



Zwischenbericht des Bundeskartellamts zum Expertenkreis Kartellsanktionenrecht

Reformimpulse für das Kartellbußgeldverfahren

vom 12.1.2015

I. Einleitung

Das Verfahren zur Verhängung von Sanktionen wegen Kartellrechtsverstößen ist in Deutschland als Bußgeldverfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) ausgestaltet. Wird gegen die behördliche Bußgeldentscheidung Einspruch eingelegt, so schließt sich ein gerichtliches Verfahren an, das von den Vorschriften der Strafprozessordnung (StPO) regiert wird. Die von diesem Rechtsrahmen verlangte Form der mündlichen Verfahrensführung führt in Kartellsachen, die durch eine große Zahl von Beteiligten und komplexe wirtschaftliche Sachverhalte geprägt sind, zu langwierigen und schwerfälligen Prozessen. Damit verbunden sind erhebliche Belastungen für die öffentlichen Ressourcen und alle Beteiligten, wobei im Einzelnen fraglich ist, ob die überkommenen Förmlichkeiten ihr Ziel erreichen und zum verfahrensrechtlichen Schutz der Betroffenen beitragen. Aufgrund entsprechender Forderungen aus der Praxis werden bereits seit einiger Zeit mögliche Reformen des Verfahrensrechts diskutiert. So hat sich die vom Bundeskartellamt veranstaltete Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht im Jahr 2012 unter dem Titel „Kartellbußgeldverfahren zwischen deutschem Systemdenken und europäischer Konvergenz“ mit den Herausforderungen einer effektiven und effizienten Kartellverfolgung und möglichen Lösungsansätzen auseinandergesetzt.¹ Die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes hat im September 2012 im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz ein (bisher unveröffentlichtes) Gutachten zu der Frage erstellt, ob es zur Effektivierung und Beschleunigung von Wirtschaftsstraß- und Kartellbußgeldverfahren einer Durchbrechung des Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzips bedarf. Eine mögliche Anpassung strafprozessualer Prinzipien an die Besonderheiten kartellrechtlicher Verfahren war auch Teil der Diskussionen bei der letzten Reform des GWB,² ohne dass die nach einem langen Gesetzgebungsprozess am 30. Juni 2013 in Kraft getretene 8. GWB-Novelle insoweit aber größere Änderungen gebracht hätte.³ Auch außerhalb des Kartellrechts, im Bereich des Kernstrafrechts, werden Reformen diskutiert, da in der Praxis eine erhebliche Unzufriedenheit mit dem geltenden Strafprozessrecht, insbe-

¹ Vgl. Hintergrundpapier „Kartellbußgeldverfahren zwischen deutschem Systemdenken und europäischer Konvergenz“, abzurufen unter: www.bundeskartellamt.de sowie Tagungsbericht zur Sitzung, in WuW 2013, 591.

² Vgl. Stellungnahme des Bundeskartellamtes vom 22.06.2012, S. 18.

³ Vgl. Dannecker/Dannecker/Müller, ZWeR 2013, 417.

sondere dem Beweisrecht besteht.⁴ Aus der Strafrechtswissenschaft wurde Anfang 2014 ein „Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme“ vorgelegt, der die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung unter Abkehr von den bisherigen Regeln zur materiellen Unmittelbarkeit neu regeln will.⁵

Um die Diskussion zu vertiefen und unabhängig von konkreten Gesetzgebungsvorhaben mögliche Ausgestaltungen zu erörtern, hat das Bundeskartellamt im Jahr 2013 einen mit ausgewiesenen Rechtswissenschaftlern verschiedener Fachrichtungen besetzten Expertenkreis gebildet.⁶ Ziel dieses Gremiums ist es, wissenschaftlich fundierte Lösungen für die praktischen Probleme des Kartellsanktionenrechts zu erarbeiten, wobei die Überlegungen auch darüber hinaus etwa für Wirtschaftsstrafverfahren von Relevanz sein können. Behandelt werden zwei Themenfelder: Zum einen sind dies die Fragen des kartellrechtlichen Sanktionenverfahrens, insbesondere der Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens, welche Gegenstand des vorliegenden Zwischenberichts sind. Zum anderen befasst sich der Expertenkreis mit Fragen der kartell- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsnormen wie der gesetzlichen Obergrenze, der Zumessung und der Adressatenstellung bei der Bußgeldverhängung. Diese Aspekte werden im vorliegenden Bericht nicht angesprochen.

Ausgangspunkt der Überlegungen zu möglichen Verfahrensgestaltungen ist der rechtliche Rahmen, der einerseits durch das bereichsspezifische europäische Recht und andererseits durch die generellen Grundrechtsgewährleistungen und prozessualen Garantien gezogen wird (hierzu unter II.). Vor dem Hintergrund dieser Vorgaben stellt sich zunächst die Frage der Grundstruktur des gerichtlichen Verfahrens. Im geltenden deutschen Recht ist dieses dadurch geprägt, dass nach Einspruchseinlegung von Grund auf neu über die Bußgeldverhängung entschieden wird. Vorstellbar wäre alternativ auch eine bloße gerichtliche Überprüfung der behördlichen Entscheidung, wie sie den Verwaltungsprozess kennzeichnet (hierzu unter III.). Unabhängig von dieser „Systementscheidung“ bestehen bei der Ausgestaltung des Verfahrens erhebliche Spielräume. Die Förmlichkeiten des geltenden Verfahrens strafprozessualer Art sind überwiegend nicht die zwingende Folge von Vorgaben höherrangigen Rechts. Es kann deshalb nach Wegen gesucht werden, den Prozess gerichtlicher Wahr-

⁴ Vgl. z.B. Roland Rechtsreport 2014, S. 17, 25 f.

⁵ Abgedruckt in Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2014, S. 1-72.

⁶ Mitglieder des Expertenkreises sind auf Seiten der Wissenschaft Prof. Thomas Ackermann, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Prof. Gerhard Dannecker, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung europäischer und internationaler Bezüge an der Universität Heidelberg und Professor Klaus F. Gärditz, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Universität Bonn. Daneben trugen wissenschaftliche Mitarbeiter und Doktoranden, insbesondere Herr Christoph Dannecker, Rechtsanwalt und Doktorand an der Universität Würzburg, mit Diskussionsbeiträgen zur Meinungsbildung bei. Auf Seiten des Bundeskartellamts sind Dr. Konrad Ost, Leiter der Grundsatzabteilung, und Dr. Gunnar Kallfaß, Leiter des Referats Deutsches und Europäisches Kartellrecht, sowie weitere Mitarbeiter der Grundsatz- und Prozessabteilung beteiligt. Als Vertreter des Wirtschaftsministeriums nimmt Dr. Armin Jungbluth, Leiter des Referats Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik, teil. Geleitet wird der Expertenkreis durch Dr. Peter Klocker, Vizepräsident des Bundeskartellamtes.

heitsermittlung unter Wahrung der Verfahrensstellung der Beteiligten effizienter auszugestalten (hierzu unter IV.).

Die Mitglieder des Expertenkreises haben sich in den vergangenen Monaten jeweils vertieft mit einzelnen der vorgenannten Problembereiche beschäftigt. Ihre Forschungsergebnisse wurden im Rahmen der Treffen des Expertenkreises vorgestellt und diskutiert. Sie werden in ausformulierter Form in eigenständigen Aufsätzen veröffentlicht.⁷ Der vorliegende Bericht stellt dagegen allein die Position des Bundeskartellamtes dar, wie sie sich aus den Anregungen und Diskussionen der Sitzungen des Expertenkreises Kartellsanktionenrecht herausgebildet hat. Er adressiert daher das gesamte oben aufgezeigte Spektrum an Fragestellungen.

⁷ Neben den im Heft 1/2015 der NZKart veröffentlichten Beiträgen ist von Prof. Klaus F. Gärditz ein Aufsatz zur gerichtlichen Kontrolle behördlicher Tatsachenermittlung im europäischen Wettbewerbsrecht zwischen Untersuchungsmaxime und Effektivitätsgebot erschienen in AöR 2014, S. 329. Ein weiterer Beitrag in einer demnächst veröffentlichten Festschrift wird sich mit der strafprozessualen Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts im Bußgeldverfahren befassen.

II. Rechtlicher Rahmen denkbarer Verfahrensgestaltungen

1. Vorgaben und Prägung durch das europäische Recht

Die Kartellverfolgung in Deutschland ist weitgehend durch die dezentrale Anwendung und Durchsetzung europäischen Rechts geprägt, die im europäischen Netzwerk der Kartellbehörden (ECN) arbeitsteilig durch Europäische Kommission und die nationalen Behörden erfolgt. Sobald ein Kartellrechtsverstoß einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist, d.h. geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne der Artt. 101, 102 AEUV zu beeinträchtigen, folgen aus dem europäischen Recht, insbesondere der VO 1/2003 und dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV Vorgaben auch für das nationale Recht, die darauf zielen, eine wirksame und einheitliche Anwendung des europäischen Rechts sicherzustellen.⁸

Im Bereich des Kartellverbots verlangt Art. 3 VO 1/2003 nicht nur ausdrücklich die Anwendung europäischen Rechts durch die mitgliedstaatlichen Behörden, sondern schließt auch andere Ergebnisse auf der Grundlage nationalen Rechts aus. Die europäischen Vorgaben erstrecken sich aber nicht allein auf den materiellen Tatbestand der Verbotsnormen sondern ebenso auf die Rechtsfolgen, insbesondere die Sanktionsverhängung. So hat die europäische Rechtsprechung aus dem Primär- und Sekundärrecht auch Aussagen zu den allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit abgeleitet. Dies betrifft etwa die Frage der Strafbarkeit einer Gehilfentätigkeit⁹ oder die Voraussetzungen für eine Zurechnung von Mitarbeiterhandeln¹⁰. In der Wirksamkeit der Sanktionen wird eine Voraussetzung für die kohärente Anwendung der Artt. 101, 102 AEUV gesehen.¹¹ Wenn das nationale Recht etwa eine Sanktion von dem Vorliegen subjektiver Voraussetzungen abhängig mache, müssten diese mindestens genauso streng sein, wie die in Art. 23 VO 1/2003 vorgesehenen. Dementsprechend legte der EuGH in der *Schenker*-Entscheidung das Verschuldenserfordernis unionsrechtskonform aus und verneinte mit Erwägungen zum Vertrauensschutz einen Verbotsirrtum seitens der Kartellmitglieder.¹² Zur Sicherstellung der wirksamen Anwendung von Art. 101 AEUV sieht es der EuGH ferner als erforderlich an, dass die nationalen Behörden bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen diese Bestimmung nur in Ausnahmefällen von der Verhängung einer Geldbuße absehen. Die Nichtfestsetzung einer Geldbuße im Rahmen eines nationalen Kronzeugenprogramms könne deshalb nur unter ganz besonderen Umständen gewährt werden.¹³

⁸ Siehe Erwägungsgrund 1 zur VO 1/2003; Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV Rdnr. 35.

⁹ EuG, Urt. v. 08.07.2008, T-99/04 – AC Treuhand, Rdnr. 114 ff.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 07.02.2013, C-68/12 – Slovenská sporiteľňa a.s., Rdnr. 22 ff.

¹¹ EuGH, Urt. v. 11.06.2009, C-429/07 – X BV, Rdnr. 37.

¹² EuGH, Urt. v. 18.06.2013, C-681/11 – Schenker, Rdnrn. 36 ff.

¹³ EuGH, Urt. v. 18.06.2013, C-681/11 – Schenker, Rdnrn. 46 ff.

Das europäische Recht wirkt sich in seinem Anwendungsbereich darüber hinaus auch auf nationale Verfahrensregelungen aus. Es gilt zwar im Ausgangspunkt der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten.¹⁴ In einem System der parallelen Zuständigkeit von Kommission und nationalen Behörden mit flexiblen Fallverteilungsregeln ist aber eine vergleichbar effektive Durchsetzung Grundvoraussetzung. Dementsprechend ist bei der Durchführung des Verfahrens auf nationaler Ebene darauf zu achten, dass die wirksame und einheitliche Anwendung des europäischen Kartellrechts nicht beeinträchtigt wird.¹⁵ Auch wenn die Ausgestaltung der Verfahrensmodalitäten den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten überlassen ist, dürfen diese Modalitäten den Zweck der VO 1/2003, die wirksame Anwendung der Artt. 101, 102 AEUV sicherzustellen, nicht beeinträchtigen.¹⁶ Hieraus können ganz konkrete Anforderungen erwachsen, etwa die, dass die nationale Behörde die Befugnis haben muss, sich als Antragsgegnerin an einem Verfahren vor einem nationalen Gericht zu beteiligen, das sich gegen die von ihr erlassene Entscheidung richtet.¹⁷ Bleiben die Mitgliedstaaten in Ermangelung unionsrechtlicher Regelungen nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie für die Ausgestaltung zuständig, so bewegen sie sich dabei im Spannungsfeld der Achtung der Grundrechte und der vollen Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts der Union.¹⁸

Thesen:

- Die nationalen Verfahrensregeln sind dort, wo sie der Durchsetzung des europäischen Kartellrechts dienen, auch an der Verpflichtung zu messen, eine einheitliche und wirksame Anwendung dieses Rechts zu gewährleisten.
- Unterschiedliche Verfahrensgestaltungen und -traditionen bleiben danach möglich, soweit sie einen Mindeststandard an Wirksamkeit nicht gefährden (Effektivitätsgrundsatz als Untermaßverbot).

2. Grundrechtstandard bei Bußgeldverfahren zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts

Der Rahmen möglicher Verfahrensgestaltungen wird auf der anderen Seite bestimmt durch verfassungsrechtliche Garantien und Grundrechte, wie sie sowohl das deutsche Grundgesetz (GG) als auch die europäische Grundrechtecharta (GR-Charta) gewährleisten. Relevant ist auch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), die in Deutschland formal im Rang eines Bundesgesetzes gilt, der über die völkerrechts-

¹⁴ Siehe EuGH, Urt. v. 07.01.2004, C-201/02 – Wells, Rdnr. 67, Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV Rdnr. 61.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 18.06.2013, C-681/11 – Schenker, Rdnr. 47; EuGH, Urt. v. 07.12.2010, C-439/08 – VEBIC, Rdnr. 63.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 07.12.2010, C-439/08 – VEBIC, Rdnr. 57.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 07.12.2010, C-439/08 – VEBIC, Rdnr. 59.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 07.12.2010, C-439/08 – VEBIC, Rdnr. 63.

freundliche Auslegung des GG aber eine weitergehende Bedeutung als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte und Garantien des GG zukommt.¹⁹ Auf EU-Ebene findet die EMRK zwar keine unmittelbare Anwendung, da die EU sie noch nicht ratifiziert hat. Soweit die Grundrechtecharta allerdings Gewährleistungen enthält, die solchen der EMRK entsprechen, haben diese gemäß Art. 52 Abs. 3 GR-Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen durch die EMRK verliehen wird. Dies betrifft u.a. den Anspruch auf ein faires Verfahren gemäß Art. 47 Abs. 2 GR-Charta sowie die Unschuldsvermutung und die Verteidigungsrechte gemäß Art. 48 GR-Charta. Insoweit ist daher auf deutscher wie auf europäischer Ebene insbesondere die Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK zu beachten.

Eine gewisse Angleichung der Grundrechtsgewährleistungen resultiert auch aus neuerer Rechtsprechung des EuGH zur Bedeutung, die den Unionsgrundrechten für nationale Verfahren zukommen kann. Gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GR-Charta gilt die europäische Grundrechtecharta zwar ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Den Begriff „Durchführung“ hat der EuGH in seinem *Fransson*-Urteil aber weit ausgelegt und entschieden, dass die Mitgliedstaaten „in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“ zur Einhaltung der im Rahmen der Union definierten Grundrechte verpflichtet seien.²⁰ Bei Abweichungen zwischen nationalem und europäischem Grundrechtstandard kann sich somit die Frage stellen, welcher Grundrechtstandard anzuwenden ist. Insoweit gilt zunächst die Meistbegünstigungsklausel des Art. 53 GR-Charta. Hiernach sind Bestimmungen der Charta nicht als Einschränkung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen, die durch nationale Verfassungen anerkannt werden. Es gilt also grundsätzlich der höhere Standard. Der EuGH hat diesen Meistbegünstigungsgrundsatz in den Entscheidungen *Fransson* sowie *Melloni* allerdings eingeschränkt und entschieden, dass es den nationalen Behörden und Gerichten zwar freistehe, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden, aber nur, sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden. Anderenfalls dürfe das nationale Gericht die Vorschrift nicht anwenden.²¹

Thesen:

- Neben den Vorgaben des GG sind bei den Überlegungen zur Ausgestaltung des Verfahrens die EMRK und die europäische GR-Charta zu beachten.

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 04.05.2011, 2 BvR 2365/09 u.a., BVerfGE 128, 326, LS 2 – Sicherungsverwahrung.

²⁰ EuGH, Urt. v. 26.02.2013, Rs. C-617/10 – Aklagare v. Hans Åkerberg Fransson, Rdnrn. 19 f.; siehe auch EuGH, Urt. v. 30.04.2014, Rs. C-390/12 – Pfleger, Rdnr. 33.

²¹ EuGH, Urteile v. 26.02.2013, Rs. C-617/10 – Fransson, Rdnr. 29; Rs. C-399/11 – Melloni, Rdnr. 60.

- Nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz gilt dabei grundsätzlich der höhere Schutzstandard. Dass ein weitergehender nationaler Schutz wegen einer Gefährdung der Wirksamkeit des Unionsrechts unangewendet bleiben muss, ist bei konkreten Defiziten in der Durchsetzung jedoch im Einzelfall möglich (Effektivitätsgrundsatz als Untermaßverbot).
- Eine Angleichung der Grundrechtsgewährleistungen infolge der Geltung von EMRK und GR-Charta in europäischen wie in nationalen Verfahren könnte dafür sprechen, einheitliche Verfahrensstandards anzustreben.

3. Speziell: Grundrechtsschutz und Verfahren bei juristischen Personen

Die kartellrechtlichen Tatbestände richten sich an Unternehmen, die beinahe durchgängig in Form juristischer Personen organisiert sind. Unabhängig von der Frage, ob die im deutschen Recht bestehende persönliche Verantwortung der Unternehmensvertreter beibehalten oder sogar in Richtung möglicher Straftatbestände verschärft werden sollte, stellt sich Frage, ob in Verfahren gegen juristische Personen aufgrund der anderen Form der Betroffenheit auch andere verfahrensrechtliche Gestaltungen möglich sind.²² Bisher profitieren die Unternehmen/juristischen Personen weitgehend von den strafprozessualen Garantien, die im Hinblick auf die Stellung von Individuen entwickelt wurden. Bei ihnen fehlt es jedoch an den höchstpersönlichen Belastungen und möglichen Gefährdungen der Menschenwürde, die für Strafprozesse gegen natürliche Personen kennzeichnend sind. Die gegen sie verhängte Geldbuße enthält anders als die Kriminalstrafe kein ehrenrühriges, autoritatives Unwerturteil, sondern wird lediglich als nachdrückliche Pflichtenmahnung angesehen.²³ Gerade im Kartellrecht geht es primär um eine wirtschaftliche Wirkung der Buße, die in der Kalkulation der Unternehmen Anreize zur Unterbindung von Kartellverstößen setzen soll.

Ein unterschiedlicher Standard kommt allerdings insoweit nicht in Betracht, als auch juristische Personen nach der deutschen Rechtsprechung Träger der prozessualen Garantien des Grundgesetzes sind.²⁴ Hier stellt sich höchstens die bisher nicht vertieft diskutierte Frage, ob aus dem Fehlen der personalen Betroffenheit und des Menschenwürdebezugs im Einzelfall eine andere Reichweite der Gewährleistungen folgen kann. Darüber hinaus gelten die deutschen Grundrechte gemäß Art. 19 Abs. 3 GG für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Das BVerfG hat insoweit die sogenannte „Durchgriffsthese“ entwickelt. Eine Einbezie-

²² Zur Möglichkeit einer Ungleichbehandlung zwischen juristischen Personen und Einzelkaufleuten als Unternehmensträger vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.12.2012, 1 BvL 18/11, Rdnr. 48 ff.

²³ BVerfG, Entsch. v. 16.07.1969, 2 BvL 2/69, BVerfGE 27, 18, Juris Rdnr. 42; BVerfG, Beschl. v. 04.02.1959, 1 BvR 197/53, BVerfGE 9, 167, Juris Rdnr. 17.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 02.05.1967, 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362 (373); Beschl. v. 12.04.1983, 2 BvR 678/81 u.a., BVerfGE 64, 1 (11).

hung der juristischen Personen in den Schutzbereich der Grundrechte sei nur dann gerechtfertigt, wenn Bildung und Betätigung der juristischen Person Ausdruck der freien Entfaltung der hinter ihr stehenden natürlichen Personen seien, besonders wenn der "Durchgriff" auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen die Einbeziehung der juristischen Person in den Schutzbereich eines Grundrechts als sinnvoll oder erforderlich erscheinen lasse.²⁵ Dagegen ist weder der Grundrechtecharta noch der EMRK zu entnehmen, ob die dortigen Gewährleistungen auch für juristische Personen gelten sollen. Soweit teilweise im Wortlaut der Vorschriften Bezugnahmen auf juristische Personen enthalten sind, sind diese der Übersetzung geschuldet und ausschließlich in der deutschen Fassung vorhanden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich juristische Personen generell nicht auf die europäischen Grundrechte berufen können. Vielmehr ist seit dem Urteil des EuGH *Internationale Handelsgesellschaft*²⁶ anerkannt, dass auch juristische Personen des Privatrechts als Grundrechtsträger in Betracht kommen. Es findet aber keine schematische Gleichstellung mit dem Grundrechtsschutz natürlicher Personen statt.

Bedeutung hat der Umfang des Grundrechtsschutzes für juristische Personen insbesondere im Hinblick auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*), demzufolge niemand verpflichtet ist, durch aktives Tun an seiner eigenen Strafverfolgung mitzuwirken.²⁷ Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist zwar weder in der StPO noch im GG explizit normiert, er ist jedoch allgemein anerkannt. Die deutsche Rechtsprechung leitet ihn aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG ab,²⁸ während in der Literatur auch vertreten wird, dass er auf dem Rechtsstaatsprinzip gründe²⁹ oder ein eigenständiges Grundrecht von Verfassungsrang sei³⁰. Die Anwendbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit auf juristische Personen hat das BVerfG zuletzt unter Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 3 GG abgelehnt. Eine Lage, wie sie der Zwang zur Selbstbezeichnung bei natürlichen Personen heraufbeschwöre, könne bei juristischen Personen nicht eintreten, da diese ihren Willen durch Organe bildeten und gegen sie gemäß § 30 OWiG nur eine Geldbuße verhängt werden könne, die weder einen Schuldvorwurf noch eine ethische Missbilligung enthalte. Das Bußgeld solle lediglich einen Ausgleich für die aus der Tat gezogenen Vorteile schaffen. Zudem leite sich die Selbstbelastungsfreiheit aus der Menschenwürde ab, welche ohnehin nur natürliche Personen für

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 02.05.1967, 1 BvR 578/63 – Sozialversicherungsträger, Juris Rdnr. 22; ebenso BVerfG, Beschl. v. 08.07.1982, 2 BvR 1187/80 – Sasbach, Juris Rdnr. 57.

²⁶ EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70 – Internationale Handelsgesellschaft.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 19.03.2013, 2 BvR 2628/10 u.a., NJW 2013, 1058 (1061).

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 12.01.1982, 2 BvR 113/81, BVerfGE 95, 220 – Aufzeichnungspflicht, Juris Rdnr. 83 f.; Beschl. v. 08.10.1974, 2 BvR 747/73, BVerfGE 38, 105, Juris Rdnr. 22; BGH, Beschl. v. 27.02.1992, 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214 (220 mwN).

²⁹ Weiß, JZ 1998, 289.

³⁰ Dannecker, ZLR 2010, 255 (267).

sich in Anspruch nehmen könnten.³¹ Vor diesem Hintergrund wurden mit der 8. GWB-Novelle erstmals im deutschen Recht Mitwirkungspflichten juristischer Personen im Kartellverfahren begründet. Gemäß § 81a GWB sind die Unternehmen nunmehr verpflichtet, der Kartellbehörde auf Verlangen Auskunft über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse zu geben. Zur Begründung der Vorschrift hat der Gesetzgeber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Unternehmen verfassungsrechtlich keine Selbstbelastungsfreiheit garantiert sei.³²

Auf europäischer Ebene wurde die Geltung der Selbstbelastungsfreiheit für juristische Personen durch den EuGH in seiner *Orkem*-Rechtsprechung zunächst abgelehnt. Eine Grenze der Mitwirkungspflichten von Unternehmen bei der Sachverhaltsaufklärung im Kartellverfahren ergebe sich allerdings aus einer Vorwirkung des für das EG-Kartellverfahren ab Mitteilung der Beschwerdepunkte anerkannten Anspruchs auf rechtliches Gehör. Das Geständnis einer Zuwiderhandlung könne daher nicht verlangt werden.³³ Dokumente, die zum Beweis des Kartellverstoßes genutzt werden können, seien dagegen herauszugeben.³⁴ Erst einige Jahre später stellte der EGMR in seinem Urteil in der Sache *Funke* fest, dass die Garantie eines fairen Verfahrens in Art. 6 EMRK eine Garantie der Selbstbelastungsfreiheit für denjenigen umfasse, gegen den im Sinne dieser Vorschrift eine „strafrechtliche Anklage“ erhoben wurde.³⁵ Seither hat er in weiterer Rechtsprechung dieses Recht ausdifferenziert, insbesondere in jüngeren Entscheidungen die Abwägungsfähigkeit der Selbstbelastungsfreiheit mit dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung entwickelt.³⁶ Die Selbstbelastungsfreiheit juristischer Personen war noch nicht Gegenstand von EGMR-Rechtsprechung.³⁷ EuG und EuGH erkennen in der jüngeren Rechtsprechung die Existenz einer Selbstbelastungsfreiheit an, auf die sich auch juristische Personen berufen können. Sie halten hinsichtlich der Reichweite aber an der *Orkem*-Rechtsprechung fest, da ein weitergehendes Auskunftsverweigerungsrecht über das hinausginge, was zur Erhaltung der Verteidigungsrechte der Unternehmen erforderlich sei.³⁸

³¹ BVerfG, Beschl. v. 12.01.1982, 2 BvR 113/81, BVerfGE 95, 220 – Aufzeichnungspflicht, Juris Rdnr. 85.

³² Begr. GesE, BT-Drucks. 17/9852, S. 35.

³³ EuGH, Urt. v. 18.10.1989, Rs. 374/87 – *Orkem*, Rdnrn. 31 ff.

³⁴ EuGH, Urt. v. 18.10.1989, Rs. 374/87 – *Orkem*, Rdnr. 27; ebenso EuGH, Urt. v. 29.06.2006, C-301/04P – *Kommission/SGL Carbon*, Rdnrn. 44, 48.

³⁵ EGMR, Urt. v. 25.02.1993, Appl. No. 10828/84 – *Funke/Frankreich*; dem folgend EGMR, Urt. v. 08.02.1996, Appl. No. 18731/91 – *John Murray/UK*.

³⁶ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 11. Juli 2006, Appl. No. 54810/00, Rdnr. 97 – *Jalloh/Deutschland*; EGMR (Große Kammer) Urt. v. 29. Juni 2007, Appl. Nos. 15809 und 25624/02, Rdnr. 53 – *O'Halloran und Francis/Vereinigtes Königreich*.

³⁷ Es geht hier nicht um die Frage, ob sich Kartellverfahren unterworfenen Unternehmen allgemein auf die Garantie eines fairen Verfahrens nach Artikel 6 Abs. 1 EMRK berufen können. Diese Frage hat der EGMR bereits positiv beantwortet: EGMR, Urt. v. 27.09.2011 – *Menarini/Italien*, appl. no. 43509/08, Rdnr. 45.

³⁸ EuG, 20.02.2001, T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Rdnrn. 66 f.; EuGH, Urt. v. 15.10.2002 – Verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 bis C-252/99 P und C-254/99 P – *PVC II*, Rdnr. 274.

Thesen:

- Der Gehalt der Grundrechte und prozessualen Garantien kann sich für juristische Personen von demjenigen für natürliche Personen unterscheiden, wenn und soweit Grundrechte und prozessuale Garantien Ausdruck der Menschenwürde und der personalen Betroffenheit der Rechtsunterworfenen sind. Dies ist nach der Rechtsprechung des BVerfG bei der Selbstbelastungsfreiheit bzw. dem Fehlen von Mitwirkungspflichten der Fall.
- Der unterschiedliche Umfang der Mitwirkungspflichten juristischer Personen im deutschen und europäischen Kartellverfahren birgt das Risiko einer Beeinträchtigung der wirksamen und einheitlichen Anwendung des europäischen Kartellrechts. Denn er kann erhebliche Unterschiede in den Aufklärungsmöglichkeiten konkreter Fälle zur Folge haben, was der Systematik der dezentralen Durchsetzung im ECN widerspricht, die eine flexible Fallverteilung und einen freien Verkehr der Beweismittel zwischen den Behörden (Art. 12 Abs. 1 VO 1/2003) vorsieht. In diesem Zusammenhang wird die Erforderlichkeit eines Gleichlaufs der Ermittlungsmöglichkeiten im ECN besonders deutlich.
- Mit der im deutschen Recht anerkannten Selbstbelastungsfreiheit steht eine Ausweitung der Mitwirkungspflichten von Unternehmen im Kartellverfahren nicht in Widerspruch, da die Selbstbelastungsfreiheit nach der Rechtsprechung des BVerfG auf juristische Personen keine Anwendung findet. Deutschland ist jedoch an die EMRK gebunden und muss juristischen Personen daher mindestens die darin gewährleisteten Rechte zuerkennen. Aufgrund der Herleitung aus dem fair trial-Grundsatz liegt es nahe, dass sich der Schutz der EMRK im Ausgangspunkt auch auf juristische Personen erstreckt.
- Eine beschränkte Selbstbelastungsfreiheit juristischer Personen in Form eines „Geständnisverweigerungsrechts“, wie es die EuG/EuGH-Rechtsprechung anerkennt, steht jedoch im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR. Denn die beschränkte Funktion der Selbstbelastungsfreiheit bei juristischen Personen – im Wesentlichen Sicherung der Unschuldsvermutung ohne Menschenwürdebezug – bewirkt die Zulässigkeit eines im Vergleich zu natürlichen Personen niedrigeren Schutzniveaus. Dasselbe folgt aus der Einordnung des Kartellordnungs-widrigkeitenrechts als Nebenstrafrecht, in dem strafprozessuale Garantien abgemildert werden können.³⁹ Schließlich ist im Rahmen der vom EGMR eröffneten

³⁹ EGMR, Urt. v. 23. November 2006 – Jussila/Finnland, appl. no. 73053/01, Rn. 43; s. hierzu im Einzelnen Scordamaglia, Cartel Proof, Imputation and Sanctioning, in European Competition Law Review 2010, 5, 18 f. Die Diskrepanz zwischen dem ausgeprägten öffentlichen Interesse an der Verfolgung von Kartellverstößen und ihrem eher gering ausgeprägten sozial-ethischen Unwertgehalt stellt in sich keinen Widerspruch dar: Die Durchsetzung freier Märkte ist Kernaufgabe des Staates mit marktwirtschaftlicher Grundordnung, was aber nicht bedeutet, dass ein Kartellverstoß auch im Rechtsempfinden der Rechtsgemeinschaft sittlich auf niedrigster Stufe steht. Vgl.

Abwägungsfähigkeit der *nemo-tenetur*-Garantie⁴⁰ das erhebliche, primärrechtlich verankerte Interesse an der Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen zu beachten.

III. Grundstruktur und Charakter des Verfahrens

1) Überprüfung behördlicher Entscheidungen oder *de novo*-Entscheidung des Gerichts

Die derzeitige Ausgestaltung als Bußgeldverfahren nach dem OWiG ist dadurch gekennzeichnet, dass nach Einspruchseinlegung im gerichtlichen Verfahren von Grund auf neu über den Verstoß und die Bußgeldverhängung entschieden wird. Dieses Verfahren führt zu Doppelstrukturen und damit einer zeitlichen Verzögerung der abschließenden Entscheidung: Obwohl die Verwaltungsbehörde bereits eine umfassende Beweisaufnahme durchgeführt hat, wird diese durch das Gericht vollständig wiederholt. Es stellt sich die Frage, ob verfassungsrechtliche Vorgaben bestehen, die eine solche, von den behördlichen Feststellungen weitgehend losgelöste, eigene Entscheidung des Gerichts verlangen oder ob der Übergang zu einem System der gerichtlichen Überprüfung der behördlichen Entscheidung möglich wäre (unter a.). Ist letzteres der Fall, so ist weiter fraglich, ob auch die Bußgeldhöhe einer bloßen (Ermessens-)Prüfung unterliegen kann oder ob hier eine eigenständige Zumessungsentscheidung des Gerichts verlangt ist (unter b.).

a) Richtervorbehalt nach Art. 92 GG sowie Anforderungen aus Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK

Das Kartellbußgeldverfahren richtet sich derzeit gemäß §§ 46 Abs. 1, 71 Abs. 1 OWiG überwiegend nach den Vorschriften der StPO. Anders als im Verwaltungsverfahren wird nicht die behördliche Entscheidung einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen und ggf. aufgehoben oder abgeändert. Nach Einspruch gegen den kartellrechtlichen Bußgeldbescheid verliert dieser seine Bedeutung als vorläufige Entscheidung und behält nur noch den Charakter einer zu prüfenden Beschuldigung.⁴¹ Die Gerichte haben in öffentlicher mündlicher Hauptverhandlung sämtliche Beweise erneut zu erheben und allein auf deren Grundlage eine völlig neue und von dem behördlichen Bescheid unabhängige Entscheidung über den Tatvorwurf zu treffen.

auch Karsten Schmidt, Wistra 1990, 131, 137, nach dem es sich beim Kartellordnungswidrigkeitenrecht um "(...) Wirtschaftsaufsicht [handelt], die sich um ethische Missbilligung wenig kümmert, sondern auf die Einhaltung der Rechtsordnung hinwirkt."

⁴⁰ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 11. Juli 2006, Appl. No. 54810/00, Rdnr. 97 – Jalloh/Deutschland; EGMR (Große Kammer) Urt. v. 29. Juni 2007, Appl. Nos. 15809 und 25624/02, Rdnr. 53 – O'Halloran und Francis/Vereinigtes Königreich.

⁴¹ Göhler, OWiG, 16. Aufl. 2012, Vor § 67 Rdnr. 2.

Als verfassungsrechtliche Grundlage dieser Ausgestaltung kommt Art. 92 GG in Betracht. Danach ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut.⁴² Unter den Begriff der rechtsprechenden Gewalt fallen einerseits alle Aufgaben, die das GG den Richtern bzw. Gerichten ausdrücklich überträgt, andererseits alle traditionellen Kernbereiche der Rechtsprechung (bürgerliche und Strafgerichtsbarkeit).⁴³ Der Richtervorbehalt bedeutet, dass der Richter *ausschließlich* über bestimmte Gegenstände entscheidet. Im Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit ist es daher zwingend erforderlich, dass das Gericht eine neue und eigene Entscheidung über den festgestellten Sachverhalt trifft.

Bußgeldverfahren zählen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht zu diesen traditionellen Kernbereichen der Rechtsprechung. Bei der Verhängung von Geldsanktionen sei nach Kriminalstrafen einerseits und Geldbußen andererseits zu unterscheiden. Während Kriminalstrafen zum Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit zählten und ihre Verhängung daher den Richtern vorbehalten sei,⁴⁴ gelte dies nicht für Geldbußen. Insoweit sei eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle ausreichend.⁴⁵ Als maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen Kriminalstrafe und Geldbuße diene der ethische Schuldvorwurf bzw. das autoritative Unwerturteil,⁴⁶ welches nur mit der Kriminalstrafe verbunden sei.⁴⁷ Der Gesetzgeber kann den Anwendungsbereich des Art. 92 GG demnach beschränken, indem er bestimmte Verstöße als Ordnungswidrigkeit einstuft.⁴⁸ Von dieser Möglichkeit hat er im Kartellrecht Gebrauch gemacht.

Außerhalb der traditionellen Kernbereiche der Rechtsprechung gilt die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Insoweit genügt es, wenn der Richter irgendwann, meist nachträglich, in die Entscheidung bestimmter Konflikte eingeschaltet wird.⁴⁹ Entscheidungen von Verwaltungsbehörden, welche nicht zur rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art. 92 GG zählen, unterliegen daher lediglich einer Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Verwaltungsgerichte, in deren Rahmen eine erneute Beweisaufnahme nur erfolgt, soweit sich dies für das Gericht zur Erforschung der Wahrheit als erforderlich

⁴² Art. 92 GG lautet: *Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.*

⁴³ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 92 Rdnrn. 2, 3.

⁴⁴ BVerfG, 06.06.1967, BVerfGE 22, 49 Rdnrn. 92, 109 – Strafgewalt des Finanzamtes; BVerfG, 04.07.1967, BVerfGE 22, 125 Rdnr. 23 – Gebührenpflichtige Verwarnung.

⁴⁵ BVerfG, 14.10.1958, BVerfGE 8, 197 Rdnr. 38 – Bußgeldverfahren nach Wirtschaftsstrafgesetz; BVerfG, 16.07.1969, BVerfGE 27, 18, Juris Rdnr. 43.

⁴⁶ BVerfG, 06.06.1967, BVerfGE 22, 49 Rdnr. 105, 111 – Strafgewalt des Finanzamtes.

⁴⁷ BVerfG, 06.06.1967, BVerfGE 22, 49 Rdnr. 105; BVerfG, 04.07.1967, BVerfGE 22, 125 Rdnrn. 15 f.; BVerfG, 25.10.1966, BVerfGE 20, 323 Rdnr. 33 – Bertelsmann Lesekreis; BVerfG, 02.05.1967, BVerfGE 21, 378 Rdnr. 20 – Wehrdisziplin; BVerfG, 16.07.1969, BVerfGE 27, 18, Juris Rdnr. 42.

⁴⁸ BVerfG, 06.06.1967, BVerfGE 22, 49 Rdnr. 103; BVerfG, 16.07.1969, BVerfGE 27, 18, Juris Rdnr. 43; siehe auch BGH, Beschl. v. 31.01.1962, 4 StR 340/61, BGHSt 17, 101 (104).

⁴⁹ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 92 Rdnr. 2.

darstellt. Zum Gebot effektiven Rechtsschutzes gehört es aber, dass das Gericht das Rechtsschutzbegehren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht prüfen kann, was eine Bindung an die im Verwaltungsverfahren getroffenen Feststellungen und Wertungen grundsätzlich ausschließt. Das Gericht muss die tatsächlichen Grundlagen selbst ermitteln und seine rechtliche Auffassung unabhängig von der Verwaltung, deren Entscheidung angegriffen ist, gewinnen und begründen.⁵⁰ Bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes gibt Art. 19 Abs. 4 GG dem Gesetzgeber zwar Zielrichtung und Grundzüge der Regelung vor, lässt ihm im Übrigen aber einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum.⁵¹

Der Anspruch auf eine Entscheidung durch ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht gemäß Art. 47 Abs. 2 GR-Charta, Art. 6 Abs. 1 EMRK, welcher grundsätzlich auch im kartellrechtlichen Bußgeldverfahren gilt,⁵² erfordert ebenfalls keine *de-novo*-Entscheidung des Gerichts in Bußgeldsachen. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist es mit Art. 6 Abs. 1 EMRK grundsätzlich vereinbar, wenn eine Verwaltungsbehörde eine Sanktion im Sinne der Vorschrift verhängt, sofern der Betroffene diese Entscheidung von einem Gericht, welches die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllt und über unbeschränkte Rechtsprechungsbefugnis („*pleine juridiction*“ / „*full jurisdiction*“) verfügt, überprüfen lassen kann.⁵³

Thesen:

- Mit der Einordnung des Verstoßes gegen das Kartellrecht als Ordnungswidrigkeit hat der Gesetzgeber seinen Beurteilungsspielraum ausgeübt und zu erkennen gegeben, dass er das Kartellsanktionenrecht nicht dem Kernbereich des Strafrechts zuordnet, so dass der Richtervorbehalt nach Art. 92 GG nicht greift.
- Nach allgemeinen Maßstäben wäre es grundsätzlich ausreichend, wenn, wie im europäischen Kartellverfahren, auch auf deutscher Ebene die Kartellbußgeldentscheidung des BKartA nur einer nachträglichen Überprüfung durch die Gerichte unterzogen würde.
- Auch wenn eine von Grund auf neue Beweisaufnahme und Entscheidung danach nicht verlangt ist, so muss durch die Ausgestaltung des Verfahrens sichergestellt sein, dass das Gericht sich eine eigene Überzeugung vom Tatvorwurf bildet. Für Beurteilungsspielräume der Verwaltung ist auf Tatbestandsseite kein Platz.
- Der verfassungsrechtlich geforderte Untersuchungsgrundsatz ist jedoch offen für gesetzgeberische Ausgestaltungen, die nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit

⁵⁰ BVerfGE 101, 106, Juris Rdnr. 67.

⁵¹ BVerfGE 101, 106, Juris Rdnr. 69.

⁵² EGMR, 27. 9. 2011, Appl. No. 43509/08, Menarini Diagnostics S.R.L./Italien, Rdnrn. 38-45.

⁵³ Zur Bedeutung für die Bußgeldfestsetzung nachfolgend unter b.).

in angemessener Relation zur drohenden Sanktion und der Stellung der Betroffenen stehen müssen.

b) Eigene gerichtliche Entscheidung über das Bußgeld (vgl. Art. 31 VO 1/2003)?

Im derzeitigen System setzt das Gericht die Höhe der Geldbuße selbstständig fest, ohne an den Bußgeldbescheid gebunden zu sein. Dies impliziert, dass der Beschuldigte sich auch einer Verböserung im Sinne eines höheren Bußgeldes gegenüber sehen kann. Bei einem Übergang zur gerichtlichen Prüfung der Behördenentscheidung wäre beides nicht selbstverständlich. Denn auf der einen Seite verbürgt Art. 19 Abs. 4 GG dort, wo einer Verwaltungsbehörde Ermessen eingeräumt ist, lediglich gerichtlichen Rechtsschutz zur Überprüfung, ob die Behörde dieses Ermessen auch fehlerfrei ausgeübt hat⁵⁴. Auf der anderen Seite gelten im Verwaltungsprozess aber eine Bindung an das Klagebegehren und das Verbot der *reformatio in peius*, § 88 VwGO.

Hier könnte die europäische Regelung ein Vorbild sein. Denn zwar überprüfen die europäischen Gerichte die Entscheidungen der Kommission grundsätzlich nur auf ihre Rechtmäßigkeit, Art. 263 Abs. 1 AEUV. Bei Klagen gegen Entscheidungen, mit denen die Kommission eine Geldbuße festgesetzt hat, verfügt der Gerichtshof jedoch über die Befugnis zur „unbeschränkten Nachprüfung“ der Entscheidung, Art. 261 AEUV i.V.m. Art. 31 VO 1/2003. Diese Befugnis ermächtigt die europäischen Gerichte dazu, neben der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung die Beurteilung der Kommission durch eine eigene zu ersetzen und die verhängte Geldbuße aufzuheben, herabzusetzen oder zu erhöhen.⁵⁵

Hierdurch ist nach der Rechtsprechung des EuGH ein effektiver gerichtlicher Rechtsschutz, wie er von Art. 47 GR-Charta (und dem über Art. 52 Abs. 3 GR-Charta zu berücksichtigenden Art. 6 Abs. 1 EMRK) gefordert ist⁵⁶, gewährleistet. Denn der EGMR hat bei Sanktionen, die eine Verwaltungsbehörde verhängt, die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK auch dann erfüllt gesehen, wenn die Entscheidung der Überprüfung durch ein Gericht mit unbeschränkter Rechtsprechungsbefugnis unterliegt.⁵⁷ Im Fall *Menarini* hat der EGMR es insoweit für ausreichend erachtet, dass das Gericht im Hinblick auf die verhängte Sanktion deren Angemessenheit prüfen und sie durch eine andere Sanktion ersetzen konnte.⁵⁸ Der EuGH hat im Fall *Chalkor* einen Verstoß ge-

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 18.06.1997, 2 BvR 483/95 u.a., Juris Rdnr. 97.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 08.12.2011, C-286/10 – Chalkor/Kommission, Rdnr. 63.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 08.12.2011, C-286/10 – Chalkor/Kommission, Rdnr. 67.

⁵⁷ EGMR, Urt. v. 10.02.1983, Appl. Nos. 7299/75 und 7496/76 – Albert und Le Compte/Belgien, Rdnr. 29; Urt. v. 23.10.1995, Appl. No. 15523/89 – Schmauzer/Österreich, Rdnr. 47 („full jurisdiction“); Urt. v. 27.09.2011, Appl. No. 43509/08 – Menarini Diagnostics S.R.L./ Italien, Rdnr. 59 („pleine juridiction“).

⁵⁸ EGMR, 27. 9. 2011, Appl. No. 43509/08, Menarini Diagnostics S.R.L./Italien, Rdnr. 65.

gen die unbeschränkte Nachprüfungspflicht verneint und darauf hingewiesen, dass das Gericht die Angemessenheit der Sanktion selbst geprüft habe.⁵⁹

Auch Urteile des BVerfG könnten so verstanden werden, dass eine freie Festsetzung der Unrechtsfolgen durch das Gericht verlangt wird und insoweit zumindest eine Art abgeschwächter Richtervorbehalt gilt. Denn in seinen Entscheidungen zur Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden führt das BVerfG aus, dass rechtsstaatlichen Erfordernissen dadurch Rechnung getragen sei, dass gegen jeden Bußgeldbescheid der Antrag auf gerichtliche Entscheidung durch die ordentlichen Strafgerichte möglich sei, wobei die Gerichte in der Feststellung und rechtlichen Würdigung des Sachverhalts weithin frei seien und auch die Unrechtsfolgen nach eigenem Ermessen bestimmen könnten.⁶⁰ Aus den Entscheidungen geht jedoch nicht hervor, ob das Gericht in Bezug auf die Rechtsfolgenfestsetzung nach eigenem Ermessen Mindestanforderungen formuliert oder nur den Status Quo beschrieben hat.

Thesen:

- Vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 1 EMRK erscheint es bei einer Umstellung des kartellbußgeldrechtlichen Gerichtsverfahrens auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle angezeigt, dem Gericht im Hinblick auf die Angemessenheit der verhängten Sanktion eine eigene Prüfungsbefugnis sowie die Befugnis einzuräumen, die Sanktion abzuändern.
- Da Art. 6 EMRK nur den von einem Straf- oder Bußgeldverfahren Betroffenen schützt, ist fraglich, ob dem Gericht auch die Möglichkeit zur Heraufsetzung des Bußgeldes übertragen werden kann bzw. muss. Bei einer Annäherung an ein verwaltungsrechtliches Verfahren scheint dem der Grundsatz des § 88 VwGO entgegen zu stehen. Allerdings ist die Möglichkeit der *reformatio in peius* logischer Bestandteil einer originären gerichtlichen Entscheidung über die Sanktionshöhe und als solcher vom BVerfG auch benannt worden.

2) Einbettung in den verwaltungsverfahrenrechtlichen Rahmen der Kartellaufsicht oder besonderer Strafprozess?

Der Übergang zu einem System der gerichtlichen Überprüfung der Behördenentscheidung würde eine Annäherung an den Verwaltungsprozess bedeuten, die es naheliegend erscheinen lässt, das Kartellsanktionenverfahren in den verwaltungsverfahrenrechtlichen Rahmen der Kartellaufsicht einzubetten. Dabei müsste allerdings sichergestellt werden, dass die besonderen Garantien, die aus dem Sanktionscharakter der Geldbuße folgen, gewahrt werden. Umgekehrt könnte die strafprozessuale Ausgestal-

⁵⁹ EuGH, 08.12.2011, C-286/10 – Chalkor/Kommission, Rdnr. 78.

⁶⁰ BVerfG, 14.10.1958, BVerfGE 8, 197, Juris Rdnr. 38; BVerfG, 16.07.1969, BVerfGE 27, 18, Juris Rdnr. 43.

tung mit einer originären Entscheidung durch das Gericht beibehalten, bei der richterlichen Wahrheitsermittlung aber ein stärkerer Rückgriff auf die Erkenntnisse aus dem behördlichen Verfahren erlaubt werden. Die Ausgestaltung des Verfahrens sollte in beiden Alternativen auf ähnliche Weise möglich sein, da die Anforderungen des Grundgesetzes sowie des europäischen Rechts an ein Kartellsanktionenverfahren unabhängig von der Bezeichnung und Einbettung des Verfahrens gelten. Auf diese Anforderungen wird im Folgenden (unter IV.) näher eingegangen.

Thesen:

- Für eine Ausgestaltung im Kartellverwaltungs- und Beschwerdeverfahren des GWB kann angeführt werden, dass der Charakter des kartellbehördlichen Verfahrens und der dort geleisteten Ermittlungsarbeit die Überprüfung der Behördenentscheidung als Ausgangspunkt sachgerechter erscheinen lassen als eine Ausgestaltung entsprechend dem OWiG, die von einem eher summarischen Vorverfahren ausgeht, an das sich erst bei Einspruch eine vertiefte Prüfung anschließt. Es sprechen auch Argumente dafür, die Kartellsanktion als eine mögliche Maßnahme der Wirtschaftsaufsicht neben die anderen gravierenden Eingriffsmöglichkeiten, wie die Untersagung (§ 32 Abs. 1 GWB), die Anordnung der Rückerstattung (§ 32 Abs. 2a GWB) oder die Vorteilsabschöpfung (§ 34 GWB) einzuordnen. Zugleich würde damit eine Annäherung an den prozeduralen Rahmen in Europa erreicht.
- Für eine Verbesserung der Verfahrenseffizienz im Rahmen des weiterhin als Strafverfahren ausgestalteten Ordnungswidrigkeitenverfahrens kann geltend gemacht werden, dass Geldbußen Sanktionscharakter haben und sich die hier behandelten Herausforderungen und Probleme auch in anderen strafprozessualen Umfangsverfahren stellen können. Eine Neuregelung des Kartellbußgeldverfahrens könnte hier Vorreiter für weitere Bereiche sein.

IV. Ausgestaltung des Verfahrens im Einzelnen

Der Strafprozess ist durch die besondere Bedeutung und Ausgestaltung der Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit gekennzeichnet, die sich historisch aus seiner hohen Eingriffsintensität erklären lassen. Im gerichtlichen Kartellbußgeldverfahren verfehlen diese formalen Regeln jedoch in weitem Maße ihren Schutzcharakter und führen für alle Beteiligten zu erheblichen Belastungen. Es scheint deshalb angezeigt, überkommene Vorgaben zur Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu überprüfen und einen Transfer von Ermittlungsergebnissen aus dem behördlichen Verfahren in die gerichtliche Verhandlung zu erleichtern. Dabei sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren zu beachten und kann eine gewisse Förmlichkeit aufgrund ihrer ordnenden und disziplinierenden Funktion darüber hinaus zweckmäßig sein.

1. Abkehr vom „Inbegriff der Hauptverhandlung“

Auf das gerichtliche Kartellbußgeldverfahren sind über § 71 Abs. 1 OWiG die Vorschriften der StPO, die nach zulässigem Einspruch gegen den Strafbefehl gelten, anzuwenden. Zu den im Kartellbußgeldverfahren maßgeblichen Vorschriften der StPO zählt damit auch § 261 StPO, welcher vorsieht, dass der Richter nach seiner freien, aus dem „*Inbegriff der Verhandlung*“ geschöpften Überzeugung entscheidet. In das Urteil dürfen demnach nur solche Tatsachen einfließen, die Gegenstand der Hauptverhandlung waren.

In § 261 StPO finden die Grundsätze der Mündlichkeit und der formellen Unmittelbarkeit Niederschlag.⁶¹ Der Grundsatz der Mündlichkeit ist im Strafverfahren so ausgeformt, dass grundsätzlich nur der mündlich vorgetragene und erörterte Prozessstoff dem Urteil zugrunde gelegt werden darf.⁶² Nach dem Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit hat die Beweisaufnahme unmittelbar vor dem erkennenden Gericht zu erfolgen.⁶³ Alle relevanten Beweise sind demnach in der gerichtlichen Hauptverhandlung zu erheben, unabhängig davon, ob sie bereits im Verwaltungsverfahren erhoben wurden. Einlassungen des Betroffenen oder Zeugenaussagen Dritter im Verwaltungsverfahren haben vor Gericht im Grundsatz keinen Beweiswert, sie müssen in der Hauptverhandlung wiederholt werden, um für die Entscheidung berücksichtigt werden zu können.

Diese strikte Trennung der Verfahren der Tatsachenermittlung durch die Behörde und der Beweiserhebung durch das Gericht zielt im Strafprozess darauf, öffentliche Kontrolle zu gewährleisten und den Beschuldigten zu schützen. Die vollständige Wiederholung der bereits durch die Kartellbehörde durchgeführten Beweiserhebung in der Hauptverhandlung erfordert jedoch einen erheblichen zeitlichen und sachlichen Aufwand, ohne dass damit unbedingt ein Mehrwert in rechtsstaatlicher Hinsicht oder ein Mehr an Aufklärung verbunden wäre. Dies gilt umso mehr als dem Kartellbußgeldverfahren in der Regel umfangreiche und komplexe Ermittlungen zugrunde liegen und damit eine Vielzahl von Beweismitteln vorhanden ist. Nicht nur werden bei den verdächtigen Unternehmen regelmäßig zahlreiche Akten beschlagnahmt. Umfangreiche Unterlagen werden auch von den nach der Bonusregelung kooperierenden Unternehmen eingereicht. Für ein Verfahren kann allein der Aktenumfang daher im Bereich einer dreistelligen Anzahl von Leitzordnern liegen.

Mündlichkeit und formelle Unmittelbarkeit sind als solche und erst recht in der konkreten Ausgestaltung keine Grundsätze von Verfassungsrang. Eine Regelung wie die des § 261 StPO ist daher weder durch die Verfassung noch durch die EMRK oder sonstiges höherrangiges Recht zwingend vorgegeben. Verlangt ist aber, dass die Ausgestaltung des Verfahrens die eigenständige gerichtliche Überzeugungsbildung sicherstellt

⁶¹ Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 261 Rdnrn. 1, 7.

⁶² BGH, Beschl. v. 10.08.1989, 4 StR 393/89, StV 1989, 519.

⁶³ Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 250 Rdnr. 2a.

(Gebot effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 GG). Weitere Grenzen folgen aus dem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und dem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG).

Anhaltspunkte für eine Umgestaltung, die diese Grenzen beachtet, ergeben sich aus dem Verwaltungsprozess. Im Rechtsmittelverfahren vor den Verwaltungsgerichten bildet das Gericht gemäß § 108 Abs. 1 VwGO seine Überzeugung aus dem „*Gesamtergebnis des Verfahrens*“. Dazu zählt neben dem von den Parteien mündlich vorgetragenen Beweisstoff auch die Zusammenfassung des wesentlichen Akteninhalts durch den Vorsitzenden oder Berichterstatler gemäß § 103 Abs. 2 VwGO⁶⁴, welcher dem weiteren Verfahren sodann grundsätzlich⁶⁵ zugrunde gelegt wird. Im Rahmen des Verwaltungsrechts gilt zwar auch der Mündlichkeitsgrundsatz, u.a. zur Information der ehrenamtlichen Richter⁶⁶; diesem wird aber schon dadurch genügt, dass das Gericht aufgrund mündlicher Verhandlung entscheidet, § 101 Abs. 1 VwGO. In der mündlichen Verhandlung werden nach dem Gesetz die Anträge gestellt und begründet (§ 103 Abs. 3 VwGO), die Sach- und Rechtslage erörtert (§ 104 Abs. 3 VwGO) und Beweise erhoben (§ 96 Abs. 1 VwGO). In der Praxis beschränkt sich die mündliche Verhandlung aber auf die Erörterung der wesentlichen, ggf. streitigen Punkte, die im Rahmen eines vorbereitenden schriftlichen Verfahrens gemäß § 86 Abs. 4 VwGO identifiziert wurden.⁶⁷ Gemäß § 84 Abs. 1 VwGO kann das Gericht daher in einfach gelagerten Fällen und nach Anhörung der Parteien auch ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Dem Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit, der gemäß § 112 VwGO auch im Verwaltungsverfahren gilt, genügt ein solches Verfahren. Beweismittel des Ermittlungsverfahrens können damit leichter zum Erkenntnisgegenstand des gerichtlichen Verfahrens werden, in dem aber weiterhin eine eigene Würdigung verlangt bleibt.

Thesen:

- Weder Verfassung noch sonstiges höherrangiges Recht verlangen für das kartellgerichtliche Bußgeldverfahren eine Entscheidung nach dem Inbegriff der Hauptverhandlung. Weder als Sicherungsmechanismus, um eine eigenständige Überzeugungsbildung des Gerichts zu erreichen, noch zur Wahrung des rechtlichen Gehörs erscheint eine solche Ausgestaltung zwingend. Die Funktionen des § 261 StPO können auch auf andere Weise sichergestellt werden, beispielsweise durch ein Verfahren entsprechend der VwGO.
- Auch im Verfahren nach der VwGO finden Mündlichkeits- und formeller Unmittelbarkeitsgrundsatz Beachtung. Durch die Zusammenfassung des wesentli-

⁶⁴ Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 108 Rdnr. 1.

⁶⁵ Soweit er von den Betroffenen nicht bestritten wird oder eine Überprüfung aus sonstigen Gründen erforderlich erscheint, siehe dazu aber unten unter 2.

⁶⁶ Geiger, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 101 Rdnr. 4.

⁶⁷ Vgl. Geiger, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 86 Rdnr. 57.

chen Akteninhalts und die Erörterung der streitigen Punkte in der Hauptverhandlung werden alle entscheidungserheblichen Punkte vor dem erkennenden Gericht mündlich thematisiert. Der Mündlichkeit und Öffentlichkeit wird mit dem Sachvortrag sogar stärker Rechnung getragen als dies bei dem bereits praktizierten Selbstleseverfahren nach der StPO der Fall ist.

- Ein solches Verfahren gewährleistet eine effizientere Durchführung der mündlichen Verhandlung. Der effektiven Kartellverfolgung wäre dies förderlich. Fraglich ist aber, ob auch im Bußgeldverfahren die Verfahrensakte dem gerichtlichen Verfahren zugrunde gelegt werden darf (dazu sogleich unter IV. 2.).
- Es scheint ferner sinnvoll und rechtlich möglich, eine schriftsätzliche Vorbereitung der Verhandlung zu ermöglichen, die eine Sortierung und Begrenzung des Verfahrensstoffes ermöglicht.

2. Verwendung der behördlichen Akte und Einführung von Schriftstücken

Der Grundsatz des § 261 StPO, demzufolge sich das Gericht seine Überzeugung nach dem Inbegriff der Hauptverhandlung bilden muss, verhindert, dass der Akte des Verwaltungsverfahrens im gerichtlichen Verfahren eine Bedeutung zukommt, die über eine reine Informationsfunktion hinausgeht. Schriftliche Beweise, die sich in der Verfahrensakte der Verwaltungsbehörde befinden, müssen durch das Gericht erneut erhoben bzw. einzeln in das Verfahren eingeführt werden. Hierzu müssen diese, obwohl sie bereits Bestandteil der Akte sind, in einem formalisierten Verfahren zum Gegenstand einer Anordnung des Vorsitzenden gemacht werden. In dieser Anordnung muss jede einzelne Urkunde aufgeführt sein oder es muss eine vorbereitende Beweismittelliste mit einer detaillierten Auflistung sämtlicher in Rede stehender Urkunden vorhanden sein, auf die der Vorsitzende Bezug nehmen kann.

Dieses Verfahren ist zeitaufwändig. Es dient aber auch der Begrenzung des Verfahrensstoffes und erleichtert somit die Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt dem Angeklagten ein Recht darauf, zu allen Punkten, auf die das Gericht seine Entscheidung stützen will, Stellung zu nehmen. Das Gericht muss seine Ausführungen zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen.⁶⁸ Das Recht auf Äußerung ist eng verknüpft mit einem Recht auf Information, setzt es doch voraus, dass die Verfahrensbeteiligten erkennen können, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommen kann. Sie müssen sich bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt über den gesamten Verfahrensstoff informieren können.⁶⁹ Allerdings muss der Sachverhalt, zu welchem dem Angeklagten rechtliches Gehör gewährt wird, erfassbar sein. Es kann daher unzureichend

⁶⁸ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 07.12.2006, 2 BvR 2228/06, Juris Rdnr. 3.

⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 08.06.1993, 1 BvR 878/90, BVerfGE 89, 28, Juris Rdnr. 26.

sein, wenn dem Angeklagten lediglich Zugang zu den mehrere Regalmeter Aktenordner umfassenden Verfahrensakten eingeräumt wird. Eine Maßnahme zur Begrenzung des Verfahrensstoffs ist somit insbesondere im Kartellbußgeldverfahren wichtig, da hier die Akten eines Verfahrens einen erheblichen Umfang aufweisen.

Es sind verschiedene Ausgestaltungen vorstellbar, um den Prozessstoff zu begrenzen und eine Information über den Verfahrensgegenstand sicher zu stellen. Im Verfahren nach der VwGO ist eine formale Einführung der einzelnen, in der Akte des Verwaltungsverfahrens schon vorhandenen Urkunden nicht erforderlich. Vielmehr wird mit einem einzigen Akt die gesamte Akte des Verwaltungsverfahrens in das gerichtliche Verfahren einbezogen. Die Einbeziehung erfolgt, indem der Vorsitzende oder der Berichtsersteller den wesentlichen Inhalt der Verwaltungsakte zusammenfasst, § 103 Abs. 2 VwGO. Hierdurch erfolgt zugleich eine Begrenzung des Verfahrensstoffs. Der in der Akte festgestellte Sachverhalt sowie die in der Akte befindlichen Beweise können sodann dem weiteren gerichtlichen Verfahren grundsätzlich ohne weiteres zugrunde gelegt werden, es sei denn, dass der Amtsermittlungsgrundsatz die Überprüfung einzelner oder sämtlicher Beweismittel erfordert.⁷⁰ Sonstige Dokumente darf das Gericht ohne deren Erörterung in der Hauptverhandlung nicht zur Entscheidung heranziehen.⁷¹ Hier besteht eine Parallele zum Strafprozess, wo eine Hinweispflicht über den Wortlaut des § 265 StPO hinaus bestehen kann, wenn das Gericht sich auf gewichtige, den gesetzlichen Tatbestand betreffende Umstände stützen will, die in der Anklageschrift noch nicht oder noch nicht so genau enthalten sind.⁷²

Thesen:

- Vor dem Hintergrund der Verfahrensökonomie sowie des europäischen Effektivitätsgrundsatzes erscheint die vollständige Wiederholung der Beweiserhebung unabhängig von der Aussicht auf einen Aufklärungsfortschritt nicht sinnvoll.
- Der Einführung der Akte des Verwaltungsverfahrens im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren entsprechend § 103 Abs. 2 VwGO steht die Verfassung, insbesondere Art. 19 Abs. 4 GG, nicht entgegen. Art. 19 Abs. 4 GG setzt nur voraus, dass sich die Parteien gegen die Feststellungen in der Akte wirksam zur Wehr setzen können. Dies wird gewährleistet durch die Möglichkeit der Betroffenen, Feststellungen der Verwaltungsbehörde zu widersprechen sowie die Überprüfung dieser Feststellungen durch das Gericht nach den Grundsätzen der Amtsaufklärung.

⁷⁰ Geiger, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 96 Rdnr. 4.

⁷¹ Geiger, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 104 Rdnr. 1.

⁷² BGH, Urt. v. 29.07.1998, 1 StR 94/98, BGHSt 44, 153, Juris Rdnr. 10 f.; BGH, Beschl. v. 23.11.2000, 1 StR 429/00, NStZ-RR 2001, 263, Juris Rdnr. 4.

- Aufgrund des regelmäßig großen Umfangs der Akten in Kartellbußgeldverfahren kann es neben der Zusammenfassung des wesentlichen Akteninhalts entsprechend § 103 Abs. 2 VwGO aber sinnvoll sein, auch die wesentlichen Beweismittel zu benennen, um dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, von seinem Anspruch auf rechtliches Gehör angemessen Gebrauch zu machen.

3. Materielle Unmittelbarkeit und Zeugenbeweis

In der Akte vorhandene Vernehmungsprotokolle sowie schriftliche Einlassungen der Betroffenen oder anderer Kartellmitglieder könnten im derzeitigen Verfahren aber selbst dann grundsätzlich nicht als Beweismittel verwertet werden, wenn die Akte entsprechend § 103 Abs. 2 VwGO in das Verfahren einbezogen wurde. Denn gemäß § 71 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 250 StPO gilt im Ordnungswidrigkeitenverfahren ein Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis (Ausprägung des materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatzes). Zeugen und Sachverständige sind daher in der Hauptverhandlung grundsätzlich erneut zu vernehmen. Die Ersetzung der Vernehmung durch Verlesung eines früheren Vernehmungsprotokolls ist gemäß § 250 S. 2 StPO regelmäßig ausgeschlossen. Dieser Grundsatz, der einer Zeugenaussage der Vernehmungsperson von Anfang an nicht entgegenstand, hat inzwischen verschiedene Relativierungen erfahren, deren Einführung stets mit dem Argument der Verfahrensbeschleunigung gerechtfertigt wurde⁷³. Ob von der erneuten Vernehmung aus Sicht des Gerichts ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn zu erwarten ist, ist dabei jedoch unerheblich.

Verfassungsrechtlich ist der materielle Unmittelbarkeitsgrundsatz als solcher nicht verbürgt.⁷⁴ Bestimmte Anforderungen ergeben sich zwar aus dem Anspruch des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Strafverfahren, welches das BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht abgeleitet hat. Denn dieser Anspruch kann auch durch verfahrensrechtliche Gestaltungen berührt werden, die der Ermittlung der Wahrheit und somit einem gerechten Urteil entgegenstehen.⁷⁵ Das BVerfG billigt dem Gesetzgeber insoweit aber einen erheblichen Ausgestaltungsspielraum zu und betont, dass Vorschriften nicht isoliert, sondern im Gesamtgefüge des geltenden Prozessrechts zu betrachten sind. In Bezug auf die Verwendung mittelbarer Beweismittel betont es insbesondere die gerichtliche Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO), die einerseits verlange, dass das Gericht sich um den bestmöglichen Beweis bemühe, andererseits aber keine Beweismittel als unzulässig ausschließe. Dem korrespondiere auf der Ebene der Beweisbewertung das Prinzip der freien Beweiswürdigung durch das Gericht (§ 261 StPO), in deren Rahmen der möglicher-

⁷³ Entwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes 1984, BT-Drs.: 10/1313, S. 51; Entwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes 1979, BT-Drs.: 8/1988, S. 4. Ausführlich und kritisch hierzu die Begründung zum Alternativentwurf, GA 2014, 1 (13 ff.).

⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 18.09.1952, 1 BvR 612/52, BVerfGE 1, 418; Beschl. v. 26.05.1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250; BVerfG, Beschl. v. 30.01.2008, 2 BvR 2300/07, NJW 2008, 2243.

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 26.05.1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250, Rdnr. 64.

weise geringere Beweiswert weniger sachnaher Beweismittel Berücksichtigung finden könne. Sonderregelungen für das Verhältnis des Personalbeweises zum Urkundenbeweis (wie sie in §§ 250-256 StPO vorgesehen sind) sind im Zusammenhang dieser Verfahrensprinzipien und Regelungen zur Erforschung der Wahrheit zu sehen, die in ihrer Gesamtheit gewährleisten müssen, dass ein faires Verfahren gewahrt bleibt.⁷⁶ Der formale Vorrang ist damit keine verfassungsrechtlich vorgegebene, sondern eine historisch gewachsene, gesetzgeberisch gesetzte Ausgestaltung. Im europäischen Recht findet er keine Entsprechung. Insbesondere folgt aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK, welcher Mindestanforderungen an ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK (und somit auch Art. 47 Abs. 2 GR-Charta) benennt, kein absolutes Recht, das Erscheinen von Zeugen vor einem Gericht zu erwirken. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es vielmehr grundsätzlich Sache des Gerichts darüber zu entscheiden, ob die Ladung eines Zeugen erforderlich oder sachdienlich ist. Das Verfahren als Ganzes muss dem Angeklagten aber angemessene und ausreichende Gelegenheit geben, dem auf ihm lastenden Verdacht entgegenzutreten.⁷⁷

Starre Vorrangregeln sind dem zugrunde liegenden Gebot der Erforschung der materiellen Wahrheit nicht unbedingt förderlich. Denn der Zeugenbeweis durch Vernehmung vor Gericht ist nicht notwendig die am besten geeignete Form der Wahrheitsfindung. Dies zeigt sich etwa in Kartellverfahren dort, wo es nicht um den Nachweis einzelner, konkret wahrnehmbarer Handlungen geht, sondern Strukturen (Unternehmensstrukturen, Marktstrukturen, Umsätze) aufzuklären sind. Hier wird die Befragung in der Hauptverhandlung (etwa zu einer zuvor am Arbeitsplatz erstellten Auswertung) mitunter zum bloßen Imitat einer Zeugenvernehmung. Auch können die bis zur gerichtlichen Hauptverhandlung vergangene Zeit und daraus folgende Erinnerungslücken dazu führen, dass die im Ermittlungsverfahren getätigten Aussagen das bessere Beweismittel sind. Schließlich ist der Wert der erneuten persönlichen Befragung mit dem Aufwand ins Verhältnis zu setzen. Denn der größte „Zeitverbrauch“ der Hauptverhandlung in gerichtlichen Kartellbußgeldverfahren geht auf das Konto von Zeugenvernehmungen. Insofern scheint ein stärkeres Ermessen des Gerichts, das eine flexible Handhabung unter Berücksichtigung des voraussichtlichen Erkenntnisgewinns ermöglicht, vorteilhaft. Im Einzelfall mögen die Amtsaufklärungspflicht und das Gebot der Wahrheitsermittlung die Heranziehung des Zeugen als sachnäheren Beweismittels verlangen. Dies folgt dann aber aus allgemeinen verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Vorgaben (etwa § 244 Abs. 2 StPO) und bedarf nicht unbedingt formaler Regeln.

Auf der Basis ähnlicher Überlegungen hat ein Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer im Februar 2014 eine Abkehr von dem materiel-

⁷⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.05.1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250, Rdnrn. 68 f.

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 19.12.2013, C-239/11 P, Rdnr. 325 – Siemens u.a.; Urteil vom 28.06.2005, C-189/02 P, Rdnr. 70 f. – Dansk Rørindustri.

len Unmittelbarkeitsgrundsatz vorgeschlagen.⁷⁸ Gemäß § 250 Abs. 1 S. 1 des von ihm erarbeiteten Alternativentwurfs der Regeln zur Beweisaufnahme (AE) soll die Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen der Person ersetzt werden können, soweit die Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht möglich oder zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich ist. Wenn der Angeklagte, sein Verteidiger oder die Staatsanwaltschaft die Vernehmung allerdings beantragt, kann dieser Antrag nur nach dem Maßstab des § 244 Abs. 3 StPO zurückgewiesen werden, § 251 Abs. 1 S. 2 AE. Eingeschränkt soll die Verwertung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen des Zeugen darüber hinaus dann sein, wenn weder der Angeklagte noch sein Verteidiger im bisherigen Verfahren Gelegenheit hatten, den Zeugen zu befragen (Verletzung des Konfrontationsrechts, hierzu nachfolgend unter IV. 5.).

Thesen:

- Der materielle Unmittelbarkeitsgrundsatz verhindert in der Praxis oftmals, was er bezweckt. Denn der Zeugenbeweis ist im Vergleich mit dem Urkundenbeweis nicht immer das zuverlässigere Beweismittel.
- Der materielle Unmittelbarkeitsgrundsatz ist auch dort nicht zur Sicherung der Wahrheitsermittlung erforderlich, wo es auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen und somit auf einen eigenen Eindruck des Gerichts ankommt. In solchen Fällen folgt die Pflicht, Zeugen zu vernehmen, bereits aus dem Amtsaufklärungsgrundsatz des § 244 Abs. 2 StPO.
- Mit dem Arbeitskreis-AE erscheint daher die Aufhebung des materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatzes zweckmäßig, mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz sogar erforderlich.
- Weitergehend als im Entwurf des Arbeitskreises sollte auf formale Regeln über die Rangfolge der Beweismittel vollständig verzichtet und diese durch die Geltung der Amtsaufklärungspflicht ersetzt werden.

4. Richterliche Entscheidungsfreiheit in der Beweiserhebung und Beweisanspruchsrecht

Sowohl die StPO (§§ 34, 244 Abs. 6) als auch die VwGO (§ 86 Abs. 2) sehen ein förmliches Beweisanspruchsrecht vor, d. h. ein in der Hauptverhandlung gestellter Beweisanspruch kann nur durch begründeten Gerichtsbeschluss abgelehnt werden. Das Beweisanspruchs-

⁷⁸ Veröffentlicht in Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2014, S. 1-72.

tragsrecht desjenigen, gegen den sich ein Verfahren richtet, beruht auf dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG. Dem Angeklagten ist die Möglichkeit zu geben, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können.⁷⁹ Das Erfordernis eines Mindestbestands an aktiven verfahrensrechtlichen Befugnissen wird zudem aus dem Recht auf ein rechtsstaatliches, faires Strafverfahren abgeleitet.⁸⁰ Das Gericht ist verpflichtet, Ausführungen von Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen.⁸¹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG müssen daher alle als sachdienlich und erheblich angesehenen Beweisangebote berücksichtigt werden, sofern nicht die Ablehnung des Beweisangebots eine Stütze im Prozessrecht findet.⁸² An das von den Betroffenen benannte Beweismittel ist das Gericht jedoch nicht gebunden.⁸³ Und auch die Förmlichkeit des Beweisantragsrechts und seiner Bescheidung ist von dem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht gedeckt.

Die Voraussetzungen, unter denen ein Gericht im Strafverfahren einen Beweisantrag ablehnen kann, sind in der StPO in § 244 Abs. 3-5 abschließend geregelt. Die daraus folgende Pflicht des Gerichts, Beweisanträgen grundsätzlich stattzugeben, geht nach herrschender Auffassung über die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts hinaus. Beweise sind also selbst dann zu erheben, wenn das Gericht sie zur Aufklärung der Sach- und Rechtslage nicht für geboten hält.⁸⁴ Bei der Ablehnung eines Beweisantrags darf ferner die Beweiswürdigung nicht antizipiert werden.⁸⁵ Die richterliche Freiheit bei der Entscheidung über Beweiserhebungen ist demnach stark eingeschränkt.

Im Bußgeldverfahren wird die Beschränkung der richterlichen Entscheidungsfreiheit über den Umfang der Beweisaufnahme durch § 77 Abs. 2, 3 OWiG deutlich zurückgenommen. Demnach kann das Gericht, sofern es den Sachverhalt nach dem bisherigen Ergebnis der Beweisaufnahme für geklärt hält, einen Beweisantrag auch dann ablehnen, wenn die Beweiserhebung zur Erforschung der Wahrheit nach seinem pflichtgemäßen Ermessen nicht erforderlich ist. Die Grenze der richterlichen Entscheidungsfreiheit bei der Ablehnung von Beweisanträgen im Ordnungswidrigkeitenverfahren stellt demnach der Amtsermittlungsgrundsatz dar.⁸⁶ Von der Erleichterung des § 77 Abs. 2 Nr. 1 OWiG kann das Gericht in der Praxis allerdings erst gegen Ende der Verhand-

⁷⁹ BVerfG, Plenumsbeschluss v. 30.04.2003, 1 PBvU 1/02 Juris Rdnr. 42.

⁸⁰ BVerfG, 28.03.1984, BVerfGE 66, 313, Juris Rdnr. 15; BVerfG, 18.10.1983, BVerfGE 65, 171, Juris Rdnrn. 15 f.

⁸¹ BVerfG, 07.12.2006, 2 BvR 2228/06, Juris Rdnr. 3.

⁸² BVerfG, 20.04.1982, 1 BvR 1429/81 Juris Rdnrn. 5 f.; BVerfG, 08.11.1978, 1 BvR 158/78, Juris Rdnrn. 10 f.

⁸³ BVerfG, Beschl. v. 26.05.1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250, Juris Rdnr. 63.

⁸⁴ Siehe Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013 § 244 Rdnr. 12; Frister, FS Fezer, S. 211 (222); Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl. 2013, Rdnr. 139; a.A. Gössel, ZIS 2007, 557 (559): Beweisantrag diene der Ermittlung der relativ-objektiven Wahrheit.

⁸⁵ Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 244 Rdnr. 46.

⁸⁶ Vgl. Seitz, in: Göhler, OWiG, 16. Aufl. 2012, § 77 Rdnr. 11.

lung Gebrauch machen, da die Vorschrift eine vorausgegangene Beweisaufnahme und Klärung des Sachverhalts erfordert.

Thesen:

- Anders als die StPO in Strafverfahren räumt das OWiG (§ 77 Abs. 2) dem Gericht bereits ein weitgehendes Recht zur Ablehnung von Beweisanträgen ein. Seine Grenzen findet dieses Recht in der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts – weitere Erleichterungen im Hinblick auf den Ablehnungsmaßstab scheinen deshalb kaum möglich.
- Könnte die Verwaltungsakte entsprechend § 103 Abs. 2 VwGO in das Kartellbußgeldverfahren einbezogen werden (siehe oben unter 2.), so könnte § 77 Abs. 2 Nr. 1 OWiG allerdings früher und in größerem Umfang herangezogen werden, um nach den Maßstäben des Amtsermittlungsgrundsatzes die Beweiserhebung auf das erforderliche Maß zu beschränken. Das gesamte Verfahren würde auf diese Weise gestrafft.
- Es erscheint denkbar, das förmliche Beweisantragsrecht in ein Beweisanregungsrecht umzuwandeln. Dies könnte eine Reduzierung des formalen Aufwands insbesondere bei Beweisanträgen, die nur zur Wahrung der Rechte im Hinblick auf eine Rechtsbeschwerde gestellt werden, bedeuten.

5. Umfang und Grenzen des Frage- und Konfrontationsrechts (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK)

Gemäß § 240 Abs. 2 StPO hat der Angeklagte das Recht, Fragen an die Zeugen und Sachverständigen zu richten. Dieses strafprozessuale Fragerecht ist Bestandteil eines fairen Verfahrens. Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK sieht vor, dass jede angeklagte Person das Recht haben muss, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen. Nach vorherrschendem Verständnis handelt es sich um ein *konfrontatives* Fragerecht, so dass eine Befragung bei gleichzeitiger Anwesenheit von Zeuge und Verteidiger und i.d.R. auch dem Beschuldigten ermöglicht werden muss.⁸⁷ Das Fragerecht muss aber nicht zwingend in der gerichtlichen Hauptverhandlung, sondern kann auch bereits im Verwaltungsverfahren gewährt werden.⁸⁸ Es dient der Waffengleichheit und soll es er-

⁸⁷ Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. X – EMRK, Art. 6 Rdnr. 155 unter Verweis auf BGH, 29.11.2006, 1 StR 493/06 Rdnrn. 15 ff.; siehe auch EGMR, Urt. v. 16.02.2000, 27052/95 Rdnr. 51 – Jasper./GB, welches den konfrontativen Charakter des Fragerechts betont („*should be adversarial*“); ebenso EGMR, Urt. v. 06.12.1988, 10590/83, Rdnr. 78 – Barberà ./Spanien; 22.07.2003, 39647/98, Rdnr. 52 – Edwards and Lewis ./U.K.

⁸⁸ EGMR, Urt. v. 20.11.1989, Appl. No. 11454/85, Rdnr. 41 – Kostovski./Niederlande; 26.04.1991, Appl. No. 12398/86, Rdnr. 26 – Asch./Österreich; 07.08.1996 – Rdnr. 51 – Ferrantelli und Santangelo ./Italien; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, Art. 6 EMRK Rdnr. 22b.

möglichen, die Glaubwürdigkeit von Belastungszeugen bzw. die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen auf den Prüfstand stellen zu können.⁸⁹

Die Zurückweisung von Fragen durch das Gericht ist gemäß § 241 Abs. 2 StPO nur unter engen Voraussetzungen möglich: Nur ungeeignete oder nicht zur Sache gehörige Fragen darf das Gericht zurückweisen. Da das Gericht aber häufig nicht von vornherein sicher sein kann, dass eine Frage ungeeignet oder nicht zur Sache gehörig ist, werden in der Praxis Fragen im Zweifel zugelassen, um eine Aufhebung der Entscheidung zu vermeiden.

Die EMRK sieht keine Gründe vor, nach denen das Fragerecht beschränkt werden kann. Zurückgewiesen werden können Fragen (aus inhaltlichen Gründen) daher grundsätzlich nur dann, wenn sie von dem Fragerecht nicht mehr gedeckt sind, insbesondere also dessen Zweck (Prüfung der Aussage des Zeugen und seiner Glaubwürdigkeit) nicht mehr dienen können. Eine gänzliche Verweigerung des Fragerechts ist dagegen grundsätzlich nur möglich aus faktischen Gründen, z.B. weil der Zeuge verstorben ist, oder bei gemischt normativ-faktischen Hindernissen wie der Immunität des Zeugen.⁹⁰ Die Verweigerung des Fragerechts wurde aber auch dann für zulässig erklärt, wenn dies zum Schutz höherrangiger Interessen, beispielsweise der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, „*absolut notwendig*“ war.⁹¹ Diese Gründe können auch zur Versagung des Fragerechts nach deutschem Recht führen.

Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK gilt grundsätzlich auch im Bußgeldverfahren.⁹² D.h. dass dem Betroffenen auch im nationalen Kartellbußgeldverfahren grundsätzlich die Möglichkeit eingeräumt werden muss, Belastungszeugen zu befragen. Im Zusammenspiel mit der derzeit großen Bedeutung des Zeugenbeweises kann das Fragerecht aber zu einer erheblichen Verzögerung des Schlusses der Beweisaufnahme führen. Auf europäischer Ebene hingegen wird das Fragerecht des Betroffenen (Art. 68 § 4 EuG VerfO) in der Regel nicht relevant, da Zeugen zur Verhandlung gar nicht erst geladen werden. Die Rechtsprechung des EuGH betont, dass Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK dem Angeklagten kein absolutes Recht einräumt, das Erscheinen von Zeugen zu erwirken, und es grundsätzlich Sache des Gerichts ist, darüber zu entscheiden, ob die Ladung eines Zeugen erforderlich oder sachdienlich ist.⁹³ Das EuG hält die Ladung und Vernehmung eines Zeugen nur dann für erforderlich, wenn der Inhalt der Akten und die Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung nicht ausreichen, um über den Rechtsstreit zu ent-

⁸⁹ EGMR, Urt. v. 23.11.2005, Appl. No. 73047/01, JR 2006, 289 (291); 19.07.2012, Appl. No. 26171/07, Rdnr. 38; Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. X – EMRK, Art. 6 Rdnr. 155.

⁹⁰ Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. X – EMRK, Art. 6 Rdnr. 156.

⁹¹ EGMR, Urt. v. 22.07.2003, Appl. No. 39647/98, Rdnr. 53 – Edwards and Lewis ./. U.K.; BVerfG, 08.10.2009, 2 BvR 547/08 Rdnr. 12.

⁹² EGMR, Urt. v. 21.02.1984, Appl. No. 8544/79 – Öztürk/Deutschland; Urt. v. 27.09.2011, Appl. No. 43509/08 – Menarini Diagnostics S.R.L./Italien, Rdnrn. 38-45.

⁹³ EuGH, Urt. v. 19.12.2013, C-239/11 – Siemens u.a., Rdnr. 325; 28.06.2005, C-189/02 P, Rdnr. 68 – Dansk Rørindustrie.

scheiden⁹⁴, insbesondere also dann, wenn die Zeugenaussage das einzige oder entscheidende belastende Beweismittel darstellt. Haben mehrere Zeugen unabhängig voneinander aber gleichlautende Aussagen gemacht, hat der EuGH auch dies als ausreichend angesehen, um eine persönliche Befragung der Zeugen abzulehnen.⁹⁵ In solchen Fällen reicht auf europäischer Ebene die schriftliche Aussage der Zeugen als Beweismittel aus.

Der Ersetzung einer Zeugenvernehmung durch die Einführung des Protokolls einer früheren Vernehmung steht das Fragerecht nach § 240 Abs. 2 StPO bzw. Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK nicht grundsätzlich entgegen. Wenn ein wichtiger Zeuge durch die Ermittlungsbehörde vernommen wurde, ohne dass der Betroffene die Möglichkeit hatte, den Zeugen zu befragen, folgt aber aus dem Prinzip der Waffengleichheit des Art. 6 EMRK, dass die Justiz grundsätzlich alles in ihrer Macht stehende zu tun hat, um dem Beschuldigten die konfrontative Befragung des Zeugen noch zu ermöglichen.⁹⁶ Ist dies unmöglich oder ist es aus Gründen des Opfer- oder Zeugenschutzes oder zur Erhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege absolut notwendig⁹⁷, dem Betroffenen das Fragerecht zu versagen, dann ist die fehlende Konfrontation des Zeugen im Rahmen der Beweiswürdigung zu kompensieren. Denn solchen Aussagen kommt nur ein eingeschränkter Beweiswert zu.⁹⁸ Sie bedürfen daher einer sorgfältigen Prüfung.⁹⁹ Insbesondere darf die Entscheidung nicht allein oder entscheidend auf der Aussage des nicht konfrontierten Zeugen beruhen.¹⁰⁰ Art. 6 EMRK steht der Verwendung der Aussage eines Zeugen, der nicht oder nur im Ermittlungsverfahren konfrontativ befragt wurde, demnach nicht grundsätzlich entgegen.¹⁰¹ Entscheidend ist, ob das Verfahren trotz der Verwertung der Aussage des nicht konfrontativ befragten Zeugen insgesamt fair war.¹⁰²

⁹⁴ EuG, Urt. v. 16.06.2011, T-191/06.

⁹⁵ EuGH, Urt. v. 19.12.2013, C-239/11 – Siemens u.a., Rdnr. 326.

⁹⁶ EGMR, Urt. v. 06.12.1988, Appl. No. 10590/83, Rdnr. 78 – Barberà ./ Spanien.

⁹⁷ EGMR, Urt. v. 22.07.2003, Appl. No. 39647/98, Rdnr. 53 – Edwards and Lewis ./ U.K.; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 8.10.2009, 2 BvR 547/08, Rdnr. 12.

⁹⁸ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 08.10.2009, 2 BvR 547/08 Rdnr. 22; BGH, Urt. v. 29.11.2006, 1 StR 493/06, Rdnr. 18.

⁹⁹ EGMR, Urt. v. 07.08.1996, Appl. No. 19874/92, Rdnr. 51 – Ferrantelli und Santangelo ./ Italien; Urt. v. 17.11.2005, 73047/01, – Haas ./ Deutschland; Urt. v. 23.11.2005, 73047/01, Rdnr. 82; BVerfG, 8.10.2009, Nichtannahmebeschl. v. 2 BvR 547/08 Rdnr. 23.

¹⁰⁰ EGMR, Urt. v. 26.04.1991, Appl. No. 12398/86, Rdnr. 30 – Asch ./ Österreich; Urt. v. 17.11.2005, Appl. No. 73047/01, Rdnr. 82 – Haas ./ Deutschland; Urt. v. 23.11.2005, Appl. No. 73047/01, Rdnr. 83 – Haas ./ Deutschland.

¹⁰¹ Siehe auch BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 8.10.2009, 2 BvR 547/08 Rdnr. 14; BGH, Urt. v. 29.11.2006, 1 StR 493/06, Rdnr. 18.

¹⁰² EGMR, Urt. v. 06.12.1988, Appl. No. 10590/83, Rdnr. 68 – Barberà ./ Spanien; Urt. v. 20.11.1989, Appl. No. 10/1988/154/208, Rdnr. 41 – Kostovski ./ Niederlande; Urt. v. 26.04.1991, Appl. No. 12398/86, Rdnr. 26 – Asch/Österreich; siehe auch EGMR, Urt. v. 23.11.2006, Appl. No. 73053/01, Rdnr. 48 – Jussila./Finnland zur Verzichtbarkeit der mündlichen Verhandlung; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 8.10.2009, 2 BvR 547/08 Rdnr. 15; BGH, Beschl. v. 22.06.2005, 2 StR 4/05; BGH, Urt. v. 29.11.2006, 1 StR 493/06, Rdnr. 18.

Auch im Verwaltungsverfahren haben die Verfahrensbeteiligten das Recht, Fragen an Zeugen und Sachverständige zu stellen. Dort steht das Fragerecht unter dem Vorbehalt der Sachdienlichkeit, § 97 VwGO.

Thesen:

- Das Konfrontations- und Fragerecht steht einer Verschlankung der gerichtlichen Beweisaufnahme nicht entgegen, soweit dem Zeugenbeweis insgesamt eine geringere Bedeutung zugewiesen wird. Hierzu bedarf es insbesondere der Aufhebung des materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatzes sowie einer Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 77 Abs. 2 Nr. 1 OWiG durch die Einbeziehung der Akte des Verwaltungsverfahrens in das gerichtliche Verfahren (siehe oben unter Ziffern 2 und 3).
- Soweit es beim Zeugenbeweis bleibt, richten sich die Anforderungen an das Fragerecht im deutschen Ordnungswidrigkeitenverfahren wie im Verfahren vor dem EuG nach Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK. Dieser erfordert, dass der Betroffene im Verfahren zumindest einmal die Möglichkeit erhalten muss, Zeugen konfrontativ zu befragen, insbesondere um deren Glaubwürdigkeit auf die Probe stellen zu können.
- Eine Beschränkung des Fragerechts durch die Ausweitung der richterlichen Befugnis zur Zurückweisung von Fragen wäre vor dem Hintergrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör problematisch. Grundsätzlich wird sich nicht ausschließen lassen, dass selbst nach einer Reihe nicht sachdienlicher Fragen wieder eine sachdienliche Frage folgt. Die Gerichte haben sich daher auch im Hinblick auf zeitliche Beschränkungen des Fragerechts zurückhaltend gezeigt.¹⁰³

6. Die Position des betroffenen Unternehmens: Rügeobliegenheiten, Präklusionsregeln, Übergang zu einem adversarischen Verfahren

Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Deutschland ist, wie das Ordnungswidrigkeitenverfahren (§ 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO), geprägt durch den Amtsaufklärungsgrundsatz, § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO. Dieser ist Ausprägung des in Art. 19 Abs. 4 GG verbürgten Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz gegen Akte öffentlicher Gewalt und des Rechtsstaatsprinzips.¹⁰⁴ Der Amtsaufklärungsgrundsatz begründet eine Verpflichtung zur selbstständigen Erforschung des Sachverhalts durch die Gerichte. Die Verwaltungsgerichte treffen zwar anders als im Ordnungs-

¹⁰³ BGH, Beschl. v. 23.09.2008, 1 StR 484/08, Juris Rdnrn. 15-18 bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 06.10.2009, 2 BvR 2580/08, Juris Rdnrn. 17 ff.

¹⁰⁴ Geiger, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 86 Rdnr. 5.

widrigkeitenverfahren keine neue und von der Verwaltung völlig unabhängige Entscheidung. Sie nehmen aber grundsätzlich von Amts wegen eine vollständige Überprüfung der angegriffenen verwaltungsbehördlichen Entscheidung vor.

Im Verwaltungsverfahren sind die Parteien bei der Sachverhaltsaufklärung heranzuziehen, § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO. Sie trifft eine Prozessförderungspflicht. Um zu vermeiden, dass die Parteien das Verfahren durch eine schleppende Mitwirkung in die Länge ziehen, kann das Gericht verspätetes Vorbringen unter den Voraussetzungen des § 87b VwGO zurückweisen. Die allgemeine Amtsaufklärungspflicht des Gerichts, der zufolge solche Beweise zu erheben sind, deren Benutzung sich nach der Sachlage aufdrängt oder zumindest nahe liegt¹⁰⁵, wird dadurch eingeschränkt.¹⁰⁶ Im Ordnungswidrigkeitenverfahren gibt es die Möglichkeit zur Zurückweisung verspäteten Vorbringens dagegen grundsätzlich nicht, da die Parteien dort bisher nicht zur Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung verpflichtet sind. Es besteht allein die in der kartellgerichtlichen Praxis bisher nicht besonders relevante Möglichkeit, Beweisanträge abzulehnen, die auf eine Prozessverschleppung zielen und damit einen Missbrauch prozessualer Rechte darstellen (§ 244 Abs. 3 S. 2 StPO und § 77 Abs. 2 Nr. 2 OWiG).¹⁰⁷

Auf europäischer Ebene ist das Rechtsmittelverfahren als adversarisches Verfahren ausgestaltet, d.h. der Betroffene und die Kommission stehen sich als Parteien gegenüber. Eine Überprüfung der Kommissionsentscheidung findet dort grundsätzlich nur insoweit statt, wie der Kläger die Entscheidung substantiiert beanstandet. Das Gericht hat allerdings von Amts wegen zu prüfen, ob die Entscheidung gewisse formelle Mindestanforderungen erfüllt, beispielsweise, ob sie eine Begründung enthält.¹⁰⁸ Verspätetes Vorbringen kann gemäß Art. 48 § 2 der Verfahrensordnung des EuG zurückgewiesen werden. Das Rügeerfordernis des europäischen Verfahrens steht nach der Rechtsprechung des EuGH nicht in Widerspruch mit dem Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes nach Art. 47 GR-Charta. Zwar erfordere dieser Grundsatz über Art. 6 Abs. 1 EMRK eine Entscheidung durch ein Gericht mit unbeschränkter Rechtsprechungsbefugnis.¹⁰⁹ Dies setze voraus, dass das Gericht befugt sei, sich mit allen zur Streitsache gehörenden Tatsachen- und Rechtsfragen zu befassen und die Verwaltungsentscheidung in allen Punkten abzuändern.¹¹⁰ Es sei aber keine vollständige Prü-

¹⁰⁵ Vgl. BGHSt 3, 169, 175; BVerwG, NVwZ 1988, 1019, 1020.

¹⁰⁶ Geiger, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 87b Rdnr. 3.

¹⁰⁷ Zu § 77 Abs. 2 Nr. 2 OWiG: BVerfG, Beschl. v. 24.02.1992, 2 BvR 700/91, NJW 1992, 2811, Juris Rn. 16.

¹⁰⁸ EuGH, Urteile v. 08.12.2011, C-386/10 P – Chalkor/Kommission, Rdnr. 64; C-389/10 P – KME/Kommission, Rdnr. 131.

¹⁰⁹ Siehe oben, Fn. 57.

¹¹⁰ EGMR, Ur. v. 27.09.2011, Appl. No. 43509/08, Menarini Diagnostics S.R.L./Italien, Rdnr. 59.

fung von Amts wegen erforderlich, sondern es genüge die Möglichkeit des Gerichts, sich (auf Antrag) mit allen Punkten der Entscheidung befassen zu können.¹¹¹

Im deutschen Recht muss die gerichtliche Überprüfung hoheitlicher Maßnahmen insbesondere dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG und dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG gerecht werden. Die Ausgestaltung des Rechtswegs obliegt jedoch im Einzelnen dem Gesetzgeber, der auch einschränkende Voraussetzungen normieren kann, solange sie nicht zu einer unzumutbaren Erschwerung des Rechtsschutzes führen. Dabei sind auch die Interessen der Verfahrensbeschleunigung und Rechtssicherheit sowie einer Verhinderung der Überlastung der Rechtspflege zu beachten.¹¹² Im Hinblick auf diese Ziele können Präklusionsvorschriften auch zulässige Ausgestaltungen des Rechts auf Gehör darstellen, wobei allerdings ihr Ausnahmecharakter zu beachten ist.¹¹³

Thesen:

- Es erscheint möglich, eine Rügeobliegenheit im Rechtsmittelverfahren gegen Kartellbußgeldentscheidungen auch im deutschen Recht einzuführen. Weder die EMRK noch der Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz, Art. 19 Abs. 4 GG, stehen dem entgegen. Soweit Einschränkungen des Amtsermittlungsgrundsatzes teilweise entgegengehalten wird, dass es dem in der Regel rechtlich unerfahrenen Betroffenen nicht zumutbar sei, die Entscheidung substantiiert anzugreifen¹¹⁴, ist zu beachten, dass im Kartellverfahren vorrangig Unternehmen betroffen sind, denen eher zuzumuten ist, selbst in die Wahrheitserforschung zu investieren.
- Auch der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit steht der Einführung einer Rügeobliegenheit nicht entgegen. Zum einen findet die Selbstbelastungsfreiheit auf juristische Personen bereits keine Anwendung (siehe oben), zum anderen wird der Betroffene durch die Obliegenheit mitzuteilen, in welchem Umfang er die Überprüfung der ihn belastenden Entscheidung begehrt, aber auch nicht dazu gezwungen, aktiv an seiner Verurteilung mitzuwirken.
- Eine Prüfung von Amts wegen erscheint unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten jedoch im Hinblick auf die Mindestanforderungen an eine hoheitliche Entscheidung erforderlich. Auch ohne eine entsprechende Rüge wäre daher durch das Gericht etwa zu prüfen, ob die Entscheidung eine Begründung enthält.

¹¹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 08.12.2011, C-286/10 – Chalkor/Kommission, Rdnr. 66 f.; C-389/10 P – KME/Kommission, Rdnr. 131, kritisch Schwarze/Bechtold/Busch, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft (2008), S. 56, 59 ff.

¹¹² BVerfG, Entsch. v. 12.01.1960, 1 BvL 17/59, BVerfGE 10, 264, Juris Rdnr. 13; Beschl. v. 02.03.1993, 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118, Juris Rdnr. 21 ff.

¹¹³ Vgl. BayVGh, Beschl. v. 30.05.2014, 13a ZB 14.30096, Juris Rdnr. 3 und HessVGh, Beschl. v. 7.10.2005, 2 UZ 1598/04.A, Juris Rdnr. 5 zu § 87b VwGO.

¹¹⁴ Siehe Geiger, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 86 Rdnrn. 5 ff.

- Möglich erscheint auch im deutschen Recht eine adversarische Ausgestaltung des Kartellsanktionenverfahrens. Die EMRK sowie Art. 19 Abs. 4 GG stehen dem nicht entgegen. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet jedoch den Amtsermittlungsgrundsatz, an ihm ist daher im Grundsatz festzuhalten.

7. Die „Vertretung der Anklage“: Stellung der Kartellbehörde und Rolle der Staatsanwaltschaft im gerichtlichen Verfahren

Das Bundeskartellamt ist im Bußgeldverfahren gemäß § 81 Abs. 10 Nr. 3 GWB die zuständige Verwaltungsbehörde. Es hat bei der Verfolgung von Kartellverstößen gemäß § 46 Abs. 2 OWiG dieselben Rechte und Pflichten wie die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung von Straftaten. Als Verwaltungsbehörde ist das Bundeskartellamt im Rahmen der Ermittlungen gemäß § 24 Abs. 2 VwVfG – wie die Staatsanwaltschaft nach § 160 Abs. 2 StPO – zur Neutralität verpflichtet. Wenn das Bundeskartellamt den Bußgeldbescheid nach Einspruch aufrechterhält, übersendet es die Akten jedoch gemäß § 69 Abs. 3 Satz 1 OWiG an die Staatsanwaltschaft. In Kartellbußgeldfällen ist, wegen der Zuständigkeit des OLG Düsseldorf gemäß § 83 GWB, die Generalstaatsanwaltschaft (GStA) beim OLG Düsseldorf für die Anklagevertretung zuständig. Mit Eingang der Akten bei der GStA gehen die Aufgaben der Verfolgungsbehörde gemäß § 69 Abs. 4 Satz 1 OWiG auf diese über. Die Position der Kartellbehörde im gerichtlichen Verfahren beschränkt sich formal darauf, dass ihr, wie jeder Verwaltungsbehörde, grundsätzlich Gelegenheit zu geben ist, die aus ihrer Sicht bedeutsamen Standpunkte vorzubringen (§ 76 Abs. 1 OWiG), und ihr darüber hinaus gestattet werden kann, Fragen an Betroffene, Zeugen und Sachverständige zu richten (§ 82a Abs. 1 GWB).

Die Rolle der Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde in Straf- und Bußgeldverfahren ist allerdings nicht verfassungsrechtlich gewährleistet. Die Staatsanwaltschaft ist kein Teil der rechtsprechenden Gewalt i.S.d. Artt. 92, 97 GG, sondern Teil der Exekutive¹¹⁵. Aufgrund ihres funktionalen Bezugs zur Rechtsprechung der Strafgerichte wird die Staatsanwaltschaft jedoch nicht als eine Verwaltungsbehörde im üblichen Sinne eingestuft, sondern als eine Institution *sui generis* angesehen.¹¹⁶ Die Staatsanwaltschaft ist ein den Gerichten gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege, dem die Strafverfolgung und Mitwirkung im Strafverfahren obliegt.¹¹⁷ Es handelt es sich um eine Institution auf Landesebene. Die Beamten der Staatsanwaltschaft unterliegen gemäß § 146 GVG den Weisungen ihres Vorgesetzten und gemäß § 147 Nr. 2 GVG der Aufsicht durch die Landesjustizverwaltung.

¹¹⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 20.02.2001, 2 BvR 1444/00, BVerfGE 103, 142; Entsch. v. 15.11.1971, 2 BvF 1/70, BVerfGE 32, 199 (216); Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, Vor § 141 GVG, Rdnr. 6; Gössel, GA 80, 325, 336.

¹¹⁶ Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, Vor § 141 GVG, Rdnr. 6.

¹¹⁷ BVerfG, Urt. v. 19.03.1959, 1 BvR 295/58, BVerfGE 9, 223 (228); Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, Vor § 141 GVG, Rdnr. 1.

Die Beteiligung von GStA und BKartA im Kartellsanktionenverfahren führt zu Doppelstrukturen auf Seiten der Verfolgungsbehörden. Während die GStA im gerichtlichen Verfahren die Anklage vertritt und befugt ist, Anträge (insbesondere Beweisanträge) zu stellen sowie Rechtsbeschwerde einzulegen, bringt die Beteiligung des Bundeskartellamts die besondere Sachkunde der Kartellbehörde in den Prozess ein. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Entscheidungen des Bundeskartellamts – anders als bei den üblichen OWiG-Tatbeständen – von unabhängigen Beschlussabteilungen getroffen werden, die nach dem Vorbild eines OLG-Senats als Dreier-Gremium durch Beamte entscheiden, welche die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst haben (§ 51 Abs. 2-4 GWB). In der Praxis arbeiten Generalstaatsanwaltschaft und Bundeskartellamt eng zusammen. Trotzdem lässt es sich nicht vermeiden, dass es zu Doppelarbeit kommt: Obwohl das Bundeskartellamt den Fall infolge der Ermittlungsarbeit bereits gut kennt, muss sich auch die GStA nach Abgabe des Falls an sie in diesen einarbeiten. Dabei können auch Teilaspekte nicht ohne den Blick auf den gesamten Fall bearbeitet werden. Gerade im Rahmen der Beweiswürdigung ist immer eine Gesamtschau aller Umstände des Falles erforderlich. Diese Doppelstrukturen verzögern das Verfahren.¹¹⁸ Föderalismuspolitisch ist die Anklagevertretung durch die Staatsanwaltschaft in Kartellbußgeldsachen bedenklich. Sie führt zu einer Zurechnungsdisparität, da die Landesbehörde eine Entscheidung verteidigt, die auf den Legitimationsstrang des Bundes zurückgeht. Es erscheint darüber hinaus fraglich, ob die eingeschränkten Verfahrensrechte der Kartellbehörde mit den europäischen Vorgaben in Einklang stehen.¹¹⁹

Thesen:

- Die Beteiligung des BKartA an dem gerichtlichen Kartellbußgeldverfahren ist europarechtlich geboten und sachlich zwingend, da Gegenstand des Verfahrens in der Regel materielle Rechtsfragen des Kartellrechts sind.
- Die derzeit vorhandene Doppelstruktur durch die zusätzliche Einschaltung der Staatsanwaltschaft und die damit verbundene Verzögerung des Verfahrens erscheint vor dem Grundsatz der Verfahrensökonomie sowie unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten fragwürdig.

¹¹⁸ Es gibt Fälle, in denen die Einarbeitung und Prüfung durch die Staatsanwaltschaft in relativ kurzer Zeit (einige Monate bis ein Jahr) erfolgt. Es gibt aber auch eine zunehmende Zahl von Verfahren, wo dies einen erheblichen Zeitraum in Anspruch nimmt. Konkret schlossen sich etwa im Fall „Tondachziegel“ an das kartellbehördliche Ausgangsverfahren mit einer Dauer von ca. 2 Jahren eine behördliche Prüfung des Einspruchs von etwa einem Jahr und eine staatsanwaltliche Prüfung im Zwischenverfahren von 4 Jahren an. Im Fall „Brillenglas“ nahmen das Ausgangsverfahren 2 Jahre, die Einspruchsprüfung ein halbes Jahr und die staatsanwaltliche Prüfung 3,5 Jahre in Anspruch. Im Fall „Silostellgebühren“ dauerten das kartellbehördliche Verfahren gut 3 Jahre, die Einspruchsprüfung etwa ein halbes Jahr und die staatsanwaltliche Prüfung noch einmal gut 2 Jahre.

¹¹⁹ Siehe oben unter II. 1. bei Fn. 16 ff.; EuGH, Urt. v. 07.12.2010, C-439/08 – VEBIC, Rdnr. 59.

- Es erscheint zweckmäßig, dass das BKartA in Kartellbußgeldsachen auch vor Gericht die Funktion der Staatsanwaltschaft übernimmt. Das BKartA ist zur Neutralität verpflichtet und wäre bei einer Anklagevertretung in Kartellsachen in einer vergleichbaren Position wie die Staatsanwaltschaft in Strafsachen, wo letztere ebenfalls sowohl im Ermittlungsverfahren als auch für die Anklagevertretung zuständig ist.
- Das BKartA verfügt über die größere Fachkunde in Bezug auf das materielle Recht und ist allein in der Lage, auf dessen einheitliche Anwendung in Zivil-, Verwaltungs- und Bußgeldverfahren zu achten. Bei einer Annäherung des Verfahrens an das Verwaltungsverfahren verfügte das BKartA zusätzlich auch über die größere Erfahrung im anzuwendenden prozessualen Recht.