

Compliance Berater

5 / 2020

Betriebs-Berater Compliance

28.4.2020 | 8.Jg
Seiten 133–176

EDITORIAL

Zur Aufgabe der Rechtsanwälte | I

Dr. Malte Passarge

AUFSÄTZE

Nachhaltigkeit und Compliance | 133

Prof. Dr. jur. Dieter Krimphove

Muss man sich das gefallen lassen? Rechtsschutz gegen kartellrechtliche Ermittlungsmaßnahmen in den USA und der EU – Teil 1 | 140

Dr. Christian Steinle, RA, Dr. Lukas Aberle, RA, LL.M. (Tongji Shanghai),
Nicholas E. O. Gaglio, Susan Zhu, Lindsey Strang

MiFID II-Anforderungen an den algorithmischen Handel aus der Perspektive eines Energiehandelsunternehmens | 145

Violeta Sliskovic, RAin, CCP

Der Compliance-Lifecycle und die Corporate-Compliance-Funktion nach MaRisk – Teil 2 | 149

Markus Müller, Christian Gudat, Julia Reich und Dr. Carola Rinker

Braucht Künstliche Intelligenz Ethik? | 155

Johannes Groß, RA

Länderreport: Compliance in Portugal – Teil 2 | 160

Dr. Susana Campos Nave, RAin/FAStrafR

RECHTSPRECHUNG

VG Münster: Rückziehung einer von der europäischen Kommission ins Netz eingestellten RAPEX-Warnung | 167

BGH: Kartellbußgeldsache – Lückenhafte Beweiswürdigung im Bußgeldurteil | 174

CB-BEITRAG

Dr. Christian Steinle, RA, Dr. Lukas Aberle, RA, LL.M. (Tongji Shanghai), Nicholas E. O. Gaglio, Susan Zhu, Lindsey Strang

Muss man sich das gefallen lassen? Rechtsschutz gegen kartellrechtliche Ermittlungsmaßnahmen in den USA und der EU – Teil 1

In den vergangenen Jahren haben Kartellbehörden weltweit bei unterschiedlichsten Branchen Ermittlungen gegen zahlreiche Unternehmen durchgeführt. Für Compliance-Verantwortliche, Unternehmensjuristen und Geschäftsleitung können derartige Ermittlungen eine schmerzliche Erfahrung sein, insbesondere wenn sie mit mehrtägigen Durchsuchungen beginnen. Dieser zweiteilige Beitrag bespricht die Ermittlungsbefugnisse, die dem United States Department of Justice und der Europäischen Kommission im Rahmen kartellrechtlicher Ermittlungen zur Verfügung stehen, insbesondere Auskunftsverlangen, Befragungen und Durchsuchungen. Zudem enthält der Beitrag praktische Tipps, wie sich Unternehmen gegen unverhältnismäßig weitreichende oder belastende Maßnahmen wehren können. Der Beitrag wird in CB 6/2020 fortgesetzt.

I. Einführung

Werden gegen ein Unternehmen kartellrechtliche Ermittlungen eingeleitet, kann dies nicht nur zu einem enormen Arbeitsaufwand führen, sondern – abhängig von Art und Umfang der von der Kartellbehörde ergriffenen Maßnahmen – auch zu Fragen nach der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen. Es ist deshalb für jedes betroffene Unternehmen äußerst wichtig zu wissen, welchen Pflichten es unterliegt, welche Pflichten für die Kartellbehörden gelten und welche Ermittlungsmaßnahmen eventuell vor Gericht erfolgreich angefochten werden können.

Die Ermittlungsmaßnahmen und Befugnisse der Kartellbehörden können sich je nach Rechtsordnung maßgeblich unterscheiden, obwohl sich die U.S.-amerikanischen und europäischen Kartellbehörden im Wesentlichen auf dieselben drei Arten von Ermittlungsbefugnissen stützen: schriftliche Auskunftsverlangen, Befragungen und Durchsuchungen. Ein Vergleich der Ermittlungsinstrumente des United States („U. S.“) Department of Justice („DOJ“) und der Europäischen Kommission („Kommission“) zeigt, dass es nicht nur erhebliche Unterschiede hinsichtlich der für bestimmte Maßnahmen geltenden Voraussetzungen gibt. Auch bei rechtlichen Beschränkungen und Möglichkeiten der Betroffenen zur Abwehr von als unverhältnismäßig erachteten Maßnahmen gibt es deutliche Divergenzen.

Generell unterscheidet sich der rechtliche Rahmen für Ermittlungsmaßnahmen des DOJ und der Kommission für Kartellverfahren. In Europa gibt es eine besondere Verfahrensordnung für Kartellverfahren, die auch Nachprüfungen (dawn raids) einschließt. Die Verordnung Nr. 1/2003¹ stellt der Kommission einen abschließenden Kata-

log von Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung. Im Gegensatz dazu finden auf jede vom DOJ angeordnete Maßnahme für kartellrechtliche Ermittlungen die allgemeinen strafrechtlichen Verfahrensvorschriften Anwendung. Diese enthalten keine speziellen Bestimmungen für Kartellsachverhalte. Dies hängt auch mit der unterschiedlichen rechtlichen Kategorisierung kartellrechtlicher Sanktionen in den beiden Jurisdiktionen zusammen: In der EU sind Kartellgeldbußen verwaltungsrechtliche Sanktionen und haben somit keinen kriminalstrafrechtlichen Charakter (vgl. Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003)², während Kartellverstöße in den USA zu strafrechtlichen Sanktionen bis hin zu Gefängnisstrafen führen können.

II. Auskunftsverlangen und Herausgabe von Unterlagen

Ein sowohl vom DOJ als auch von der Kommission häufig verwendetes Ermittlungsinstrument ist die Verpflichtung von Unternehmen, teilweise sehr umfassende Fragenkataloge zu beantworten.

1. Subpoenas in den Vereinigten Staaten

In den Vereinigten Staaten beginnen die meisten kartellrechtlichen

¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (VO Nr. 1/2003).

² Die Kommission kann lediglich Unternehmen, nicht jedoch natürlichen Personen Sanktionen auferlegen.

Ermittlungen mit dem Erlass einer Grand Jury Subpoena. Dies ist die übliche Vorgehensweise für alle strafrechtlichen Ermittlungen. In einem ersten Schritt trägt das DOJ gewöhnlich Beweise zur Bestätigung seines Verdachts zusammen, beispielsweise öffentlich verfügbare Dokumente (z. B. öffentliche zugängliche Beweise zu parallelem Preisverhalten oder „Signalling“). Dies ist in der Regel ausreichend, um eine Grand Jury zum Erlass einer Subpoena zur Einleitung einer weitergehenden Untersuchung des mutmaßlichen Verstoßes zu veranlassen. Die Grand Jury ist berechtigt, „bereits bei Vorliegen eines Verdachts, dass ein Gesetzesverstoß vorliegt, Ermittlungen anzustellen oder auch nur, um sicherzustellen, dass dem nicht so ist“.³ Durch die Grand Jury Subpoena wird das Unternehmen verpflichtet, bestimmte Kategorien von Dokumenten mit Bezug zum mutmaßlichen Kartellverstoß beizubringen.

a) Voraussetzungen und Beschränkungen

Eine von einer Grand Jury erlassene Subpoena ist nach U. S.-amerikanischem Recht verfassungsmäßig, wenn sie angemessen („reasonable“) ist. Es bedarf keines hinreichenden Verdachts („probable cause“).⁴ Begründet ist dies in der Unterscheidung zwischen einer Subpoena und einer Durchsuchungsanordnung. Letztere berechtigt Strafverfolgungsbehörden zu einer sofortigen und unangemeldeten Durchsuchung und Beschlagnahme, während eine Subpoena ein Streitiges Verfahren einleitet („adversary process“) „in dessen Verlauf der Adressat der Subpoena diese vor Gericht anfechten kann, bevor er die in der Subpoena genannten Forderungen erfüllt“.⁵

Aufgrund dieser Unterscheidung unterliegt das DOJ beim Erlass weitreichender Subpoenas zur Untersuchung von Kartellverstößen nur wenigen Einschränkungen. Es reicht ein minimaler Anfangsverdacht. Es wird vermutet, dass eine Subpoena angemessen ist. Ein Unternehmen kann eine Subpoena nur dann aufheben oder ändern lassen, wenn es vor Gericht nachweisen kann, dass die Befolgung der Subpoena unangemessen wäre oder eine unzumutbare Belastung darstellen würde („unreasonable or oppressive“).⁶ Eine Möglichkeit, die Unangemessenheit einer Subpoena zu belegen, ist es aufzuzeigen, dass die angeforderten Informationen und Unterlagen für den mutmaßlichen Kartellverstoß nicht relevant sind. In der Praxis ist es allerdings eher unwahrscheinlich, dass eine solche Begründung zum Erfolg führt. Subpoenas werden gewöhnlich aufrechterhalten, es sei denn, es gibt „praktisch keine Möglichkeit, dass die von der Regierung angeforderte Kategorie von Materialien Informationen enthält, die für den allgemeinen Gegenstand der Grand-Jury-Untersuchung von Bedeutung sind.“⁷ Die erfolgreiche Anfechtung einer Grand Jury Subpoena ist deshalb ein nahezu aussichtsloses Unterfangen.

b) Wie können sich Unternehmen verteidigen? Anpassung der Subpoena als Verhandlungsergebnis

Eine Subpoena des DOJ beinhaltet in der Regel nur eine sehr allgemeine Beschreibung der untersuchten Verstöße (z. B. Kartellverstöße bezogen auf den Verkauf einer bestimmten Produktgruppe oder Dienstleistungen). Unternehmen werden verpflichtet, ein breites Spektrum an Unterlagen über das betreffende Produkt und Wettbewerber zu übermitteln. Subpoenas haben gewöhnlich zudem sehr enge Fristen (z. B. 30 Tage). Mit diesem breiten Ansatz soll vermieden werden, dass das DOJ zu einem späteren Zeitpunkt weitere Subpoenas zur Ausweitung der Ermittlungen erlassen muss.

Der gesetzliche Rahmen für den Erlass von Subpoenas gewährt der Regierung zwar einen sehr großen Spielraum. Unternehmen haben allerdings nach Erhalt von Subpoenas des DOJ die Möglichkeit, konstruktiv mit dem DOJ zusammenzuarbeiten und so eine Verringerung des Umfangs der angeforderten Dokumente und eine Fristverlängerung zu erreichen. Diese Möglichkeit wird von Unternehmen auch häufig genutzt. Der Adressat einer Subpoena ist in den meisten Fällen gut beraten, nicht sofort vor Gericht die „Angemessenheit“ der Subpoena auf Grundlage des vierten Zusatzartikels zur amerikanischen Verfassung („Fourth Amendment“) anzufechten. Dies obwohl der Umfang der geforderten Dokumente und die gesetzten Fristen auf den ersten Blick unzumutbar erscheinen können. Betroffene Unternehmen sollten vielmehr mit dem DOJ in einen Dialog treten, um zu versuchen, die Forderungen auf ein angemessenes Maß herunterzuhandeln. Ein solcher Dialog ist in der Regel konstruktiv, sofern das Unternehmen zeigt, dass es den Verdacht des DOJ ernst nimmt, und eine sorgfältige Untersuchung ohne schuldhaftes Verzögern ermöglicht.

struktiv mit dem DOJ zusammenzuarbeiten und so eine Verringerung des Umfangs der angeforderten Dokumente und eine Fristverlängerung zu erreichen. Diese Möglichkeit wird von Unternehmen auch häufig genutzt. Der Adressat einer Subpoena ist in den meisten Fällen gut beraten, nicht sofort vor Gericht die „Angemessenheit“ der Subpoena auf Grundlage des vierten Zusatzartikels zur amerikanischen Verfassung („Fourth Amendment“) anzufechten. Dies obwohl der Umfang der geforderten Dokumente und die gesetzten Fristen auf den ersten Blick unzumutbar erscheinen können. Betroffene Unternehmen sollten vielmehr mit dem DOJ in einen Dialog treten, um zu versuchen, die Forderungen auf ein angemessenes Maß herunterzuhandeln. Ein solcher Dialog ist in der Regel konstruktiv, sofern das Unternehmen zeigt, dass es den Verdacht des DOJ ernst nimmt, und eine sorgfältige Untersuchung ohne schuldhaftes Verzögern ermöglicht.

2. Auskunftsverlangen der Europäischen Kommission

Auf der Grundlage von Art. 18 VO Nr. 1/2003 hat die Kommission zwei Möglichkeiten, Unternehmen zur Erteilung von Auskünften zu verpflichten: durch einfaches schriftliches Auskunftsverlangen (Art. 18 Abs. 2) und durch eine formelle Auskunftsentcheidung (Art. 18 Abs. 3).

a) Rechtlicher Rahmen und Beschränkungen

Die Kommission kann Auskunftsverlangen nur bei Vorliegen eines Anfangsverdachts für einen Verstoß gegen Art. 101 oder 102 AEUV⁸ stellen. „Fishing Expeditions“ sind unzulässig.⁹ Da sich die Kommission typischerweise erst am Anfang ihrer Ermittlungen befindet, ist der Maßstab für einen Anfangsverdacht nicht hoch. Es müssen hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass bestimmte Sachverhalte kartellrechtlich relevant sind. Es ist nicht erforderlich, dass die Kommission bereits ein formelles Verfahren eröffnet hat.

Sowohl bei einem einfachen Auskunftsverlangen als auch bei einer formellen Auskunftsentcheidung gibt die Kommission „die Rechtsgrundlage, den Zweck des Auskunftsverlangens und die benötigten Auskünfte an, [und] legt die Frist für die Übermittlung der Auskünfte fest“ (vgl. Art. 18 Abs. 2 und 3 VO Nr. 1/2003). Die Kommission ist verpflichtet, in ihrem Auskunftsverlangen den Gegenstand ihrer Ermittlungen und somit auch die mutmaßliche Zuwiderhandlung zu nen-

3 United States v. Morton Salt Co., 338 U. S. 632, 642–43 (1950).

4 United States v. R. Enterprises, Inc., 498 U. S. 292, 297 (1991): „Kurz gesagt kann von der Regierung nicht verlangt werden, den Erlass einer Grand Jury Subpoena durch ausreichende Beweise für einen begründeten Verdacht zu rechtfertigen, da der Zweck des Auskunftsverlangens ja gerade darin besteht herauszufinden, ob ein begründeter Verdacht besteht.“

5 United States v. Bailey (In Sachen Subpoena Duces Tecum), 228 F.3d 341, 348 (4th Cir. 2000). Siehe auch Oklahoma Press Pub. Co. v. Walling, 327 U. S. 186 (1946). Hier wurde die Anfechtung einer verwaltungsrechtlichen Subpoena auf der Grundlage des vierten Zusatzartikels zur amerikanischen Verfassung („Fourth Amendment“) zurückgewiesen, weil es sich bei der Subpoena nicht um eine Durchsuchung oder Beschlagnahme handelte und der Adressat im Vorfeld einer Sichtung angeforderter privater Unterlagen „ausreichend Gelegenheit hatte, Einwände zu erheben“.

6 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 17(c); siehe United States v. R. Enterprises, Inc., 498 U. S., 299 (1991).

7 United States v. R. Enterprises, Inc., 498 U. S. 292, 301 (1991).

8 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

9 Siehe hierzu *Hennig*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 18 VO Nr. 1/2003, Rn. 9. Eine Sektoruntersuchung ist allerdings ohne konkreten Anfangsverdacht möglich.

nen. Sie muss klar angeben, welchem Verdacht sie nachzugehen beabsichtigt.¹⁰

Zur Feststellung der Notwendigkeit der Auskunft ist der Zweck der Ermittlungsbefugnisse der Kommission zu berücksichtigen. Die Kommission muss vernünftiger Weise davon ausgehen dürfen, dass die Auskunft ihr bei der Feststellung helfen wird, ob die behauptete Zuwiderhandlung tatsächlich vorliegt. Sie kann nur die Übermittlung von Auskünften verlangen, anhand deren sie die Verdachtsmomente für eine Zuwiderhandlung überprüfen kann, welche die Durchführung der Untersuchung rechtfertigen und im Auskunftsverlangen angegeben sind.¹¹ Prinzipiell obliegt es aber der Kommission zu entscheiden, ob bestimmte Auskünfte erforderlich sind oder nicht.¹² Sie kann grundsätzlich nach eigenem Ermessen entscheiden, welche Auskünfte sie für ihre Ermittlungen benötigt.

Nur bei formellen Auskunftsentscheidungen nach Art. 18 Abs. 3 VO Nr. 1/2003 besteht für den Empfänger eine rechtliche Verpflichtung zur Kooperation und Auskunftserteilung.¹³ Sofern das Unternehmen aber freiwillig auf ein einfaches Auskunftsverlangen antwortet, muss die Antwort richtig und darf nicht irreführend sein. Ein in einer Antwort auf ein einfaches Auskunftsverlangen gemachtes Geständnis kann gegen das Unternehmen verwendet werden. Eine Antwort auf ein einfaches Auskunftsverlangen berechtigt zu keiner Ermäßigung der Geldbuße.¹⁴ Erteilt ein Empfänger unrichtige oder irreführende – oder im Fall einer formellen Auskunftsentscheidung zudem unvollständige oder nicht fristgerechte – Auskünfte, kann dies zu einer Geldbuße von bis zu 1% seines weltweiten Gesamtumsatzes aus dem vorangegangenen Geschäftsjahr führen.¹⁵

Es besteht kein allgemeines Recht zur Auskunftsverweigerung. Unternehmen können nur die Beantwortung von Fragen verweigern, die auf ein Geständnis abzielen.¹⁶ Sie sind dagegen auch zur Erteilung von Auskünften verpflichtet, die es der Kommission ermöglichen können, die Zuwiderhandlung zu beweisen. Damit hängt die Pflicht zur Auskunftserteilung häufig lediglich davon ab, wie die Kommission die Frage formuliert.¹⁷

b) Wie können sich Unternehmen verteidigen? Rechtsmittel gegen überschießende Auskunftsverlangen

Der Adressat eines Auskunftsverlangens kann vor den europäischen Gerichten Klage erheben. Mit Urteil vom 10.3.2016 hat sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) in der Sache HeidelbergCement über ein Urteil des Europäischen Gerichts (EuG) hinweggesetzt¹⁸ und ein Auskunftsverlangen der Kommission aufgehoben. In diesem hatte die Kommission den die Entscheidung begründenden Verdacht einer Zuwiderhandlung nicht eindeutig und unmissverständlich dargelegt. Es war nicht möglich festzustellen, ob die verlangten Auskünfte für die Zwecke der Ermittlungen erforderlich waren. Die im Fragebogen aufgeführten Sachverhalte waren äußerst umfangreich und deckten sehr unterschiedliche Arten von Auskünften ab. Insbesondere erforderte der Fragebogen die Übermittlung äußerst breit gestreuter und detaillierter Informationen über eine Vielzahl nationaler und internationaler Geschäfte, die zwölf Mitgliedstaaten und einen Zeitraum von zehn Jahren betrafen.¹⁹ Nach Auffassung des Gerichts reichte die Begründung nicht, den knappen, vagen und allgemeinen Charakter der Begründung des streitigen Beschlusses wettzumachen.²⁰ Angesichts des fortgeschrittenen Status des Verfahrens – die Ermittlungen zogen sich bereits über zwei Jahre hin und es waren bereits mehrere Auskunftsverlangen versandt worden – hätte die Kommission den Beschluss bestimmter formulieren können. Es wurde als unzureichend angesehen, dass die von den Ermittlungen betroffenen Produkte le-

diglich beispielhaft aufgeführt wurden. Zudem war der Bezug auf die räumliche Erstreckung der mutmaßlichen Zuwiderhandlung laut EuGH mehrdeutig.²¹ HeidelbergCement hatte zuvor eine Aussetzung des Auskunftsverlangens beantragt. Der Präsident des EuG hatte den Antrag jedoch abgewiesen.²²

In einem ähnlichen gelagerten Fall klagte das Unternehmen Qualcomm ebenfalls auf Aufhebung eines Auskunftsverlangens. Der Klägerin zufolge hat die Kommission gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Sie vertrat die Auffassung, dass der Beschluss den eng gefassten Gegenstand der Untersuchung überschritt und die enthaltenen weitreichenden Fragen keine Folgefragen gewesen seien, sondern vollkommen neue und unberechtigte Fragen. Wie in der Rechtssache HeidelbergCement hatte die Kommission bereits seit geraumer Zeit Ermittlungen durchgeführt. Zudem argumentiert Qualcomm, dass es extrem aufwändig sei, die verlangten Informationen zu beschaffen und zusammenzustellen. Laut Qualcomm ist der Beschluss der Kommission zudem nicht überzeugend, unklar, vage und unzureichend begründet oder enthält zu manchen Punkten überhaupt keine Begründung.²³ Das EuG wies die Klage mit Urteil vom 9.4.2019 ab. Es entschied, dass berechtigterweise davon ausgegangen werden könne, dass das Auskunftsverlangen eine Verbindung zu der mutmaßlichen Zuwiderhandlung aufweist. Die Kommission habe begründeten Anlass zu der Annahme gehabt, dass sie mithilfe der Informationen feststellen kann, ob die mutmaßliche Zuwiderhandlung stattgefunden hat.²⁴ Nach Auffassung des EuG ist ein Auskunftsverlangen nicht automatisch unverhältnismäßig allein durch die Tatsache, dass es mit einem erheblichen Arbeitsaufwand verbunden ist. Es verweist dabei auf die Komplexität des mutmaßlichen Falles eines Marktmissbrauchs durch Kampfpreise.²⁵ Das Gericht stellte zudem fest, dass der angefochtene Beschluss ausreichend begründet war, da die Begründung die Kläger in die Lage versetzte festzustellen, ob die verlangten Infor-

10 Vgl. EuGH, 10.3.2016 – C-247/14 P, Rn. 20 f. – HeidelbergCement/Kommission, m. w. N.; EuGH, 25.6.2014 – C-37/13 P, Rn. 35 – Nexans u. Nexans France/Kommission.

11 Vgl. EuG, 22.3.2012 – T-458/09 und T-171/10, Rn. 42 f. – Slovak Telekom/Kommission, m. w. N.

12 Vgl. EuG, 22.3.2012 – T-458/09 und T-171/10, Rn. 43 – Slovak Telekom/Kommission, m. w. N.

13 Die Kommission kann Zwangsgelder von bis zu 5% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten durchschnittlichen Tagesumsatzes verhängen, siehe Art. 24 Abs. 1 lit. d) VO Nr. 1/2003.

14 Vgl. EuG, 24.6.2015 – C-293/13 P und C-294/13 P, Rn. 186 – Fresh Del Monte Produce/Kommission.

15 Siehe Art. 23 Abs. 1 VO Nr. 1/2003.

16 Vgl. EuGH, 18.10.1989 – C-374/87, Rn. 35 – Orkem/Kommission.

17 Kritisch hierzu *Sura*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Art. 18 VO Nr. 1/2003, Rn. 16.

18 EuGH, 10.3.2016 – C-247/14 P – HeidelbergCement/Kommission; EuG, 14.3.2014 – T-302/11 – HeidelbergCement/Kommission; siehe auch EuG, 14.3.2014 – T-293/11 – Holcim/Kommission und weitere Zement-Urteile des EuG.

19 Vgl. EuGH, 10.3.2016 – C-247/14 P, Rn. 27 – HeidelbergCement/Kommission.

20 EuGH, 10.3.2016 – C-247/14 P, Rn. 33 f. – HeidelbergCement/Kommission.

21 Vgl. EuGH, 10.3.2016 – C-247/14 P, Rn. 35 f. – HeidelbergCement/Kommission.

22 EuGH, 29.7.2011 – T-302/11 R.

23 Klage v. 13.6.2017 – T-371/17; EuG, 9.4.2019 – T-371/17 – Qualcomm/Kommission.

24 Vgl. EuG, 9.4.2019 – T-371/17, Rn. 62 – Qualcomm/Kommission.

25 EuG, 9.4.2019 – T-371/17, Rn. 121 ff. – Qualcomm/Kommission.

mationen für die Zwecke der Untersuchung erforderlich waren.²⁶ Dieses Urteil zeigt, dass das EuG bei der Beurteilung insbesondere der Erforderlichkeit der verlangten Informationen großzügig vorgeht. Ob der EuGH dies genauso sehen wird, bleibt offen. Qualcomm hat gegen das Urteil des EuGH Rechtsmittel eingelegt.

Qualcomm hatte auch die einstweilige Aussetzung des Auskunftsverlangens beantragt. Das Unternehmen brachte u.a. vor, dass ein großer und nicht wiedergutzumachender Schaden entstehe aufgrund der enormen Störung der Hauptgeschäftstätigkeit einiger Schlüsselmitarbeiter. Das Unternehmen hatte zudem vorgebracht, dass der enorme Aufwand zu erheblichen Kosten führt. Würde das Unternehmen das Auskunftsverlangen nicht ordnungsgemäß beantworten, drohten zudem tägliche Zwangsgelder und ein Bußgeld.²⁷ Der Präsident des EuG wies den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz zurück. Er hob hervor, dass ein finanzieller Schaden in einem Aussetzungsantrag grundsätzlich nicht geltend gemacht werden kann.²⁸ Die Antragstellerin habe nicht nachweisen können, dass ohne einstweiligen Rechtsschutz ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden eintritt.²⁹

III. Befragung von Mitarbeiter durch Kartellbehörden

Das DOJ und die Kommission sind berechtigt, natürliche Personen zu befragen, um potentielle Kartellverstöße zu ermitteln. Im europäischen Recht enthält Art. 19 VO Nr. 1/2003 eine Sonderregelung. In den USA gelten auch hier die allgemeinen strafprozessualen Vorschriften. Beide Rechtsordnungen sehen auch die Möglichkeit vor, dass natürliche Personen bei einer Durchsuchung von den Wettbewerbsbehörden befragt werden.

1. Befragungen durch Bundesbeamte in den USA

Während einer unangemeldeten Durchsuchung von Geschäftsräumen können Bundesbeamte vor Ort Mitarbeiter des Unternehmens befragen, sofern die Befragung auf freiwilliger Basis erfolgt. Der einzelne Mitarbeiter kann entscheiden, ob er seiner Befragung vor Ort zustimmt oder einen Rechtsanwalt hinzuziehen möchte. Es besteht das Recht, eine Befragung durch Bundesbeamte ohne Beisein eines Rechtsanwalts zu verweigern. Selbst wenn ein Mitarbeiter anfangs einer Befragung zustimmt, steht es ihm frei, die Befragung jederzeit abzubrechen und nach einem Rechtsbeistand zu verlangen. Macht er von seinem Recht auf einen Rechtsbeistand Gebrauch, sind die Bundesbeamten gesetzlich verpflichtet, die Befragung einzustellen. Allerdings muss das Verlangen nach einem Rechtsbeistand klar und eindeutig geäußert werden. Die Bemerkung „vielleicht brauche ich einen Anwalt“ ist nicht ausreichend.³⁰

Mitarbeiter genießen zusätzlichen Schutz, sofern sie am untersuchten strafrechtlich relevanten Verhalten mutmaßlich beteiligt sind. In diesem Fall können sich die Mitarbeiter auf den fünften Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten berufen: „Niemand darf in einem Strafverfahren zur Aussage gegen sich selbst gezwungen [...] werden“ (sog. „Fifth Amendment“). Somit haben Mitarbeiter, die an rechtswidrigem Verhalten beteiligt waren, das Recht, solche Fragen nicht zu beantworten, mit denen sie sich selbst belasten würden. Dies gilt auch dann, wenn sie einen Rechtsanwalt hinzugezogen haben. Mitarbeiter dürfen – und sollten – ohne Beisein eines Rechtsanwalts Gespräche mit den Bundesbeamten verweigern. Um Mitarbeiter hierzu zu ermutigen, können Unternehmen ihre Mitarbeiter durch Schulungen auf mögliche unangekündigte behördliche Durchsuchungen

vorbereiten und sie über ihr Recht auf einen Rechtsbeistand aufklären. Allerdings dürfen Unternehmensvertreter oder Führungskräfte freiwillige Auskünfte von Mitarbeitern bei einer laufenden Durchsuchung nicht behindern. Während die Bundesbeamten vor Ort sind, sollten sie nicht eingreifen und z. B. den Mitarbeitern nicht raten, einen Rechtsbeistand hinzuzuziehen. Es darf keinesfalls der Eindruck entstehen, dass das Unternehmen die Ermittlungen behindert.

Unternehmen können zudem verlangen, dass ein In-House Counsel bei einer Mitarbeiterbefragung anwesend ist, die während einer unangekündigten Durchsuchung der Geschäftsräume oder in einem späteren Termin im Rahmen weiter Ermittlungen durchgeführt werden soll. Die Bundesbeamten können diese Bitte jedoch zurückweisen und machen dies auch regelmäßig.

2. Befragung durch Kommissionsbeamte

Die Kommission kann zur Erfüllung der ihr durch VO Nr. 1/2003 übertragenen Aufgaben alle natürlichen und juristischen Personen befragen, die der Befragung zum Zweck der Einholung von Information zustimmen. Die Befragung muss sich auf den Gegenstand einer Untersuchung beziehen (siehe Art. 19 Abs. 1 VO Nr. 1/2003). Ebenso wie bei den anderen Ermittlungsmaßnahmen müssen der Kommission bereits Informationen über eine mutmaßliche Zuwiderhandlung vorliegen (Verbot einer „Fishing Expedition“). Das EuGH hat in seiner Intel-Entscheidung festgestellt, dass zwischen einer formellen Befragung und einem informellen Gespräch kein grundlegender Unterschied besteht und die Kommission auch diese Befragungen zu Protokoll nehmen muss.³¹ Fraglich ist, ob die Kommission zur Durchführung einer Befragung verpflichtet ist, wenn diese von einem Unternehmen freiwillig angeboten wird.³²

Als Ausnahme vom Einwilligungsprinzip darf die Kommission von Mitgliedern des Unternehmens Erläuterungen zu Tatsachen oder Unterlagen verlangen, die mit Gegenstand und Zweck einer Nachprüfung in Zusammenhang stehen. Die Antworten sind zu Protokoll zu nehmen (vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. e) VO Nr. 1/2003). Diese Aussageverpflichtung ist jedoch auf Erläuterungen zu Tatsachen oder Unterlagen beschränkt, die während einer Nachprüfung gefunden wurden. Unrichtige und irreführende – im Fall einer formelle Nachprüfungsentscheidung auch unvollständige – Antworten können mit einer Geldbuße gegen das Unternehmen von bis zu 1% des Umsatzes aus dem vorangegangenen Geschäftsjahr geahndet werden.³³

Es bleibt festzuhalten, dass Mitarbeiter die Beantwortung von Fragen von Bediensteten der Kommission verweigern dürfen (und sollen). Wenn freiwillig Angaben gemacht werden, sollte dies jedenfalls im Beisein eines Kartellanwalts erfolgen. Müssen Mitarbeiter Erläuterungen zu Tatsachen oder Unterlagen geben, die mit Gegenstand und Zweck einer Nachprüfung in Zusammenhang stehen, sollten sich die Antworten auf genau diesen Zweck beschränken. Auch hier sollte ein Kartellanwalt anwesend sein, um gegebenenfalls intervenieren zu können.

26 Vgl. EuG, 9.4.2019 – T-371/17, Rn. 51 – Qualcomm/Kommission.

27 Vgl. EuG, 12.7.2017 – T-371/17 R, Rn. 25 und Rn. 33, 37.

28 EuG, 12.7.2017 – T-371/17 R, Rn. 28.

29 EuG, 12.7.2017 – T-371/17 R, Rn. 42.

30 Davis v. United States, 512 U.S. 453 (1994).

31 EuGH, 6.9.2017 – C-413/14 P, Rn. 88 ff. – Intel/Kommission.

32 Vgl. Sura, in: Langen/Bunte Art. 19 VO 1/2003, Rn. 10 ff.

33 Vgl. Art. 23 Abs. 1 lit d) VO Nr. 1/2003.

IV. Fazit zu Auskunftsverlangen und Befragungen

In den USA kann das DOJ Grand Jury Subpoenas beantragen, solange diese dem niedrigeren Standard des Fourth Amendment entsprechen. Es muss kein hinreichender Verdacht („probable cause“) vorliegen. Die Kommission kann Auskunftsverlangen dagegen nur bei Vorliegen eines Anfangsverdachts stellen. Das DOJ hat somit weitreichende Befugnisse in Bezug auf die strafbewehrte Anordnung zur Beibringung von Auskünften oder Beweismitteln, während die Kommission einen größeren Spielraum hinsichtlich der Anordnung von Nachprüfungen hat (hierzu ausführlich der zweite Teil des Beitrags in der nächsten Ausgabe des Compliance-Beraters).

Für beide Rechtsordnungen gilt, dass natürliche Personen grundsätzlich nicht verpflichtet sind, Fragen der Behörden zu beantworten. Bei

Ermittlungen der Kommission müssen Mitarbeiter des Unternehmens allerdings Tatsachen oder Unterlagen erläutern, die mit Gegenstand und Zweck der Nachprüfung in Zusammenhang stehen. In den Vereinigten Staaten muss die Belegschaft bei einer Durchsichtung zwar kooperieren. Ohne Rechtsbeistand besteht jedoch keine Verpflichtung zur Beantwortung von Fragen.

Unverhältnismäßige oder unrechtmäßige Ermittlungsmaßnahmen werden in den USA nur selten gerichtlich angefochten. Unternehmen sind grundsätzlich gut beraten zu kooperieren, um den Anwendungsbereich einer zu weit gefassten Subpoena einzuschränken. Im Gegensatz dazu ist gerichtlicher Rechtsschutz gegen überzogene Ermittlungsmaßnahmen der Europäischen Kommission stets eine zu erwägende Option. In den letzten Jahren erging hierzu eine Reihe bedeutender Gerichtsentscheidungen.

AUTOREN



Dr. Christian Steinle ist Rechtsanwalt bei Gleiss Lutz in Stuttgart. Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist insbesondere das deutsche und europäische Kartellrecht. Er verfügt über umfangreiche Erfahrung bei der Vertretung von Unternehmen in Kartellverfahren vor dem Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission.



Susan Zhu ist Rechtsanwältin der amerikanischen Kanzlei Axinn, Veltrop & Harkrider LLP in New York. Sie ist im Bereich Kartellrecht tätig und verfügt über umfangreiche Erfahrung bei der Vertretung von Unternehmen in Kartellverfahren des Department of Justice.



Dr. Lukas Aberle ist Rechtsanwalt bei Gleiss Lutz in Stuttgart. Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist insbesondere das deutsche und europäische Kartellrecht. Er verfügt über umfangreiche Erfahrung bei der Vertretung von Unternehmen in Kartellverfahren vor dem Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission.



Lindsey Strang ist Rechtsanwältin der amerikanischen Kanzlei Axinn, Veltrop & Harkrider LLP in Washington, DC. Sie ist im Bereich Kartellrecht tätig und verfügt über umfangreiche Erfahrung bei der Vertretung von Unternehmen in Kartellverfahren des Department of Justice.



Nicholas E. O. Gaglio ist Rechtsanwalt in der amerikanischen Kanzlei Axinn, Veltrop & Harkrider LLP in New York. Er ist im Bereich Kartellrecht tätig und verfügt über umfangreiche Erfahrung bei der Vertretung von Unternehmen in Kartellverfahren des Department of Justice.