörterbuch, in: Weber, Klaus (Hg.), Weber – Rechtswörterbuch. 24., neu bearbeitete Aufl., München 2022.

Grossfeld, Bernhard/*Großfeld*, Bernhard, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Tübingen 1984.

Guerrini, Roberto, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen in Italien, NZWiSt 2014, S. 361–370.

Häberle, Peter, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter" Auslegungsmethode, JuristenZeitung 44, 1989 (20), S. 913–919.

Habermas, Jürgen, Legitimationsprobleme im modernen Staat, in: Kielmansegg, Peter Graf (Hg.), PSV, 1976, (Sonderheft 7) Legitimationsprobleme politischer Systeme, 7/1976, Wiesbaden 1976, S. 39–61.

Habermas, Jürgen, Between facts and norms – Contributions to a discourse theory of law and democracy, Cambridge 1996.

Hamdan, Stephanie, Absprachen im französischen Strafverfahren? – Das Verfahren der Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, Baden-Baden 2018.

Hassemer, Winfried/*Dallmeyer*, Jens, Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbußen und das Grundgesetz, Baden-Baden 2010.

Hatje, Armin, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge. 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, S. 801–582.

Haucap, Justus/*Stühmeier*, Torben, Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, WUW 2008 (4), S. 413–424.

Hauck, Pierre, Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechtsharmonisierung in der Europäischen Union, in: Beck, Susanne/Burchard, Christoph/Fateh-Moghadam, Bijan (Hg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, S. 255–275.

Hecker, Bernd, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?, JA 2007 (8–9), S. 561–567.

Hecker, Bernd, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl./Berlin, Heidelberg 2021.

Heine, Günter, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, ZStrR 2007, S. 105–132.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Heitzer, Anne, Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Heidelberg 1997.

Helfer, Margareth, Nemo tenetur se detegere – was gilt in Italien?, Zfistw (3), S. 156–163.

Hellmann, § 46 Geldbußen und Zwangsgelder, in: Wiedemann (Hg.), Handbuch des Kartellrechts. 4. Aufl., München 2020.

Henn, Florian, Strafrechtliche Verfahrensgarantien im europäischen Kartellrecht – Implikationen und Grenzen der Strafrechtsähnlichkeit von Kartellbußgeldern, Berlin 2018.

Henssler, Martin u. a., Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, NZWiSt 2018 (1), S. 1–10.

Hernández Basualto, Héctor, ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?, Revista de Derecho XLIV, 2015, S. 217–263.

Herrmann, Joachim/*Vogler*, Theo/*Jescheck*, Hans-Heinrich (Hg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985.

Hildebrandt, Patrick, Strafrechtliche Verantwortung im internationalen Kartellrecht – Eine Untersuchung zu zwischenstaatlichen Verwerfungen infolge der Kriminalisierungsbewegung, Baden-Baden 2016.

Hilf, Marianne Johanna, Die Strafbarkeit juristischer Personen im schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Recht, ZStW 126, 2014 (1), S. 73–104.

Hilf, Marianne Johanna, Grundkonzept und Terminologie des österreichischen strafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), NZWiSt 2016 (5), S. 189–193.

Hilf, Meinhard/*Hörmann*, Saskia, Der Grundrechtsschutz von Unternehmen im europäischen Verfassungsverbund, NJW 2003 (1), S. 1–9.

Hilgendorf, Eric, Kontinentaleuropäisches Recht (Civil Law), in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, S. 30–33.

Hombrecher, Lars, Strafbarkeit von Hardcore-Kartellen?, NZKart 2017 (4), S. 143–149.

Hoppmann, Erich, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, JbNSt 179 (1), S. 286–323.

Hoppmann, Erich, Fusionskontrolle, Tübingen 1972.

Hörnle, T./*Hirsch* A. von, Positive Generalprävention und Tadel, GA 1995, S. 261–282.

Hösch, Antonia, Der schadensrechtliche innenausgleich zwischen Kartellrechtsverletzern, Baden-Baden 2015.

Huber, Peter M., Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten – Identifizierung und Konkretisierung –, EuR 2022, S. 145-165.

Huizing, Pieter J. F., Proportionality of Fines in the Context of Global Cartel Enforcement, World Competition 43, Heft 1, 2020, S. 61–86.

Hüschelrath, Kai u. a., Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen – Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, Baden-Baden 2012.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hutier, Sophie u. a., Jurisprudence du Conseil constitutionnel, Revue française de droit constitutionnel 111, 2017 (3), S. 713.

Immenga, Ulrich/*Mestmäcker*, Ernst-Joachim, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU, 6. Aufl., München 2019.

Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Hg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht – Beiträge zum übernationalen und nationalen europäischen und amerikanischen Recht. 1 Band, Frankfurt a. M. 1961.

International Competition Network, Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions – Report to the 7th ICN annual conference, Kyoto, April 2008, Luxembourg 2008.

Internationale Kriminalistische Vereinigung (Hg.), Strafgesetzgebung der Gegenwart in Rechtsvergleichender Darstellung, Band I, Das Strafrecht der Staaten Europas, Berlin 1894.

Isensee, Josef, Das Volk als Grund der Verfassung – Mythos und Relevant der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt, Opladen 1995.

Jackson, Vicki C., Comparative Constitutional Law: Methodologies, in: Rosenfeld, Michel/Sajó, András (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, New York 2012, S. 54 – 74.

Jaeger, Thomas, Brauchen wir das Kartellrecht noch?, WUW 2015 (7-8), S. 702 – 716.

Jahn, Matthias/*Schmitt-Leonardy*, Charlotte/*Schoop*, Christian (Hg.), Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, Baden-Baden 2016.

Jalabert-Doury, Nathalie, Competition inspections under EU law – A practitioner's guide, New York 2020.

Jarass, Hans, Charta der Grundrechte der Europäischen Union – unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK, 4. Aufl., München 2021.

Jarass, Hans, Zum Verhältnis von Grundrechtecharta und sonstigem Recht, EuR 2013 (1), S. 29.

Jarass, Hans/*Kment*, Martin, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl., München 2022.

Jaspers, Maria/*Jany*, Oliver, EU Cartel Policy and Enforcement: Challenges and Responses, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 14 Issue 6, 2023, S. 1 – 7.

Jeandidier, Wilfrid, Droit pénal général, Paris 1988.

Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914.

Jescheck, Hans-Heinrich, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959 (15), S. 457 – 462.

Jescheck, Hans-Heinrich, Rechtsvergleichung im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br. 79, 1967, S. 128 – 144.

Jescheck, Hans-Heinrich, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform, ZStW 86, 1974 (3), S. 761 – 782.

Jestaedt, Matthias, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, Berlin 1993.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Joerden, Jan C. u. a. (Hg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft – Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, Berlin 2009.

Johnston, Edward/*Erbaş*, Rahime/*Jasinski*, Dan (Hg.), A Comparative Analysis of Pre-Trial Procedure in Europe: The Search for an Ideal Model, Istanbul 2020.

Josipović, Tatjana (Hg.), Introduction to the law of Croatia, Alphen aan den Rijn 2014.

Jung, Heike, Grundfragen der Strafrechtsvergleichung, JuS 1998, S. 1 – 7.

Jung, Heike, Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung – Betrachtungen über einen elastischen Begriff, GA 152, 2005 (1), S. 2 – 10.

Jung, Heike, From structure to actor – Reflections on comparative law theory, in: Meng, Werner/Ress, Georg/Stein, Torsten (Hg.), Europäische Integration und Globalisierung, Baden-Baden 2011, S. 299 – 308.

Jungermann, Sebastian, Sollten die Verfahrensvorschriften des EU-Kartellrechts nach 20 Jahren erneut geändert oder ergänzt werden?, WUW 2022 (10), S. 521.

Kallfaß, Kapitel 2: Kartellrechtsdurchsetzung im Verwaltungsverfahren, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost (Hg.), Die 10. GWB-Novelle, Das neue Kartellrecht, München 2021.

Kamann, Hans-Georg/*Miller*, Robin Dominik, Kartellrecht und Datenschutzrecht – Verhältnis einer „Hass-Liebe"?, NZKart 2016, S. 405 – 412.

Kamann, Hans-Georg/*Ohlhoff*, Stefan/*Völcker*, Sven, Kartellverfahren und Kartellprozess, Handbuch, München 2017.

Kämpfer, Simone, Sanktionierung von Unternehmen, in: Kubiciel, Michael (Hg.), Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, Auswirkungen auf Unternehmen und Rechtsanwaltschaft, Baden-Baden/Zürich/Wien 2020, S. 32 – 39.

Karas, Bonačić, Burić, Pre-trial procedure in Croatia, in: Johnston, Edward/Erbaş, Rahime/Jasinski, Dan (Hg.), A Comparative Analysis of Pre-Trial Procedure in Europe: The Search for an Ideal Model, Istanbul 2020, S. 19 – 40.

Karpenstein, Ulrich/*Mayer*, Franz C., Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., München 2015.

Karsai, Krisztina/*Szomora*, Zsolt, Criminal law in Hungary, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2015.

Kartte, Wolfgang/*v. Portatius*, Alexander, Kriminalisierung des Kartellrechts?, BB 1975, S. 1169 – 1172.

Kellerbauer, Manuel/*Klamert*, Marcus/*Tomkin*, Jonathan (Hg.), The EU treaties and the Charter of Fundamental Rights – A commentary, Oxford 2019.

Kempen, P. H. P. H. M. C. van/*Krabbe*, Maartje/*Brinkhoff*, Sven (Hg.), The criminal justice system of the Netherlands – Organization, substantive criminal law, criminal procedure and sanctions, Antwerpen/Cambridge 2019.

Kempf, Eberhard, Die Beschuldigtenrechte in einem Strafverfahren gegen Unternehmen, in: Kempf, Eberhard/Lüderssen, Klaus/Volk, Klaus (Hg.), Unternehmensstrafrecht, Berlin/Boston 2012.

Kempf, Eberhard/*Lüderssen*, Klaus/*Volk*, Klaus (Hg.), Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?, Berlin/Boston 2011.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kempf, Eberhard/*Lüderssen*, Klaus/*Volk*, Klaus (Hg.), Unternehmensstrafrecht, Berlin/Boston 2012.

Kerse, C. S./*Khan*, Nicholas, EU antitrust procedure, 6. Aufl., London 2012.

Kielmansegg, Peter Graf (Hg.), (Sonderheft 7), Legitimationsprobleme politischer Systeme, Wiesbaden 1976.

Kindler/Paulus, Romanischer Rechtskreis, in: von der Görres-Gesellschaft (Hg.), Staatslexikon, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, Freiburg im Breisgau 2020, Nr. 1 – 2.4.

Kischel, Uwe, Comparative Law, Oxford/New York 2019.

Kizil, Baran Cihan, Strafrechtliche Verfahrensgarantien im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2015.

Kling, Michael, „Neoliberalismus“ und Wettbewerbsrecht, in: Mammitzsch, Volker u. a. (Hg.), Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft, Universitas litterarum nach 1968, Berlin/Boston 2016, S. 77 – 106.

Kling, Thomas (Hg.), Kartellrecht, 2. Aufl., München 2016.

Klumpp, Ulrich, Änderungen im Bußgeldrecht und -verfahren nach der 10. GWB-Novelle, NZKart 2020, S. 9 – 14.

Knauer, Christoph, Münchner Kommentar zur Strafprozessordnung, München 2018.

Komninos, Assimakis, Oxera Studie – Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts, 2009.

König, Carsten, Zur geplanten Stärkung der nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Durchsetzung des EU-Kartellrechts, NZKart 2017, S. 397 – 402.

Konopatsch, Cathrine, Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance in Österreich, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 485 – 544.

Körber, Torsten, Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?, WUW 2015 (2), S. 120 – 133.

Korinek, Karl (Hg.) u. a. Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar, Wien u. a. 2023.

Korte, Matthias, Verbandsstrafrecht zwischen Wissenschaft und Politik, NZWiSt 2018 (10), S. 393 – 398.

Kötz, Hein, Rechtskreislehre, HWB-EuP 2009, S. 1 – 3.

Kraus, Kapitel 3, in: Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. 2. Aufl., Tübingen 2013.

Kruck, Nicolai, Der Grundsatz „ne bis in idem“ im europäischen Kartellverfahrensrecht, Frankfurt a. M. 2009.

Kubiciel, Michael, Unternehmensstrafrecht im Rechtsvergleich: Sanktionierung von Verbänden in ausgewählten europäischen Staaten und den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Kubiciel, Michael (Hg.), Neues Unternehmenssanktionenrecht ante

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

portas, Auswirkungen auf Unternehmen und Rechtsanwaltschaft Baden-Baden/Zürich/Wien 2020 S. 52 – 88.

Kubiciel, Michael, Rationalisierung der Sanktionszumessung im Unternehmensstrafrecht, in: Soyer/Schumann (Hg.), Verfahrensgerechtigkeit für Unternehmen, Baden-Baden/Zürich/St. Gallen/Wien 2022, S. 77 – 95.

Kubiciel, Michael (Hg.), Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas – Auswirkungen auf Unternehmen und Rechtsanwaltschaft, Baden-Baden/Zürich/Wien 2020.

Kubiciel, Michael/*Hoven*, Elisa, Der Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes aus Sicht der Rechtswissenschaft – Bedeutung, Zurechnungsmodelle, Prozessrecht, in: Jahn, Matthias/Schmitt-Leonardy, Charlotte/Schoop, Christian (Hg.), Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, Baden-Baden 2016.

Kühling, Jürgen, Grundrechte, in: Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge. 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009.

Lamberigts, Stijn, Corporations and the Privilege against Self-Incrimination, Oxford 2022.

Langen/Bunte, Kartellrecht, 14. Aufl., Köln 2021.

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 1991.

Legal Department Division for International Judicial Cooperation (Hg.), The Swedish Report on the Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law, 2018.

Legros, R., L'arrêt BMW et le droit pénal européen, Cahiers de droit européen 1980, S. 220 – 239.

Lehmkuhl, Marianne Johanna/*Meyer*, Frank (Hg.), Das Unternehmen im Brennpunkt nationaler und internationaler Strafverfahren, 2. Band, Baden-Baden, 2020.

Leistner, Ulrich Karl, Strafrechtliche Aspekte im Kartellrecht, Giessen 1971.

Lenaerts, Koen, Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law, International and Comparative Law Quarterly 52, 2003 (4), S. 873 – 906.

Lenaerts, Koen, Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, EuR 2012, S. 13 – 17.

Lenaerts, Koen u. a., European Union law, 3. ed., London 2011.

Lenaerts, Koen/*Vanhamme*, Jan, CMLR 1997, Vol. 34 (3), S. 531 – 569.

Lenz, Carl-Otto/*Grill*, Gerhard, Zum Recht auf Akteneinsicht im EG-Kartellverfahrensrecht, in: Narjes, Karl-Heinz/Sedemund, Joachim/Deringer, Arved (Hg.), Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht, Festschrift für Arved Deringer, Baden-Baden 1993, S. 310 – 327.

Linhart, Karin/*Fabry*, Roger, Common Law, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, S. 33 – 34.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Liszt, Franz v., Zur Einführung, in: Internationalen Kriminalistischen Vereinigungen (Hg.), Strafgesetzgebung der Gegenwart in Rechtsvergleichender Darstellung, Berlin 1894, S. I – XXVII.

Liszt, Franz v., Tagesfragen, ZStW 27, 1907 (5), S. 91 – 120.

Lock, Tobias, Art. 52 CFR, in: Kellerbauer, Manuel/Klamert, Marcus/Tomkin, Jonathan (Hg.), The EU treaties and the Charter of Fundamental Rights, A commentary, Oxford 2019.

Loewenheim, Ulrich u. a. (Hg.), Kartellrecht – Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, 4. Aufl., München 2020.

Lorenzmeier, Stefan, Kartellrechtliche Geldbußen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZIS 2018, S. 20 – 30.

Lüderssen, Klaus, Erfahrung als Rechtsquelle – Abduktion und Falsifikation von Hypothesen im juristischen Entscheidungsprozess: eine Fallstudie aus dem Kartellstrafrecht, Frankfurt a. M. 1972.

Ludwig, Thomas Claus, Zum Verhältnis zwischen Grundrechtecharta und allgemeinen Grundsätzen, EuR 2011 (5), S. 715 – 734.

Machado, Jónatas E. M./*Raposo*, Vera L. C., O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais, Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça 3 2009 (8), S. 13 – 47.

Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios – Final Report for the European Commission, Brüssel/Rom/Rotterdam 2007.

Małolepszy, Maciej, Dimensionen der Rechtsvergleichung – Traditionalität und Modernität der Rechtssysteme, in: Joerden, Jan C. u. a. (Hg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 19 – 33.

Mammitzsch, Volker u. a. (Hg.), Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft – Universitas litterarum nach 1968, Berlin/Boston 2016.

v. Mangoldt/*Klein*/*Starck*, Grundgesetz, 1. Band, 7. Aufl., München 2018.

Marchesi, Diletta/*Panzavolta*, Michele, Keep silence for yourself: The protection of the right to silence in the Italian criminal justice system, New Journal of European Criminal Law 12 2021 (3), S. 365 – 388.

Maunz, Theodor/*Dürig*, Günter, Grundgesetz- Kommentar, München 2023.

Mayer, Franz C., Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon, ZaöRV 67 (2007), S. 1142 – 1192.

Meessen/Kersting, Europäisches Recht, in: Loewenheim, Ulrich u. a. (Hg.), Kartellrecht, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht. 4. Aufl., München 2020.

Meng, Werner/*Ress*, Georg/*Stein*, Torsten (Hg.), Europäische Integration und Globalisierung, Baden-Baden 2011.

Mestmäcker, Ernst-Joachim/*Schweitzer*, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Meyer, Frank, Das Demokratiemodell der Europäischen Union, in: Böse, Martin (Hg.), EnzEuR, Band 11, Europäisches Strafrecht. 2. Aufl., Baden-Baden 2021.

Meyer, Frank, Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung, in: Beck, Susanne/Burchard, Christoph/Fateh-Moghadam, Bijan (Hg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, S. 87 – 103.

Meyer, Frank, Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen – Eine Untersuchung der Strukturen und Legitimationsvoraussetzungen strafrechtlicher Normbildungsprozesse in Mehrebenensystemen, Baden-Baden 2012.

Meyer, Frank, „Menci" für alle Fälle? Zur Vereinheitlichung des unionsrechtlichen ne bis in idem-Begriffs und ihren Auswirkungen auf multiple Enforcement-Verfahren, NZWiSt 2022 (9), S. 345 – 352.

Meyer, Frank, Unternehmenssanktionsverfahren und nemo tenetur-Schutz nach der EU-Grundrechtecharta, NZWiSt 2022 (3), S. 99 – 106.

Meyer, Jürgen/*Bernsdorff*, Norbert (Hg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019.

Meyer, Jürgen/*Hölscheidt*, Sven (Hg.), 2019, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl.: Baden-Baden 2019.

Michaels, Ralf, The functional Method of Comparative Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. Aufl., Oxford 2019, S. 345 – 389.

Mitsch, Wolfgang, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., München 2018.

Mona, Martino, Strafrechtsvergleichung und comparative justice:, in: Beck, Susanne/Burchard, Christoph/Fateh-Moghadam, Bijan (Hg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, S. 103 – 121.

Möschel, Wernhard, Kartellbußen und Art. 92 Grundgesetz, WUW 2010 (9), S. 869 – 877.

Möschel, Wernhard, Fines in European competition law, ECLR 2011, S. 369 – 375.

Möschel, Wernhard (Hg.), 50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und in Europa, Baden-Baden, Band 241, 2010.

Motta, Massimo/*Peitz*, Martin/*Schweitzer*, Heike (Hg.), Market investigations – A new competition tool for Europe?, Cambridge, New York 2022.

Narjes, Karl-Heinz/*Sedemund*, Joachim/*Deringer*, Arved (Hg.), Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht – Festschrift für Arved Deringer, Baden-Baden 1993.

Näs, Elvira/*Nyman*, Michael, Corporate Criminal liability in Sweden, Compliance Elliance Journal (CEJ) 2019, Heft 5 (2), S. 38 – 48.

Nergelius, Joakim, The Constitution of Sweden and European Influences: The Changing Balance Between Democratic and Judicial Power, in: Albi, Anneli/Bardutzky, Samo (Hg.), National Constitutions in European and Global Governance: Democ-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

racy, Rights, the Rule of Law, National Reports, 2019, Den Haag 2019, S. 315–358.

Nestler, Nina, § 96 OWiG, in: Graf, Jürgen (Hg.), BeckOK-OWiG. 39. Aufl., München 2023.

Nettesheim, Martin, Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung – Verfassungsrechtliches Freiheitskonzept und präventionsgetragene Verschärfung des Wettbewerbssanktionsrechts, Tübingen 2018.

Neumann, Ulfrid, Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe, in: Pawlik, Michael (Hg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Köln/Berlin/München 2007, S. 435–450.

Nielsen, Ruth, The Role of Comparative Law in EU Legal Method, Scandinavian Studies in Law 61, 2015 (61), S. 71–86.

Niggli, Marc Alexander/*Maeder*, § 8, in: Ackermann, Jürg-Beat (Hg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch. 2. Aufl., Bern 2021.

Niggli, Marc Alexander/*Riedo* Christof, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und „Sozialethisches Unwerturteil", in: Amstutz, Marc (Hg.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich 2011, S. 91–114.

OECD, Bekämpfung von Hard-Core-Kartellen, Übersicht Bekämpfung von Kartellen 2002, S. 1–6.

OECD, Liability of Legal Persons for Corruption in Eastern Europe and Central Asia, Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia, 2015, S. 1–88.

Oehler, Dietrich, Internationales Strafrecht – Geltungsbereich des Strafrechts, internationales Rechtshilferecht, Recht der Gemeinschaften, Völkerstrafrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin 1983.

Oehler, Dietrich, Zum Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, in: Herrmann, Joachim/Vogler, Theo/Jescheck, Hans-Heinrich (Hg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, S. 1399–1410.

O'Neill, Ailbhe, The Right to Silence and the Company, Irish Jurist 39, 2004 (39), S. 111–141.

Oppermann, Thomas/*Classen*, Claus Dieter/*Nettesheim*, Martin (Hg.), Europarecht – Ein Studienbuch, 9. Aufl., München 2021.

Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo/*Turienzo Fernández*, Alejandro, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance in Spain, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 747–775.

Paal, Boris, Missbrauchstatbestand und algorithmic Pricing, GRUR 2019, S. 43–53.

Papakiriakou, Theodor, Das Griechische Verwaltungsrecht in Kartellsachen – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungs- und Unternehmensstrafrecht, Herbolzheim 2002.

Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance – Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Pascu, Dan Virgil, Die Verteidigungsrechte der Unternehmen im europäischen Kartellverfahren, Tübingen 2010.

Pawlik, Michael (Hg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Köln u. a. 2007.

Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2. Band, Tübingen 2017.

Pechstein, Matthias/*Nowak*, Carsten/*Häde*, Ulrich (Hg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band 1 – 4, 2. Aufl., Tübingen 2023.

Perron, Walter, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?, ZStW 1997 (109), S. 281 – 301.

Perron, Walter, Operativ-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung?, in: Beck, Susanne/Burchard, Christoph/Fateh-Moghadam, Bijan (Hg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, S. 121 – 131.

Petsche-Demmel, Simone/*Scheitel*, Julian, Vermögensrechtliche Anordnungen aus unternehemensstrafrechtlicher Perspektive – Eine Bestandsaufnahme am Beispiel des Verfalls, in: Soyer/Schumann (Hg.), Verfahrensgerechtigkeit für Unternehmen, Baden-Baden/Zürich/St. Gallen/Wien 2022, S. 105 – 120.

Piek, Sarah, Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung, ZEuP 2013, S. 60 – 87.

Pietsch, Jörg, Das Schrankenregime der EU-Grundrechtcharta, Baden-Baden 2005.

Puppe, Ingeborg/*Paeffgen*, Hans-Ullrich (Hg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion – Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011.

Queck, Nadine, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, 1. Aufl., Berlin 2005.

Rabel, Ernst, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, München 1925.

Raich, Philip Georg, Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance in Schweden, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 659 – 682.

Raschel, Evan, La responsabilité pénale des entreprises en France, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 271 – 288.

Reimann, Mathias u. a. (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. Aufl., Oxford 2019.

Reitz, John C., How to Do Comparative Law, The American Journal of Comparative Law 46, 1998 (4), S. 617 – 636.

Ress, Georg, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, Stuttgart 1976.

Rheinstein, Max/*Niethammer*, Hans-Eckart, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., München 1987.

Richter, Kapitel 9, in: Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. 2. Aufl., Tübingen 2013.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Riedel, Christian G. H., Die Grundrechtsprüfung durch den EuGH, Tübingen 2020.

Riley, Alan, The modernisation of EU anti-cartel enforcement, CEPS, S. 1–28.

Ritter, Fritz, Der – unverfälschte – Wettbewerb: Grundlage und Ziel der EG, WUW 2007 (10), S. 967.

Rittner, Fritz u. a., Wettbewerbs- und Kartellrecht – Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, 8. Aufl., Heidelberg 2014.

Röben, in: Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. 2. Aufl., Tübingen 2013.

Robles Planas, Ricardo, Strafe und juristische Person, ZIS 2012 (7), S. 347–360.

Rosenau, Henning, Plea bargaining in deutschen Strafgerichtssälen, in: Puppe, Ingeborg/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1597–1628.

Rosenfeld, Michel/*Sajó*, András (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, New York 2012.

Rösinger, Luna, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, Tübingen 2019.

Roxin, Claus, Grundlagen des polnischen Strafgesetzbuches im deutsch-polnischen Vergleich, in: Joerden, Jan C. u. a. (Hg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 79–90.

Rübenstahl, Markus, Strafrechtliche Unternehmenshaftung in Italien – das Legislativdekret Nr. 231 vom 8.6.2001, RIW 2012 (8), S. 505–513.

Rübenstahl, Markus/*Wittig*, Jonathan, Strafrechtliche Unternehmenshaftung in Italien, RIW 2019 (3), S. 105–116.

Rusch, Arnold F., Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, Jusletter 2006, S. 1–11.

Sachoulidou, Athina, Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung, Tübingen 2019.

Säcker, Franz Jürgen u. a., Band 1, Münchner Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2020.

Saliger, Frank, Modelle eines Verbandssanktionenrechts, in: Kubiciel, Michael (Hg.), Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, Auswirkungen auf Unternehmen und Rechtsanwaltschaft, Baden-Baden/Zürich/Wien 2020, S. 14–30.

Saliger, Frank u. a., Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, NStZ-Beil 2020 (1), S. 24–31.

Šámal, Pavel, Strafrechtliche Haftung von juristischen Personen de lege lata und de lege ferenda in der Tschechischen Republik, WiRO 2003 (3), S. 69–75.

Sanhudo Menezes, José, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance in Portugal, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 599–638.

Sántha, Ferenc, Criminal Sanctions Applicable to Legal Entities in Hungary, NZWiSt 2016 (1), S. 15–22.

Satzger, Helmut, Die Europäisierung des Strafrechts – Eine Untersuchung zum Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 2001.

Schabas, William A., The European Convention on Human Rights – A commentary, 5. Aufl., Oxford 2015.

Scharpf, Fritz, Governing in Europe: Effective and Democratic?, Oxford 1999.

Schettino, Maria Hilda/*Lucariello*, Federico, La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/2001 – Dal modello organizzativo al procedimento penale, Mailand 2019.

Scheuing, Dieter H., Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005 (2), S. 162–191.

Schliesky, Utz, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, Tübingen 2004.

Schmidt, Reiner, Lebensgefühl und Legitimation, JZ 1983 (19), S. 725–731.

Schmitz, Thomas, Die Grundrechtecharta als Teil der Verfassung der Europäischen Union, EuR 2004, S. 691–713.

Schneiders, Benedikt, Die Grundrechte der EU und die EMRK – Das Verhältnis zwischen ungeschriebenen Grundrechten, Grundrechtecharta und Europäischer Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 2010.

Scholz, Ulrich/*Haus*, Florian, Geldbußen im EG-Kartellrecht und Einkommensteuerrecht, EuZW 2002 (22), S. 682–688.

Schone, Gerrit, Muss die Berufung auf Grundrechte zweckmäßig sein? Zur Aussageverweigerung im europäischen Kartellrecht, NJW 2002 (7), S. 492–493.

Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, 30. Auflage, München 2019.

Schroeder, Werner, Die Auslegung des EU-Rechts, JuS 2004 (3), S. 180–186.

Schroth, Hans-Jürgen, Economic offences in EEC law, Kehl, Strasbourg etc. 1983.

Schubert, Daniel, Legal privilege und Nemo tenetur im reformierten europäischen Kartellermittlungsverfahren der VO 1/2003 – Eine Untersuchung der Rechtslage im Gemeinschaftsrecht unter Berücksichtigung der Massgaben von EMRK, IPBPR und Grundrechtscharta sowie der aktuellen Rechtsprechung von EuGH, EuG und EGMR, Berlin 2009.

Schumann, Stefan, Vertretung des Verbandes im (Verbandsverantwortlichkeits- und Individualstraf-)Verfahren – Österreichische und rechtsvergleichende Überlegungen, in: Lehmkuhl, Marianne Johanna/Meyer, Frank (Hg.), Das Unternehmen im Brennpunkt nationaler und internationaler Strafverfahren, Baden-Baden 2020, S. 71–100.

Schünemann, Bernd/*Suárez González*, Carlos/*Tiedemann*, Klaus (Hg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts – Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid; Jornadas en Honor del Professor Klaus Tiedemann; Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Köln etc. 1994.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schwarze, Jürgen, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungsfunktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, S. 261 – 270.

Schwarze, Jürgen, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, S. 261 – 269.

Schwarze, Jürgen, Europäische Kartellbußgelder im Lichte übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze, EuR 2009 (2), S. 171 – 199.

Schwarze, Jürgen, Rechtsstaatliche Defizite des europäischen Kartellbußgeldverfahrens, WUW 2009 (1), S. 6 – 12.

Schwarze, Jürgen u. a., Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, Stuttgart 2008.

Schwarze, Jürgen u. a. (Hg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2019.

Schwinge, Christina, Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts, Pfaffenweiler 1996.

Seelmann, Kurt, Unternehmensstrafbarkeit: Ursachen, Paradoxien und Folgen, in: Ackermann, Jürg-Beat/Schmid, Niklaus (Hg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 169 – 186.

Seitz, Claudia, Der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes und die Nachprüfungsbefugnis im System der gerichtlichen Kontrolle, EuZW, 2014 (20), S. 774 – 776.

Seyr, Sibylle, Verfassungsgerichte und Verfassungsvergleichung. Der EuGH, Journal für Rechtspolitik 18, 2010 (4), S. 230 – 239.

Sieber, Ulrich, Grenzen des Strafrechts, ZStW 119, 2007 (1), S. 1 – 68.

Sieber, Ulrich/*Satzger*, Helmut/*v. Heintschel-Heinegg*, Bernd, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2014.

Sieber, Ulrich/*Tiedemann*, Klaus (Hg.), 2008, Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln 2008.

Siems, Mathias, New Directions in Comparative Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. Aufl., Oxford 2019, S. 582 – 874.

Simonsson, Ingeborg, Legitimacy in EC cartel control, Oxford 2010.

Slater, Donald u. a., Competition Law Proceedings Before the European Commission and the Right to a Fair Trial: No need for Reform?, ECJ 2009, S. 97 – 143.

Smits, Jan M., Comparative Law and its Influence on National Legal Systems, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. Aufl., Oxford 2019, S. 502 – 523.

Solek, Lukas, Administrative and Judicial Discretion in Setting Fines, World Competition 38 (4), S. 547 – 570.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Soltész, Ulrich u. a., Rekordgeldbußen versus Bestimmtheitsgebot, EuZW 2003, S. 202 – 210.

Soltész, Ulrich, Due Process, Gesetzesvorbehalt und richterliche Kontrolle im Europäischen Kartellbußgeldverfahren, WUW 2012 (02), S. 141 – 150.

Soo/Aavik, Pre-trial Procedure in Estonia, in: Johnston, Edward/Erbaş, Rahime/Jasinski, Dan (Hg.), A Comparative Analysis of Pre-Trial Procedure in Europe: The Search for an Ideal Model, 2020, S. 67 – 85.

Sootak, Jan/*Kärner*, Markus, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance in Estonia, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 227 – 270.

Soyer/Schumann (Hg.), Verfahrensgerechtigkeit für Unternehmen, Baden-Baden u. a., 2022.

Soyer, Richard/*Aichberger-Beig*, Daphne (Hg.) Handbuch Unternehmensstrafrecht, Wien 2020.

Staffler, Lukas, Internal Investigations und nemo tenetur, ZWF (4) 2018, S. 174 – 182.

Staffler, Lukas, Nationales, Europäisches und Internationales Unternehmensstrafrecht, in: Soyer, Richard/Aichberger-Beig, Daphne (Hg.), Handbuch Unternehmensstrafrecht, Wien 2020, S. 625 – 686.

Staffler, Lukas u. a. (Hg.), 2023, Strafrecht und Demokratie, Zürich 2022.

Stănilă, Laura, The right to remain silent of the legal person, Universul Juridic 2020 (11), S. 55 – 79.

Stanzione, Giovanna, Autoincriminazione e diritto al silenzio – Le esperienze italiana, francese e inglese, Milanofiori Assago, Mailand 2017.

Steinert, Maia, Das Recht im internationalen Wirtschaftsverkehr – Wie Sie Vertragsfehler vermeiden, Wiesbaden 1993.

Steinrötter, Björn, Feuertaufe für die EU-Datenschutz-Grundverordnung – und das Kartellrecht steht Pate, EWS 2018, S. 61 – 71.

Stelzer, Manfred/*Hammer*, Stefan/*Öhlinger*, Theo (Hg.), 2004, Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa – Festschrift für Theo Öhlinger, Wien 2004.

Stephan, Andreas, The UK Cartel Offence: Lame Duck or Black Mamba, CCP Working Paper 08-19 2008, S. 1 – 36.

Stern, Klaus/*Sachs*, Michael (Hg.), Europäische Grundrechte-Charta, Kommentar, München 2016.

Stomper, Kristina Marie, Kriminalisierung von Hardcore-Kartellrechtsverstößen – Eine grundlegende Untersuchung zur Frage der Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit und zur Frage der effektiven, system- und verfassungskonformen Umsetzung, Baden-Baden 2021.

Strada-Rozenberga, Kristīne/*Rozenbergs*, Jānis, Criminal Liability of Legal Entities in Latvia, Strani pravni život LXV (4) 2021, S. 655 – 665.

Streinz, Rudolf/*Michl*, Walther, EUV/AEUV- Kommentar, 3. Aufl., München 2018.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Studienvereinigung Kartellrecht, 2012, Kartellrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag, München 2012.

Swoboda, Sandra, Strukturelle Merkmale aufgedeckter Kartelle in der EU: Eine deskriptive Analyse, Arbeitspapiere des Instituts für Genossenschaftswesen der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, No. 159, 2016 (Nr. 159), S. 1 – 39.

Teivāns-Treinovskis, Jānis u. a., Conditions for application of criminal liability to the board of a company in the legal system of the Republic of Latvia, Entrepreneurship and Sustainability Issues 9 (4) 2022, S. 45 – 55.

Thanos, Ioannis, Die Reichweite der Grundrechte im EU-Kartellverfahrensrecht, Berlin 2015.

Theile, Hans, Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren – Systemtheoretische Überlegungen zum Regulierungspotential des Strafrechts, Tübingen 2009.

Theurer, Fabian, Geldbußen im EU-Wettbewerbsrecht, Frankfurt a. M. 2009.

Thomas, Stefan, Der Schutz des Wettbewerbs in Europa – welcher Zweck heiligt die Mittel?, JZ 2011 (10), S. 485 – 495.

Thomas, Stefan, Der „Wettbewerb der Grundrechtsordnungen" im Europäischen Kartellrecht, in: Kartellrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag, München 2012, S. 459 – 474.

Thüsing, Gregor u. a., Neues aus Luxemburg: Aktuelle Rechtsprechung des EuGH zu den Diskriminierungsverboten und zum Urlaubsrecht, RdA 2012 (5), S. 281 – 291.

Tiedemann, Klaus, Literaturbericht, in: ZStW 1990 (102), Heft 1.

Tiedemann, Klaus, Die Gesetzgebungskompetenz für Ordnungswidrigkeiten, Archiv des öffentlichen Rechts Vol. 89, 1964 (1), S. 56 – 87.

Tiedemann, Klaus, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht – Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, Tübingen 1969.

Tiedemann, Klaus, Kartellrechtsverstöße und Strafrecht, Köln 1976.

Tiedemann, Klaus, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Reinbek bei Hamburg 1976.

Tiedemann, Klaus, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, in: Herrmann, Joachim/Vogler, Theo/Jescheck, Hans-Heinrich (Hg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, S. 1411 – 1440.

Tiedemann, Klaus, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, S. 23 – 31.

Transparency Schweiz, Strafbarkeit des Unternehmens – Lückenhafte Regelung, Mangelhafter Vollzug, Erhebliche Transparenzdefizite, Bern 2021.

Tricot, Juliette, Unternehmensstrafbarkeit in Frankreich, ZStW 2014 (126), S. 55 – 72.

Tsolka, Olga, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts i. w. S., Bern/Frankfurt a. M. u. a. 1992.

Tuori, Kaarlo, Discourse Ethics and the Legitimacy of Law, Ratio Juris 2, 1989, S. 125 – 143.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vedder, Heintschel von Heinegg (Hg.), Europäisches Unionsrecht – Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2018.

Vermeulen, Gert u. a., Liability of legal persons for offences in the EU, Antwerpen/Portland/Plymouth 2012.

Vijver, Tjarda van der, Justifications and Anti-competitive Unilateral Conduct: An International Analysis, World Competition 37 (1), S. 27 – 52.

Villiger, Mark E., Handbuch des Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999.

Vilsmeier, Ingrid, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK, Tübingen 2013.

Visegrády, Antal, Legal Cultures in the European Union, Acta Juridica Hungarica 42, 2001 (3/4), S. 203 – 217.

Vocke, Christian, Die Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren – Eine Untersuchung zur Auslegung der Ermittlungsrechte im Spannungsfeld zwischen öffentlichen und Individualinteressen, Berlin 2006.

Vogel, Joachim, Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts., JuristenZeitung 1995 (50), Heft 7 (10/11), S. 331 – 341.

Voulgaris Dimitrios, Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance Griechenland, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 309 – 317.

Vrugt, Peggy ter, A pragmatic attitude: The right to silence in the Netherlands, New Journal of European Criminal Law 2021 (Vol. 12, Issue 3), S. 389 – 407.

Wagner, Markus, Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance in Deutschland, in: Papathanasiou, Konstantina (Hg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance, Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, Wien 2023, S. 177 – 203.

Wagner-von Papp, Florian, Kriminalisierung von Kartellen, WUW 2010 (3), S. 268 – 282.

Wagner-von Papp, Florian, Privatrechtliche oder strafrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, WUW 2010 (Band 240), S. 267 – 306.

Wank, Wolf, Rechtsvergleich als Kulturvergleich, RdA 2015 (4), S. 294 – 298.

Weber, Klaus (Hg.), Rechtswörterbuch, 24. Aufl., München 2022.

Weigend, Ewa, Das polnische Strafgesetzbuch von 1997, ZStW 1998 (110 Heft 1), S. 114 – 142.

Weiß, Wolfgang, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, Köln/Berlin 1996.

Weiß, Wolfgang, Haben juristische Personen ein Aussageverweigerungsrecht?, JZ 1998, 53 (6), S. 289 – 297.

Weiß, Wolfgang, Der Schutz des Rechts auf Aussageverweigerung durch die EMRK, NJW 1999 (31), S. 2236 – 2237.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Weitbrecht, Andreas/*Tepe*, Gudrun, Erste Erfahrungen mit den neuen Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, EWS, 2001 (5), S. 220 – 228.

Wendel, Mattias, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, Der Staat 2013 (3), S. 339 – 370.

Werden, Gregory J., The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook, EAG Discussion Papers of the Antitrust Division of the US. Department of Justice, 2003, S. 1 – 9.

Weyembergh, Anne/*Joncheray*, Nicolas, Punitive Administrative Sanctions and Procedural Safeguards: A Blurred Picture That Needs to Be Addressed, New Journal of European Criminal Law 7, 2016 (2), S. 190 – 209.

Wiedemann (Hg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., München 2020.

Wiedemann, Gerhard, § 1 Regelungszweck und Rechtsquellen, in: Wiedemann (Hg.), Handbuch des Kartellrechts. 4., neu bearbeitete Auflage, München 2020.

Wieland, Joachim, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, NJW 2009, S. 1841 – 1845.

Wils, Wouter P. J., The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, World Competition 27, 2004 (2), S. 201 – 224.

Wils, Wouter P. J., Is criminalization of EU competition law the answer?, Concurrences 2006 (1), S. 1 – 22 = World Competition 28 (2), S. 117 – 159.

Wils, Wouter P. J., The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR, World Competition 33, 2010 (1), S. 5 – 29.

Wils, Wouter P. J., Fundamental Procedural Rights and Effective Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU in the European Competition Network, World Competition 43, Nr. 1, 2020, S. 5 – 34.

Winkler, Rolf, Die Rechtsnatur der Geldbuße im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Tübingen 1971.

Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Eine Übersicht zum Unternehmensstrafrecht in einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2017.

Wohlers, Wolfgang, Der Gesetzesentwurf zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, ZGR, 2016, S. 364 – 383.

Wohlers, Wolfgang, Grundlagen der Verbandsverantwortlichkeit, NZWiSt 7 (10), S. 412 – 419.

Wolter, Jürgen (Hg.), SK-StPO – Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 5. Aufl., Köln 2019.

Yomere, Anika, Die Problematik der Mehrfachsanktionierung von Unternehmen im EG-Kartellrecht, Zürich 2010.

Zaczyk, Rainer, Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff „fragmentarisches Strafrecht“, ZStW, 2011 (123) (4), S. 691 – 708.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zeder, Fritz, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, Juristische Blätter 2007 (8), S. 477–493.

Zehetgruber, Christoph, Perspektiven der Rechtsvergleichung – Strafrechtsvergleichung, quo vadis?, ZStW 132, 2020 (1), S. 195–220.

Zimmer, Daniel, Law and Economics im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Kartellrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag, München 2012, S. 525–535.

Zimmer, Daniel, Google zerschlagen?, WUW 2014 (10), S. 923.

Zweigert, Konrad, Rechtsvergleichung als universale Auslegungsmethode, RabelsZ 15 (1) 1949/50, S. 5–21.

Zweigert, Konrad, Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, RabelsZ 28 1964 (4), S. 601–643.

Zweigert, Konrad/*Kötz*, Hein, An Introduction to Comparative Law, 3. Aufl., Oxford 1998.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Stichwortverzeichnis

Akteneinsichtsrecht 700
Akzo Nobel Urteil 505
Algera Urteil 493
Allokationsverlust 81
AM&S Urteil 500
Artikel 23 Abs. 5 VO 1/2003 293
Aufdeckungswahrscheinlichkeit 89
Auskunftsverlangen 127

Befragung 138
Belgien 585
Bemessung Kartellbusse 98
Bulgarien 588

Dänemark 588
DB/Consob Urteil 374
Deutschland 590

Engel-Kriterien 188
Estland 593
Euro Box Urteil 509

Finnland 595
Frankreich 596

Griechenland 598
Grundrechtsauslegung 442
Grundrechtsgenese 424

„**h**ard-core“ Zuwiderhandlungen 84
Hauer Urteil 469
Hoechst Urteil 502

Integrationsakt 554
Irland 599
Italien 603

Jussila Kriterien 271, 247

Kartellbuße 34
Kompetenz 251, 253
Konfrontationsrecht 698
Kroatien 605

Legitimationsdefizit 679, 681, 682
Legitimität und Legitimation 158
Lettland 607
Litauen 608
Luxemburg 609

Malta 611
Mannesmannröhren Urteil 368

Nachprüfungen 147
nemo tenetur 359, 386
Niederlande 613
Nold Urteil 495

Öffentlichkeitsgrundsatz 697
Orkem Urteil 362, 504
Österreich 616

Polen 619
Portugal 622
PVC Urteil 366, 371

Rechtserkenntnisquelle 420, 444
Rechtsnatur 179
Rechtsquelle 417
Rumänien 625

Sanction administrative 181
Sanktion sui generis 243
Schutzzweck 71
Schweden 627
Société Générale Urteil 365
Sozial-ethischer Tadel 278

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Slowakei 629
Slowenien 631
Spanien 633
Spill-over-Effekt 53, 690, 691
Stigma 278
Strafrecht im engeren Sinne 238
Strafrecht im weiteren Sinne 234

tertium comparationis 511, 518, 523, 569
Tokai Carbon Urteil 373
Tschechien 636

Ungarn 638
Unschuldsvermutung 702
Unternehmen 348

Verfassungstradition 468
Vorermittlungsverfahren 111

Wertende Rechtsvergleichung 469, 552
Wettbewerb 75

Związek Urteil 508
Zypern 640

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59348-4 | Generated on 2025-11-01 12:28:19
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/