

# Grundrechtsschutz im Wettbewerbsrecht – ein Überblick

Von **Stephan Breitenmoser\***

## I. Einleitung

Die Rechtsgrundlagen im Wettbewerbsrecht auf nationaler wie auch auf europäischer Ebene enthalten zwar zahlreiche verwaltungsrechtliche Rechtsgrundsätze und Verfahrensbestimmungen. Diese sind aber nicht als Grundrechtsgarantien auf einen wirksamen Rechtsschutz oder als Rechtsweggarantie formuliert, und sie nennen den Schutz der Wirtschaftsfreiheit, des Eigentums oder der Privatsphäre nicht ausdrücklich. Selbst im Recht der Europäischen Gemeinschaft (EG), in welchem die allgemeinen Rechtsgrundsätze bereits seit längerem als Bestandteil des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes anerkannt werden,<sup>1</sup> sind erst in der jüngeren Literatur und Praxis zum Wettbewerbsrecht vereinzelte Bezüge zu den Grundrechten zu finden.<sup>2</sup>

Der Einbezug des Grundrechtsschutzes im europäischen Wettbewerbsrecht wurde zunächst durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Gerichts Erster Instanz (EuG) initiiert und weiterentwickelt.<sup>3</sup> Einen wesentlichen Einfluss darauf hatten die Generalanwälte (GA), deren Schlussanträge oft ausführliche juristische Gutachten darstellen und sich insoweit von den regelmässig knappen Urteilen des EuGH unterscheiden.<sup>4</sup> Es sind denn auch die Generalanwälte, die in ihren Schlussanträgen auf die einzelnen Bestimmungen der im Jahre 2000 in Nizza proklamierten Grundrechtecharta

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Juristischen Fakultät der Universität Basel; Richter am Bundesverwaltungsgericht. Der vorliegende Beitrag ist die ergänzte Fassung eines am 1.12.2006 in Bern vor der Vereinigung für Europarecht gehaltenen Referats. Ich danke Herrn lic.iur. ROBERT WEYENETH für seine wertvolle Mithilfe.

<sup>1</sup> Vgl. MATTHIAS HERDEGEN, *Europarecht*, 9. Aufl. 2007, 36 f., 144 ff.; ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEIZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., § 3 Rz. 50.

<sup>2</sup> HERDEGEN (Fn. 1), 146 f., WOLFGANG WEISS, *Grundrechtsschutz im EG-Kartellrecht nach der Verfahrensnovelle*, *EuZW* 2006, 263 ff. Zu den grundrechtlichen Schutzpflichten im EG-Wettbewerbsrecht vgl. WALTER FRENZ, *Handbuch Europarecht*, Bd. II, *Europäisches Kartellrecht*, § 3 Rz. 117 ff.

<sup>3</sup> Vgl. STEPHAN BREITENMOSER/BORIS RIEMER/CLAUDIA SEITZ, *Praxis des Europarechts, Grundrechtsschutz*, 2006, 244 ff.

<sup>4</sup> STEPHAN BREITENMOSER/ANDRÉ HUSHEER, *Europarecht*, Bd. I, *Institutionelle Grundlagen von EU und EG*, 2. Aufl. 2002, § 4 Rz. 481.

(GRC)<sup>5</sup> verweisen, obwohl diese als Teil II des Verfassungsvertrags noch nicht in Kraft getreten ist.<sup>6</sup> Einmal mehr erweist sich damit das gemeinschaftsrechtliche Rechtsschutzsystem in Luxemburg als Motor sowohl für die europäische Integration im Allgemeinen als auch für einen umfassenden Grund- und Menschenrechtsschutz in der Europäischen Union (EU) im Besonderen.<sup>7</sup>

Gründe für einen verstärkten Einbezug des Grundrechtsschutzes in das europäische Wettbewerbsrecht liegen in erster Linie in der grossen Ausstrahlungskraft der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK),<sup>8</sup> deren Schutzbereiche durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg vermehrt auch in wirtschafts- und wettbewerbsrechtlichen Bereichen als Prüfungsmassstab verwendet worden sind.<sup>9</sup> Durch die umfassende Anerkennung der EMRK als Rechtserkenntnisquelle durch den EuGH für das Gemeinschaftsrecht<sup>10</sup> und als eine der wichtigsten Grundlagen der Grundrechtecharta<sup>11</sup> wurde diese Entwicklung noch verstärkt. Die neue, das Kartellverfahren der Kommission regelnde Verordnung Nr. 1/2003<sup>12</sup> verweist in ihrer Präambel ausdrücklich auf die GRC, und es wird hervorgehoben, dass das Kartellverfahrensrecht im Lichte der GRC auszulegen ist.<sup>13</sup>

## II. Der Begriff und die Anwendungsbereiche des «freien Wettbewerbs»

Mit Bezug auf den Begriff und die Anwendungsbereiche des sog. «freien Wettbewerbs» ist zunächst nach dem Wettbewerb im engeren und dem Wettbewerb im weiteren Sinne zu unterscheiden.

<sup>5</sup> ABl. C 364 vom 18.12.2000, 1. Die GRC soll gemäss ihrer Präambel die bis anhin nur richterrechtlich ausgearbeiteten Grundrechte für die Unionsbürgerinnen und -bürger sichtbar machen.

<sup>6</sup> Der Europäische Verfassungsvertrag wurde am 29.5.2005 in Frankreich und am 1.6.2005 in den Niederlanden in Referendumsabstimmungen durch das Volk abgelehnt und soll nun durch einen sog. Reformvertrag ersetzt werden: Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates vom 23.6.2007, CONCL2 1177/07; [www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/de/ec/94935.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/94935.pdf).

<sup>7</sup> Zur Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der EU vgl. BREITENMOSER/RIEMER/SEITZ (Fn. 3), 195 ff.

<sup>8</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4.11.1950 (SR 0.101).

<sup>9</sup> Vgl. BREITENMOSER/RIEMER/SEITZ (Fn. 3), 21 ff.; HERDEGEN (Fn. 1), 36 ff.

<sup>10</sup> Vgl. statt vieler: EuGH, C-36/02, *Omega Spiel- und Automatenaufstellungs-GmbH/OB Stadt Bonn*, Urteil vom 14.10.2001, Slg. 2003, I-5659, Rz. 33 ff. mwN.

<sup>11</sup> Vgl. den 5. Absatz der Präambel der EU-Grundrechtecharta, ABl. C 364 vom 18.12.2000, 1.

<sup>12</sup> Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4.1.2003, 1.

<sup>13</sup> Vgl. Erwägung 37 der Präambel. WEISS (Fn. 2), 263 ff.

Als Wettbewerb bzw. EG-Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne kann gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. g EG-Vertrag (EGV) allgemein das System umschrieben werden, «das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschung schützt». Zu diesem System gehören auch die Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote der Grundfreiheiten und der verschiedenen Politikbereiche des Binnenmarktrechts.

Unter Wettbewerb bzw. EG-Wettbewerbsrecht im engeren Sinne sind die Kartell-, Missbrauchs- und Beihilfeverbote der Art. 81, 82 und 87 ff. EGV zu verstehen.

## 1. Art. 81 und 82 EGV (Kartell- und Missbrauchsverbot)

In den Bereichen des Kartell- und Missbrauchsverbots nach Art. 81 und 82 EGV hat der EuGH seine Rechtsprechung zu den Grundrechten der Unternehmen insbesondere in Untersuchungs- und Anfechtungsverfahren im Zusammenhang mit der Festsetzung von Geldbussen entwickelt. Die im Vordergrund stehenden Schutzbereiche sind dabei das Recht auf ein faires Verfahren,<sup>14</sup> insbesondere das rechtliche Gehör<sup>15</sup> unter Einschluss des Rechts auf Akteneinsicht,<sup>16</sup> die Unschuldsvermutung,<sup>17</sup> das Recht auf Verteidigung<sup>18</sup> unter Einschluss des Rechts auf Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen<sup>19</sup> und des Grundsatzes «*nulla poena sine lege*»<sup>20</sup> sowie das Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> EuGH, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission*, Urteil vom 25.1.2007, Slg. 2007, I-965, Rz. 40 ff. mwN. Zum Recht auf ein faires Verfahren in der Rechtsprechung des EuGH vgl. nachfolgend IV.3.

<sup>15</sup> EuG, T-5/00 und T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Kommission*, Urteil vom 16.12.2003, Slg. 2003, II-5761, Rz. 32 ff. mwN.

<sup>16</sup> EuG, T-210/01, *General Electric Company/Kommission*, Urteil vom 14.12.2005, Slg. 2005, II-5575, Rz. 629 ff. mwN. Zu den Verfahrensrechten der Unternehmen in einem Ermittlungsverfahren der Kommission vgl. nachfolgend IV.3.

<sup>17</sup> EuG, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 und T-61/02 OP, *Dresdner Bank AG et al./Kommission*, Urteil vom 27.9.2006, Slg. 2006, II-3567, Rz. 61 ff. mwN.

<sup>18</sup> EuGH, C-113/04 P, *Technische Unie BV et al./Kommission*, Urteil vom 21.9.2006, Slg. 2006, I-8831, Rz. 47 ff. mwN. Vgl. auch CLAUDIA SEITZ, Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg im europäischen Wettbewerbsverfahren – Wandel in der europäischen Rechtsprechung?, *EuZW* 2004, 231 ff.

<sup>19</sup> EuGH, C-189/02 P, C-202/02 P, 205/02 P bis C-208/02 P und 213/02 P, *Dansk Rorindustri A/S et al./Kommission*, Urteil vom 28.6.2005, Slg. 2005, I-5425, Rz. 51 ff. mwN. Nach dem EuGH spielt der Zeugenbeweis in Wettbewerbsachen «aber nur eine untergeordnete Rolle, während Urkunden eine zentrale Rolle zukommt» (EuGH, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission*, Urteil vom 25.1.2007, Slg. 2007-I-965, Rz. 42).

<sup>20</sup> GA M. POIARES MADURO, C-3/06 P, *Groupe Danone/Kommission*, Schlussanträge vom 16.11.2006, Rz. 17 ff. mwN.

<sup>21</sup> EuGH, C-113/04 P, *Technische Unie BV et al./Kommission*, Urteil vom 21.9.2006, Slg. 2006, I-8831, Rz. 40 ff. mwN.

Bei den materiellen Grundrechten geht es vorwiegend um das Rückwirkungsverbot,<sup>22</sup> den Bestimmtheitsgrundsatz,<sup>23</sup> den Grundsatz von *ne bis in idem*<sup>24</sup> und das Recht auf Privatsphäre, wozu unter anderem der Daten- und Geheimnisschutz sowohl bei der Durchsuchung von Büros, Gewerberäumen und Wohnungen<sup>25</sup> als auch bei der Weitergabe vertraulicher Informationen gehören.<sup>26</sup> In Zukunft dürften das Eigentumsrecht<sup>27</sup> und das Recht auf freie Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit<sup>28</sup> verstärkt auch in wettbewerbsrechtliche Verfahren einbezogen werden.

Für die Schweiz ist in diesem Zusammenhang auf die revidierte Bestimmung von Art. 42 KG<sup>29</sup> hinzuweisen, welche der Wettbewerbskommission (Weko) die Befugnis zu Hausdurchsuchungen verleiht. In dem vom Sekretariat der Weko publizierten «Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen», dem freilich keine Rechtswirkung zukommt, werden die von einer Hausdurchsuchung betroffenen Unternehmen auf das Recht auf Beizug eines Anwalts hingewiesen. Allerdings kann mit der Durchsuchung bereits vor dessen Ankunft begonnen werden; der Anwalt und das betroffene Unternehmen können dann die beschlagnahmten Unterlagen einsehen und deren Siegelung verlangen. Das Recht auf eine Siegelung wird in denjenigen Fällen aktuell werden, in denen die beschlagnahmten Unterlagen auch Anwaltskorrespondenz mit Bezug auf das betreffende Verfahren enthalten. Diese darf nach den allgemeinen Grundsätzen der Strafprozessordnung nämlich nicht beschlagnahmt werden, ansonsten die Weko erheblich in das Anwaltsgeheimnis und die Verteidigungsrechte des

<sup>22</sup> EuG, T-329/01, *Archer Daniels Midland Co./Kommission*, Urteil vom 27.9.2006, Slg. 2006, II-3255, Rz. 31 ff. mwN.

<sup>23</sup> EuG, T-43/02, *Jungbunzlauer AG/Kommission*, Urteil vom 27.9.2006, Slg. 2006, II-3435, Rz. 37 ff. mwN.

<sup>24</sup> EuG, T-322/01, *Roquette Frères SA/Kommission*, Urteil vom 27.9.2006, Slg. 2006, II-3137, Rz. 270 ff. mwN; vgl. nachfolgend IV.5.

<sup>25</sup> Vgl. CLAUDIA SEITZ/WERNER BERG/JAN LOHRBERG, «Dawn Raids» im europäischen Kartellverfahren – Anforderung an Erforderlichkeit und Bestimmtheit von Nachprüfungsentscheidungen, WuW 2007, 716, 717.

<sup>26</sup> EuG, T-193/04, *Hans-Martin Tillack/Kommission*, Urteil vom 4.10.2006, Slg. 2006, II-3995. Zum Recht von Unternehmen auf Privatsphäre vgl. EuGH, 46/87 und 227/88, *Hoechst/Kommission*, Urteil vom 21.9.1989, Slg. 1989, 2859, sowie die nachfolgend unter V.2. erörterten EGMR-Urteile *Chappell* und *Niemietz*.

<sup>27</sup> EuGH, 44/79, *Hauer*, Slg. 1979, 3727, Rz. 17 ff.; EuGH, C-154/04 und C-155/04, *Alliance for Natural Health and National Association of Health Stores*, Urteil vom 12.7.2005, Slg. 2005, I-6451, Rz. 120 ff.

<sup>28</sup> EuGH, 44/79, *Hauer*, Slg. 1979, 3727, Rz. 32; EuGH, C-154/04 und C-155/04, *Alliance for Natural Health and National Association of Health Stores*, Urteil vom 12.7.2005, Slg. 2005, I-6451, Rz. 120 ff.

<sup>29</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) vom 6.10.1995 (SR 251).

betroffenen Unternehmens eingreifen würde.<sup>30</sup> Weiterhin ungeklärt sind Fragen zur Verwertung von Zufallsfunden und zu den erforderlichen Verdachtsmomenten, die zu einer Hausdurchsuchung berechtigen. Klar dürfte sein, dass Hausdurchsuchungen «ins Blaue hinein», sog. «*fishing expeditions*», ohne jede rechtsstaatliche Rechtfertigung sind.<sup>31</sup>

## 2. Art. 87 ff. EGV (Beihilfeverbot)

Auch in Bezug auf das Beihilfeverbot nach Art. 87 ff. EGV entsteht eine gemeinschaftsrechtliche Rechtsprechung, welche die Grundrechte der Unternehmen insbesondere bei Beweiserhebungen konkretisiert. Im Vordergrund stehen auch hier die Ausgestaltung und die Berücksichtigung der Verfahrens- und Verteidigungsrechte sowie der Schutz des berechtigten Vertrauens.<sup>32</sup> Dabei ist hervorzuheben, dass ein Verwaltungsverfahren wegen Zuwiderhandlung gegen das Beihilfeverbot nur gegen den betroffenen Mitgliedstaat eingeleitet wird. Die durch Beihilfen begünstigten Unternehmen gelten nur als «Beteiligte» im Sinne von Art. 88 Abs. 2 EGV und haben daher eingeschränkte Verfahrensrechte.<sup>33</sup> Die Kommission muss nach Art. 88 Abs. 2 EGV die Beteiligten freilich zur Äusserung auffordern, sobald sie ein förmliches Prüfverfahren eröffnet, wobei es genügt, wenn die Mitteilung über die Einleitung eines Verfahrens im Amtsblatt veröffentlicht wird.<sup>34</sup>

## 3. Weitere Bereiche des europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts

Dem Schutz von Grund- und Verfahrensrechten kommt auch in den übrigen Bereichen des europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts eine wachsende Bedeutung zu. Im Vordergrund stehen dabei die Grundfreiheiten des Binnen-

<sup>30</sup> Das Merkblatt gibt somit den Stand des Rechts wieder.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu SEITZ/BERG/LOHRBERG (Fn. 25), 716, 718.

<sup>32</sup> EuG, T-171/02, *Regione autonoma della Sardegna/Kommission*, Urteil vom 15.6.2005, Slg. 2005, II-2123, Rz. 151 ff.; EuG, T-354/99, *Kuweit Petroleum (Niederland) BV/Kommission*, Urteil vom 31.5.2006, Slg. 2006, II-1475, Rz. 77 ff.

<sup>33</sup> Anders als im Kartellverfahrensrecht, wo einem betroffenen Unternehmen ein Akteneinsichtsrecht zukommt, fehlt dieses Recht dem durch eine Beihilfe begünstigten Unternehmen. Es hat auch kein Anhörungsrecht, sondern ist auf das Recht auf Abgabe einer einfachen Stellungnahme beschränkt; Art. 20 Verordnung (EG) Nr. 659/1999 vom 22.3.1999, («Beihilfeverfahrensverordnung»), ABl. EG Nr. L 83. Vgl. auch CLAUDIA SEITZ/STEPHAN BREITENMOSER, Neueste Entwicklungen zur Rückforderung von staatlichen Beihilfen im europäischen Wettbewerbsrecht, in: ASTRID EPINEY ET AL., SJER 2006/2007, 2007, 173, 179 f.

<sup>34</sup> EuG, T-354/99, *Kuweit Petroleum (Niederland) BV/Kommission*, Urteil vom 31.5.2006, Slg. 2006, II-01475, Rz. 81 f.

markts und das darauf beruhende öffentliche Beschaffungswesen<sup>35</sup> sowie das Immaterialgüterrecht als Ausfluss der Eigentumsfreiheit.<sup>36</sup> Die Grundfreiheiten garantieren die Warenverkehrsfreiheit,<sup>37</sup> die Personenfreizügigkeit<sup>38</sup> unter Einschluss der Niederlassungsfreiheit,<sup>39</sup> die Dienstleistungsfreiheit<sup>40</sup> sowie die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit,<sup>41</sup> und sie verpflichten mit ihren Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten in erster Linie die EU-Mitgliedstaaten.<sup>42</sup> Während der Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums bei der Warenverkehrsfreiheit ausdrücklich bereits in Art. 30 Abs. 2 EGV vorbehalten wird,<sup>43</sup> können die Grundfreiheiten nach der neueren Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich auch durch Grundrechte beschränkt werden.<sup>44</sup>

<sup>35</sup> EuGH, C-26/03, *Stadt Halle/RPL Recyclingpark Lochau GmbH*, Urteil vom 11.1.2005, Slg. 2005, I-1 (betr. gerichtlicher Rechtsschutz bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen in Anwendung der Richtlinie 92/50/EWG); EuGH, C-186/04, *Pierre Housieaux/Délegués du conseil de la Région de Bruxelles-Capitale*, Urteil vom 21.4.2005, Slg. 2005, I-3299, Rz. 35 f. (betr. Grundrecht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz beim Zugang zu Informationen über die Umwelt in Anwendung der Richtlinie 90/313/EWG).

<sup>36</sup> Für das Markenrecht vgl. EuG, T-439/04, *Eurohypo AG/HABM*, Urteil vom 3.5.2006, Slg. 2006, II-1269, Rz. 21, wo auch erklärt wird, dass das Recht nicht uneingeschränkt gewährt wird, sondern dieses nur innerhalb der von Art. 4 iVm Art. 7 und 8 der Verordnung Nr. 40/94 gezogenen Grenzen besteht. Für das Urheberrecht vgl. EuGH, C-360/00; *Land Hessen/G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH*, Urteil vom 6.6.2002, Slg. 2002, I-5089, Rz. 26; EuGH, C-92/92 und C-326/92, *Phil Collins*, Urteil vom 20.10.1993, Slg. 1993, I-5145, Rz. 35. Vgl. Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167 vom 22.6.2001, 10, Erwägungsgrund 10. Für das Gemeinschaftsgeschmacksmuster vgl. Art. 14 f. der Verordnung Nr. 6/2002 des Rates vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. L 3 vom 5.1.2002, I.

<sup>37</sup> Art. 28 ff. EGV.

<sup>38</sup> Art. 39 ff. EGV.

<sup>39</sup> Art. 43 ff. EGV.

<sup>40</sup> Art. 49 ff. EGV.

<sup>41</sup> Art. 53 ff. EGV.

<sup>42</sup> Zur Drittwirkung insbesondere der Personenfreizügigkeit vgl. EuGH, C-415/93, *Bosman*, Urteil vom 15.12.1995, Slg. 1995, I-4921 Rz. 82 ff.; EuGH, C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139, Rz. 30 ff. HERDEGEN (Fn. 1), 270 f.

<sup>43</sup> EuGH, C-421/04, *Matratzen Concord AG/Hukla Germany SA*, Urteil vom 9.3.2006, Slg. 2006, I-2303, Rz. 28.

<sup>44</sup> EuGH, C-112/00, *Schmidberger/Republik Österreich*, Urteil vom 12.6.2003, Slg. 2003, I-5659, Rz. 74; EuGH, C-36/02, *Omega Spiel- und Automatenaufstellungs-GmbH/OB Stadt Bonn*, (Fn. 10), Rz. 35.

### III. Der Begriff und die Anwendungsbereiche der Grund- und Menschenrechte im Wettbewerbsrecht

#### 1. Der Begriff der Grund- und Menschenrechte sowie der Grundfreiheiten

Während Menschenrechte als völkerrechtliche, d.h. entweder durch Völkervertrags-<sup>45</sup> oder Völkergewohnheitsrecht oder als allgemeine Rechtsgrundsätze gewährleistete Garantien zum Schutz aller Menschen umschrieben werden können,<sup>46</sup> garantieren die verfassungsrechtlich in einem Staat verbrieften Grundrechte zwar ebenfalls allen auf dem Hoheitsgebiet anwesenden Menschen grundsätzlich denselben Schutz dieser verfassungsmässigen Rechte; ausgenommen davon sind in der Regel lediglich die politischen Rechte sowie die Rechte, die im Zusammenhang mit der Staatsbürgerschaft stehen.

Im Unterschied zum Begriff der Grundrechte gelten die Grundfreiheiten im EG-Binnenmarkt nur unter den folgenden beiden Voraussetzungen: Erstens können sich lediglich die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie die im Rahmen von allfälligen sektoriellen Verträgen bzw. Assoziationsabkommen<sup>47</sup> berechtigten Drittstaatsangehörigen auf sie berufen; zweitens gelangen sie nur bei einem Bezug zu einem anderen EU-Mitgliedstaat, d.h. bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt, zur Anwendung. Die wichtigste Ausnahme und damit eine Relativierung dieser heute üblichen Begriffsbestimmung bildet freilich gerade die EMRK selbst, die seit ihrer Unterzeichnung am 4. November 1950 in Rom in ihren bisherigen 14 Zusatzprotokollen als «Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten» bezeichnet wird.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Neben der EMRK sind dies insbesondere die beiden UNO-Pakte von 1966 (SR 0.103.1 und 2) oder spezifische Menschenrechtsübereinkommen (SR 0.104 ff.).

<sup>46</sup> MANFRED NOWAK, Einführung in das internationale Menschenrechtssystem, 2002, 37 f.

<sup>47</sup> Für die Schweiz im Vordergrund stehen die sektoriellen Abkommen mit der EG und ihren Mitgliedstaaten (sog. «Bilaterale Verträge I und II»), insbesondere das Freizügigkeitsabkommen vom 21.6.1999 (FZA; SR 0.142.112.681), das Luftverkehrsabkommen vom 21.6.1999 (SR 0.748.127.192.68), das Betrugsbekämpfungsabkommen vom 26.10.2004 (SR 0.351.926.81), das Zinsbesteuerungsabkommen vom 26.10.2004 (SR 641.926.81) oder die Assoziierungsabkommen zu Schengen (SR 0.360.268.1) und Dublin (SR 0.142.392.68) vom 26.10.2004 (SR 170.32; BBI 2004 6447, 6479).

<sup>48</sup> SR 0.101.1 ff. Vgl. die übrigen, von der Schweiz noch nicht ratifizierten Zusatzprotokolle zur EMRK, in: BREITENMOSER/RIEMER/SEITZ (Fn. 3), 451 ff.

## 2. Die bei Wettbewerbsachen anwendbaren Schutzbereiche

Die in Wettbewerbsverfahren geltend gemachten Ansprüche der direkt betroffenen natürlichen und juristischen Personen sind ohne weiteres als sog. «*civil rights and obligations*» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren.<sup>49</sup> So tangieren Bussen-, Untersuchungs- und Verbotsverfahren im Wettbewerbsrecht insbesondere deren wirtschaftliche und persönliche Freiheiten sowie die Verfahrensrechte,<sup>50</sup> weshalb die Betroffenen ein legitimes Interesse an einem wirksamen Grundrechts- und Verfahrensschutz haben. Im Rahmen der von Art. 6 EMRK gewährleisteten Garantien auf ein faires Gerichtsverfahren<sup>51</sup> stehen der Anspruch auf rechtliches Gehör<sup>52</sup> und namentlich die Unschuldsvermutung von Art. 6 Abs. 2 EMRK im Vordergrund.<sup>53</sup> Zusammen mit Art. 6 EMRK oder als eigenständige Verfahrensgarantie kann auch Art. 13 EMRK einschlägig sein,<sup>54</sup> welcher das Recht auf eine wirksame Beschwerde mit Bezug auf die Verletzung von in der EMRK gewährleisteten Rechten oder Freiheiten umfasst.<sup>55</sup> In Wettbewerbsverfahren sind dies etwa das Recht auf Privatsphäre und auf Datenschutz (Art. 8 EMRK), die Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 EMRK), die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK), das Recht auf Eigentum (Art. 1 ZP I/EMRK) sowie das akzessorische (Art. 14 EMRK) oder das umfassende Diskriminierungsverbot (ZP XII/EMRK).<sup>56</sup>

<sup>49</sup> WEISS (Fn. 2), 265.

<sup>50</sup> So kann die Kommission z.B. in einem Kartellverfahren Bussen von bis zu 10% des Gesamtumsatzes des Konzerns aus dem vorangegangenen Geschäftsjahr verhängen. Art. 20 f. und 23 VO 1/2003 (Fn. 12).

<sup>51</sup> EuGH, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission*, Urteil vom 25.1.2007, Slg. 2007, I-965, Rz. 40 ff., sowie die diesbezüglichen Schlussanträge von GA GEELHOED vom 12.9.2006, Rz. 43 ff. (mit Bezug auf die Berücksichtigung anonymer Unterlagen).

<sup>52</sup> EuG, T-5/00 und T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Kommission*, Urteil vom 16.12.2003, Slg. 2003, II-5761, Rz. 32 ff. Vgl. auch die Schlussanträge von GA PAIARES MADURO in der Rechtssache C-3/06 P, *Groupe Danone/Kommission*, vom 16.11.2006, Rz. 54 ff. SEITZ (Fn. 18), 231 ff.

<sup>53</sup> Vgl. EuG, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 und T-61/02 OP, *Dresdner Bank AG et al./Kommission*, Urteil vom 27.9.2006, Slg. 2006, II-3567, Rz. 61, wo es um die Frage geht, ob die den betr. Unternehmen zur Last gelegten Zuwiderhandlungen hinreichend nachgewiesen worden sind. Zur Unschuldsvermutung in Wettbewerbsverfahren vgl. nachstehend IV.3.

<sup>54</sup> EGMR, *Kudla/Polen*, Urteil vom 26.10.2000, Rec. 2000-XI, 197/247. BREITENMOSER/RIEMER/SEITZ (Fn. 3), 112, 120, 122.

<sup>55</sup> Vgl. EuGH, C-396/03 P, *Magnus Killinger*, Beschluss vom 3.6.2005, Slg. 2005, I-04967, Rz. 27, wo sich der Kläger auf Art. 13 EMRK berief, um die Zulassung seiner Klage zu erreichen, mit der er die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch deutsche Behörden rügte; zum Recht auf eine wirksame Beschwerde vgl. nachstehend V.1.

<sup>56</sup> Zu den Diskriminierungsverboten der EMRK vgl. BREITENMOSER/RIEMER/SEITZ (Fn. 3), 91 ff., 464 f.



In der GRC sind zunächst dieselben Garantien wie in der EMRK gewährleistet, also das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 7 GRC), der Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRC), die Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit (Art. 11 GRC), die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 12 GRC), die Freiheit von Kunst und Wissenschaft (Art. 13 GRC), das Eigentumsrecht (Art. 17 GRC), sowie die Gleichheitsgebote und Diskriminierungsverbote (Art. 20 und 21 GRC). Verfahrensrechtlich von Bedeutung sind das Recht auf eine gute bzw. ordnungsgemäße Verwaltung (Art. 41 GRC), welches ein faires Verfahren vor den Institutionen und Organen der EG bzw. der EU garantiert, das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten (Art. 42 GRC) sowie das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht (Art. 47 GRC).<sup>57</sup> Bis anhin haben der EuGH und das EuG in ihren Urteilen oft die einschlägigen Schutzbereiche nur kurz als solche erwähnt,<sup>58</sup> ohne dabei ausdrücklich auf die GRC Bezug zu nehmen.<sup>59</sup>

### 3. Positive Schutzpflichten und Drittwirkung

In ihrer neueren Rechtsprechung haben EGMR und EuGH wiederholt Verfahrensgarantien innerhalb von materiellen Grundrechtsbestimmungen anerkannt. Solche verfahrensmässigen Untersuchungs- und Informationsrechte gelten bereits vor der Anhebung eines Beschwerde- oder Gerichtsverfahrens und bedeuten eine Ergänzung und Verstärkung der materiellen Schutzbereiche. So hat der EGMR in seiner *Luis-Ostra-* und *Guerra-Folgerechtsprechung*<sup>60</sup> aus Art. 8 EMRK die Pflicht des Staates abgeleitet, bei bau- und planungsrechtlichen Massnahmen, welche die Anwohner in ihrem gesundheitlichen Wohlbefinden beeinträchtigen können, den Sachverhalt sorgfältig abzuklären, was auch die Anhörung und die Information der Anwohner umfassen muss.<sup>61</sup> Im Fall *Laserdisken* entwickelte der EuGH in Anlehnung an Art. 10 Abs. 2 EMRK strenge Anforderungen an urheberrechtliche Eingriffe in die Freiheit zum Empfang von Informationen.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Zu den Erläuterungen der einzelnen Bestimmungen der GRC vgl. BREITENMOSER/RIEMER/SEITZ (Fn. 3), 300 ff.

<sup>58</sup> Vgl. EuGH, C-186/04, *Pierre Housieaux/Délégés du conseil de la Région de Bruxelles-Capitale*, Urteil vom 21.4.2005, Slg. 2005, I-3299, Rz. 35 f. (mit Bezug auf das Grundrecht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz beim Zugang zu Informationen über die Umwelt in Anwendung der Richtlinie 90/313/EWG).

<sup>59</sup> Vgl. nun aber EuG, T-193/04, *Hans-Martin Tillack/Kommission*, Urteil vom 4.10.2006, Slg. 2006, II-3995, Rz. 127.

<sup>60</sup> BREITENMOSER/RIEMER/SEITZ (Fn. 3), 73 ff.

<sup>61</sup> EGMR, *Hatton et al./Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 8.7.2003, Rec. 2003–VIII 189/243, Rz. 86.

<sup>62</sup> EuGH, C-479/04, *Laserdisken ApS/Kulturministeriet*, Urteil vom 12.9.2006, Slg. 2006, I-8089, Rz. 60 ff.

Diese Rechtsprechung macht deutlich, dass Grundrechte nicht mehr nur als negatorische Abwehrrechte gegenüber staatlichen Behörden zu verstehen sind. Vielmehr sollen aus ihnen im Sinne der Lehre der indirekten Drittwirkung auch positive Schutzpflichten des Staates zugunsten Privater gegenüber Privaten abgeleitet werden können.<sup>63</sup> Dazu sollte dann auch das Recht gehören, sich nicht äussern zu müssen, um sich nicht selber zu belasten, sowie das Recht, dass aus einem Schweigen keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden dürfen.<sup>64</sup>

## IV. Die Praxis des EuGH und des EuG

Einige Hinweise auf die neuere Praxis zunächst des EuGH und des EuG und danach des EGMR (V.) sollen die angesprochenen Tendenzen verdeutlichen.

### 1. Die Frage der individuellen Betroffenheit

Die individuelle Betroffenheit ist auch in Wettbewerbsfällen nach der in der Lehre und Teilen der Rechtsprechung umstrittenen sog. *Plaumann*-Praxis des EuGH zu beurteilen.<sup>65</sup> Nach dieser Praxis werden Einzelpersonen und Unternehmen mit einer gemäss Art. 230 Abs. 4 EGV erhobenen Nichtigkeitsklage gegen Entscheidungen und Verordnungen von Organen der EG nur dann vor den Gemeinschaftsgerichten zugelassen, wenn sie unmittelbar und individuell betroffen sind. Sind die Kläger nicht Adressat der angefochtenen Entscheidung, bestehen nach dieser *Plaumann*-Formel hohe Hürden für die Annahme einer unmittelbaren und individuellen Betroffenheit.

Diese eingeschränkte Klagebefugnis führt gerade bei belastenden Verordnungen, die den nationalen Behörden kein eigenes Ermessen einräumen, zu unbefriedigenden Ergebnissen. Weil dann vor nationalen Gerichten kein Rechtsschutz gegeben ist, wird die strenge Anwendung der *Plaumann*-Formel denn auch kritisiert. So fordert etwa GA JACOBS eine Ausweitung der individuellen Betroffenheit auf Fälle, die erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Interessen des Klägers haben.<sup>66</sup> Ebenso sieht das EuG keinen angemessenen Rechtsschutz darin, dass der Kläger gegen das Recht verstossen haben müsse, um sich dann im anschliessenden Gerichtsverfahren auf die Rechtswidrigkeit

<sup>63</sup> Zur Pflicht des Staates, eine qualitativ gute gesetzliche Grundlage für Eingriffe in Art. 8 EMRK zu schaffen, vgl. den nachstehend unter V.2. erörterten Fall *Chappell*.

<sup>64</sup> SEITZ/BERG/LOHBERG (Fn. 25), 716, 725; WEISS (Fn. 2), 263 ff.

<sup>65</sup> Vgl. EuGH, 25/62, *Plaumann/Kommission*, Urteil vom 15.7.1963, Slg. 1963, 197, 238.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. 50/00, *Unión des Pequeños Agricultores*, Schlussanträge des GA JACOBS vom 21.3.2003, Slg. 2002, I-6677, Rz. 102.

der Regelung zu berufen.<sup>67</sup> Der EuGH hat diese Auffassung jedoch verworfen und hält an der *Plaumann*-Formel fest.<sup>68</sup>

## 2. Das Grundrecht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz

Der EuGH anerkennt zwar ein Grundrecht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz,<sup>69</sup> welches in Kartellverfahren der Kommission jedoch nicht uneingeschränkt gewährleistet wird. Gerade wenn sog. «*Dawn Raids*» (überraschende bzw. unangekündigte Hausdurchsuchungen) durchgeführt werden, haben Rechtsmittel dagegen keine aufschiebende Wirkung. Gegen die «*Dawn Raids*» kann auch keine Nichtigkeitsklage beim EuG angestrengt werden.<sup>70</sup> Dies ist besonders problematisch, wenn Zufallsfunde Material zu Tage befördern, das Anlass zu einem Bussgeld geben könnte.<sup>71</sup> Erst mit der Festsetzung des Bussgelds ist eine angreifbare Entscheidung gegeben, die der Nichtigkeitsklage zugänglich ist. Dabei hat die erste Rechtsmittelinstanz umfassende Überprüfungsbefugnis bei Entscheidungen, mit denen eine Busse oder ein Zwangsgeld festgesetzt worden ist; sie kann die Geldbusse herabsetzen, aufheben, aber auch erhöhen.<sup>72</sup> Der EuGH kann demgegenüber eine Entscheidung des EuG nur auf Rechtsverletzungen hin überprüfen.<sup>73</sup>

Des Weiteren kann ein betroffenes Unternehmen auch gegen eine Entscheidung der Kommission klagen, mit der diese eine Nachprüfung anordnet oder zur Erteilung von Auskünften verpflichtet.<sup>74</sup> Weil Klagen an die Gemeinschaftsgerichte nach Art. 242 EGV in der Regel keine aufschiebende Wirkung haben, sollte das klagende Unternehmen einen begründeten Antrag auf vorläufige Aussetzung der angefochtenen Handlung stellen. Dies wird bei Hausdurchsuchungen

<sup>67</sup> EuG, Rs. T-177/01, *Jégo-Quéré/Kommission*, Urteil vom 3.5.2002, Slg. 2002, II-2365, Rz. 45.

<sup>68</sup> EuGH, Rs. 263/02 P, *Jégo-Quéré/Kommission*, Urteil vom 1.4.2004, Slg. 2004, I-3425, Rz. 33 ff. BREITENMOSER/RIEMER/SEITZ (Fn. 3), 205 f.

<sup>69</sup> EuGH, C-186/04, *Pierre Housieux/Délégés du conseil de la Région de Bruxelles-Capitale*, Urteil vom 21.4.2005, Slg. 2005, I-3299, Rz. 35 f. Das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz ist nun in Art. 47 Abs. 1 GRCh kodifiziert. Vgl. JÜRGEN SCHWARZE, Der Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Rainer Grote et al. (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit, Festschrift für Christian Starck, 2007, 645 ff.

<sup>70</sup> Art. 230 Abs. 4 i.V.m. 225 Abs. 1 EGV. Hier erfolgt nur eine inzidente Prüfung bei der Überprüfung der endgültigen Handlung; EuGH, 60/81, *IBM/Kommission*, Urteil vom 11.11.1981, Slg. 1981, 2639, Rz. 12; vgl. ULRICH SOLTÉSZ/CHRISTOPH MÜLLER, Querulanten vor den Gemeinschaftsgerichten? – Das Rechtsschutzinteresse als Prozessvoraussetzung im Europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW, 2007, 200 ff.

<sup>71</sup> Vgl. SEITZ/BERG/LOHBERG (Fn. 25), 716, 725.

<sup>72</sup> Art. 31 VO 1/2003 (Fn. 12). Vgl. dazu nachstehend IV.3.

<sup>73</sup> Art. 225 Abs. 2 EGV. Zur Kognition vgl. EuGH, C-352/98 P, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA und Jean-Jacques Goupil/Kommission*, Urteil vom 4.7.2000, Slg. 2000, I-5291, Rz. 49.

<sup>74</sup> Art. 18 Abs. 3 und 20 Abs. 4 VO 1/2003 (Fn. 12).

jedoch regelmässig nicht gelingen, weil der Überraschungseffekt dadurch vereitelt würde. Es kommt daher entscheidend darauf an, dass die Kommission beweisen muss, dass sie einen genügend begründeten Anfangsverdacht hat, der zur Hausdurchsuchung berechtigt. Dieser Anfangsverdacht darf in keinem Fall mit während der Hausdurchsuchung vorgefunden Beweisen unterfüttert werden.<sup>75</sup>

Neben der Kommission haben auch die EU-Mitgliedstaaten Kompetenzen im Wettbewerbsrecht.<sup>76</sup> Aufgrund der Zuständigkeitsregelung im EG-Vertrag sind die Gemeinschaftsgerichte jedoch grundsätzlich nicht für die Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen einem Unternehmen und den Wettbewerbsbehörden eines Mitgliedstaats zuständig.<sup>77</sup> Verstossen nationale Wettbewerbsbehörden gegen Gemeinschaftsgrundrechte, muss dies vielmehr vor den nationalen Gerichten gerügt werden.<sup>78</sup> Der EuGH hat in diesem Zusammenhang wiederholt daran erinnert, dass es Sache der Mitgliedstaaten sei, ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet werde und etwaige Lücken der Verträge in dieser Hinsicht geschlossen würden.<sup>79</sup> Es ist daher Aufgabe der Mitgliedstaaten, gegen Entscheidungen ihrer Wettbewerbsbehörden den Rechtsweg an ein Gericht vorzusehen. Hinzuweisen ist hier auf die durch die *Manfredi*-Rechtsprechung des EuGH deutlich gewordene Bedeutung für private Schadensersatzklagen.<sup>80</sup>

### 3. Verfahrensrechte und -grundsätze

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH besteht ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, dass jedermann im Rahmen der Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts Anspruch auf ein faires Verfahren hat.<sup>81</sup>

<sup>75</sup> Vgl. hierzu SEITZ/BERG/LOHRBERG (Fn. 25), 716, 718.

<sup>76</sup> Vgl. etwa Art. 5 VO 1/2003 (Fn. 12), wonach die nationalen Wettbewerbsbehörden in Einzelfällen für die Anwendung der Bestimmungen von Art. 81 und 82 EGV zuständig sind.

<sup>77</sup> EuGH, C-396/03 P, *Magnus Killinger/Bundesrepublik Deutschland et al.*, Beschluss vom 3.6.2005, Slg. 2005, I-4967, Rz. 26. Das Prinzip der Einzelermächtigung wird in Art. 5 EGV statuiert.

<sup>78</sup> EuGH, C-396/03 P, *Magnus Killinger/Bundesrepublik Deutschland et al.*, Beschluss vom 3.6.2005, Slg. 2005, I-4967, Rz. 28.

<sup>79</sup> EuG, T-196/03, *European Federation for Cosmetic Ingredients (EFfCI)/Parlament und Rat*, Beschluss vom 10.12.2004, Rz. 70; EuGH, 33/76, *Rewe*, Urteil vom 16.12.1976, Slg. 1976, 1989, Rz. 5; EuGH, 158/80, *Rewe II*, Urteil vom 7.7.1981, Slg. 1981, 1805, Rz. 44.

<sup>80</sup> EuGH, C-295/04, *Manfredi u.a.*, Urteil vom 13.7.2006, Slg. 2006, I-6619, mit Anmerkungen von CLAUDIA SEITZ, EWS 2006, 416 ff.

<sup>81</sup> EuGH, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission*, Urteil vom 25.1.2007, Slg. 2007, I-965, Rz. 40 ff.; EuG, T-15/02, *BASF AG/Kommission*, Urteil vom 15.3.2006, Slg. 2006, II-497, Rz. 590 ff. (mit Bezug auf die Preisgabe einer beabsichtigten Bussenentscheidung durch die Kommission an die Medien ging). Das Recht auf ein faires Verfahren ist nun in Art. 41 GRC als Teilgehalt des Rechts auf eine gute Verwaltung kodifiziert.

Der EuGH hat den Rechtsgrundsatz eines fairen Verfahrens für das Ermittlungsverfahren der Kommission bei Zuwiderhandlungen gegen Art. 81 und 82 EGV stets weiter konkretisiert<sup>82</sup> und die Befugnisse der Kommission weiter ausgebaut und gestärkt, indem nunmehr die Kommission auch private Wohnungen durchsuchen darf. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat diese Rechtsprechung in den jeweils geltenden Verfahrensverordnungen kodifiziert.<sup>83</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGH beinhaltet das Recht auf ein faires Verfahren für die Unternehmen, gegen die sich die Ermittlung richtet, mindestens die folgenden Rechte:<sup>84</sup> Die Unternehmen haben – abgesehen von «*Dawn Raids*» – zunächst die Garantie einer vorherigen Mitteilung der Beschwerdepunkte und das Recht, schriftlich zu diesen Stellung zu nehmen. Auch sind sie berechtigt, sich im Rahmen einer mündlichen Anhörung zu den Beschwerdepunkten zu äussern.<sup>85</sup> Die Kommission darf einem Unternehmen in ihrer Entscheidung nur die Zuwiderhandlungen zur Last legen, zu denen es sich äussern konnte.<sup>86</sup> Schliesslich haben die von einer Ermittlung betroffenen Unternehmen das Recht auf Einsicht in diejenigen Unterlagen, auf die sich die Kommission stützt.<sup>87</sup> Daneben können Drittpersonen, die der Kommission belastende Unterlagen zukommen lassen, ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung ihrer Identität haben.<sup>88</sup>

Möchte die Kommission in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren die Quelle eines belastenden Dokuments geheim halten, so müssen zur Einhaltung des Rechts auf ein faires Verfahren drei Bedingungen erfüllt sein:

- a) Erstens müssen die Unternehmen, gegen die Schriftstücke – deren Quellen anonym bleiben müssen – als Beweismittel angeführt werden, Gelegenheit haben, diese zur Kenntnis zu nehmen und sich sowohl schriftlich als auch mündlich dazu zu äussern. Dazu gehört auch die Möglichkeit, Schriftstücke oder andere Beweismittel vorzulegen, um diese zu entkräften.<sup>89</sup>

<sup>82</sup> GA GEELHOED, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission* (Fn. 51), Rz. 50.

<sup>83</sup> Vgl. die VO 1/2003 (Fn. 12) und die Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7.4.2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission (ABl. L 123 vom 27.4.2004, 18).

<sup>84</sup> Zum Ganzen GA GEELHOED, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission* (Fn. 51), Rz. 51.

<sup>85</sup> Diese Rechtsprechung ist nunmehr in den Art. 10 ff. VO 773/2004 (Fn. 83) und in Art. 27 Abs. 1 VO 1/2003 (Fn. 12) kodifiziert.

<sup>86</sup> Vgl. die entsprechende Bestimmung in Art. 27 Abs. 1 VO 1/2003 (Fn. 12).

<sup>87</sup> EuGH, 85/76, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Urteil vom 13.2.1979, Slg. 1979, 461, Rz. 11, wo das Recht auf Akteneinsicht grundsätzlich anerkannt wurde. Das Recht auf Akteneinsicht ist mittlerweile in Art. 27 Abs. 2 VO 1/2003 (Fn. 12) und Art. 15 VO 773/2004 (Fn. 83) kodifiziert. Begehren Dritte Einsicht in die Akten, so ist genau darauf zu achten, dass Betriebsgeheimnisse und andere vertrauliche Informationen entsprechend gekennzeichnet sind und nicht an Dritte gelangen.

<sup>88</sup> EuGH, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission* (Fn. 51), Rz. 45.

<sup>89</sup> GA GEELHOED, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission* (Fn. 51), Rz. 63.

- b) Zweitens müssen sowohl die Kommission in Ermittlungsverfahren als auch das Gericht bei seiner Bewertung im erstinstanzlichen Verfahren bei der Prüfung des Beweiswerts solcher Schriftstücke kritisch vorgehen und möglichen Indizien gegen die Glaubhaftigkeit und Echtheit sorgfältig nachgehen.<sup>90</sup>
- c) Drittens sollte bei der Anwendung der in der Rechtsprechung anerkannten freien Beweiswürdigung darauf geachtet werden, dass Verstösse gegen die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags nicht ausschliesslich oder überwiegend mit Schriftstücken bewiesen werden, deren Herkunft oder Verfasser der Verteidigung des betroffenen Unternehmens unbekannt bleiben muss.<sup>91</sup>

Mit dem Rechtsgrundsatz eines fairen Verfahrens in Zusammenhang steht die Unschuldsvermutung. Diese gilt nach der Rechtsprechung des EuGH auch in Verfahren wegen Verletzung der Wettbewerbsregeln, die zu Geldbussen oder Zwangsgeldern führen können.<sup>92</sup> Die Unschuldsvermutung sollte sich dabei insbesondere auf die Beweislast auswirken. Es ist demnach Sache der Kommission, das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen Art. 81 und 82 EGV «rechtlich hinreichend» zu belegen.<sup>93</sup> Freilich genügt es, wenn ein von der Kommission vorgelegtes Bündel von Indizien gesamthaft betrachtet als hinreichender Beweis für eine Zuwiderhandlung angesehen werden kann.<sup>94</sup> Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, dass die Beweisführung in Kartellsachen dann schwierig ist, wenn wettbewerbswidrige Vereinbarungen geheim gehalten werden und nur spärliche Schriftstücke und Indizien vorhanden sind.<sup>95</sup>

Der EuGH lehnt es aber ab, aus der Unschuldsvermutung ein absolutes Aussageverweigerungsrecht des von Ermittlungen der Kommission betroffenen Unternehmens abzuleiten.<sup>96</sup> Er stützt damit die in der jeweils einschlägigen Verfahrensverordnung<sup>97</sup> festgehaltene Befugnis der Kommission, solche Unternehmen durch Entscheidung zur Erteilung von Auskünften zu verpflichten.

<sup>90</sup> GA GEELHOED, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission* (Fn. 51), Rz. 64.

<sup>91</sup> GA GEELHOED, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission* (Fn. 51), Rz. 65.

<sup>92</sup> EuG, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 und T-61/02 OP, *Dresdner Bank AG et al./Kommission*, Urteil vom 27.9.2006, Slg. 2006, II-3567, Rz. 61.

<sup>93</sup> EuGH, C-185/95 P, *Baustahlgewerbe/Kommission*, Urteil vom 17.12.1998, Slg. 1998, I-8417, Rz. 58; vgl. die entsprechende Bestimmung in Art. 2 VO 1/2003 (Fn. 12).

<sup>94</sup> EuG, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 und T-61/02 OP, *Dresdner Bank AG et al./Kommission*, Urteil vom 27.9.2006, Slg. 2006, II-3567, Rz. 63.

<sup>95</sup> EuGH, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C 219/00 P, *Aalborg Portland et al./Kommission*, Urteil vom 7.1.2004, Slg. 2004, I-123, Rz. 55 f.

<sup>96</sup> EuG, T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG/Kommission*, Urteil vom 20.2.2001, Slg. 2001, II-729, Rz. 66 f., wonach ein absolutes Aussageverweigerungsrecht zu einer ungerechtfertigten Behinderung der Aufgaben der Kommission im Wettbewerbsrecht führen würde und nicht zur Wahrung der Verteidigungsrechte erforderlich sei.

<sup>97</sup> Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003 (Fn. 12).

Der EuGH gesteht einem Unternehmen nur insoweit ein Aussagerecht zu, als «Antworten von ihm verlangt werden, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Nachweis zu erbringen hat»<sup>98</sup>. Freilich kann es zu einer Umkehr der Beweislast kommen, wenn die Kommission belastende Dokumente vorlegt und dann die Entkräftung dieser Dokumente von dem betreffenden Unternehmen verlangt.<sup>99</sup>

Gegenüber dem betroffenen Unternehmen räumt Art. 18 VO 1/2003 der Kommission ein umfassendes Recht zur Auskunftserlangung ein. Das Unternehmen äussert sich dabei durch vertretungsbefugte Organe oder rechtsgeschäftlich ermächtigte Mitarbeiter, wobei es verpflichtet ist, sich so zu organisieren, dass ein rechtsgeschäftlich Berechtigter zur Verfügung steht.<sup>100</sup> Weitere natürliche und juristische Personen kann die Kommission nur befragen, wenn diese zustimmen.<sup>101</sup> Inwieweit der einzelne Mitarbeiter, der beispielsweise bei einer «*Dawn Raid*» befragt wird, «freiwillig» ist, ist unklar. Insoweit ist die Kommission in der Ermittlung eingeschränkt. Der im nationalen Strafverfahren so wichtige Zeugenbeweis kann daher bei Ermittlungen wegen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nur eine untergeordnete Rolle spielen. Der Schwerpunkt der Beweisführung liegt vielmehr auf schriftlichen Unterlagen, obwohl diese in der Praxis mitunter schwer zu erlangen sind.<sup>102</sup>

#### 4. Der Grundsatz der Gleichbehandlung

Der vom EuGH anerkannte Grundsatz der Gleichbehandlung ist im Kartellverfahren insbesondere bei der Bemessung der verhängten Geldbusse von Bedeutung,<sup>103</sup> die gemäss Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 bis zu 10% des Gesamt-

<sup>98</sup> EuG, T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG/Kommission*, Urteil vom 20.2.2001, Slg. 2001, II-729, Rz. 67.

<sup>99</sup> GA GEELHOED, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission* (Fn. 51), Rz. 67.

<sup>100</sup> EBERHARD GRABITZ/MEINHARD HILF, Das Recht der Europäischen Union, nach Art. 83 EGV, Art. 18 Rz. 24.

<sup>101</sup> Art. 19 Abs. 1 VO 1/2003 (Fn. 12). Das Aussageverweigerungsrecht Dritter kann auf das Recht auf eine gute Verwaltung nach Art. 41 GRC gestützt werden.

<sup>102</sup> GA L.A. GEELHOED, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission* (Fn. 51), Rz. 52 ff.

<sup>103</sup> EuG, T-303/02, *Westfalen Gassen Nederland BV/Kommission*, Urteil vom 5.12.2006, noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rz. 140 (der Grundsatz der Gleichbehandlung ist indes nicht verletzt, wenn gegen einen anderen Wirtschaftsteilnehmer, mit dessen Situation das Gericht nicht befasst ist, keine Geldbusse verhängt worden ist) und Rz. 152 (der Grundsatz der Gleichbehandlung ist nur dann verletzt, wenn vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist).

umsatzes betragen darf.<sup>104</sup> Der EuGH räumt der Kommission ein Ermessen mit Bezug auf die Wahl der bei der Bemessung zu berücksichtigenden Kriterien ein.<sup>105</sup> In jedem Fall sind jedoch gemäss Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 die Schwere der Zuwiderhandlung und deren Dauer zu berücksichtigen. Gemäss der Rechtsprechung ist bei der Beurteilung der Schwere auch einer früheren Zuwiderhandlung Rechnung zu tragen.<sup>106</sup>

Als im Fall *Groupe Danone gegen die Kommission* die Erhöhung der Geldbusse wegen des erschwerenden Umstands der wiederholten Zuwiderhandlung und damit der Zeitpunkt der letzten Zuwiderhandlung in Frage standen, verwies der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen ausdrücklich auf die parallele Fragestellung in dem durch den EGMR entschiedenen Fall *Achour gegen Frankreich* vom 29. März 2006. Darin hat der Strassburger Gerichtshof für Recht erkannt, «dass die Praxis, vergangene Vorfälle zu berücksichtigen, vom Begriff der rückwirkenden Anwendung des Gesetzes im strengen Wortsinne zu unterscheiden ist».<sup>107</sup> Aus diesem Grund komme es darauf an, dass das klagende Unternehmen im Zeitpunkt der letzten Zuwiderhandlung in der Lage gewesen sei, die rechtlichen Konsequenzen seiner Handlungen vorherzusehen und sein Verhalten entsprechend anzupassen.<sup>108</sup> In diesem Zusammenhang sind die Leitlinien der Kommission zur Bemessung der Busse zu erwähnen.<sup>109</sup> Diese sollen die Rechtssicherheit für Unternehmen in Bezug auf die Festsetzung der Busse durch die Kommission erhöhen.<sup>110</sup>

## 5. Der Grundsatz *ne bis in idem*

Stellt die Kommission ein wettbewerbswidriges Verhalten eines Unternehmens fest, ist sie bei der Festsetzung der Busse nicht verpflichtet, eine von einer nationalen Wettbewerbsbehörde für dasselbe Verhalten ausgesprochene Sanktion zu berücksichtigen. Der EuGH hat wiederholt betont, dass es gegenwärtig im

<sup>104</sup> EuGH, C- 411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH/Kommission*, Urteil vom 25.1.2007, Slg. 2007, I-965, Rz. 68. Häufig variiert die Höhe der festgesetzten Bussen erheblich; der Pflicht der Kommission zur Begründung ihrer Entscheidungen kommt demgemäss bei der Bemessung der Bussen besonderes Gewicht zu.

<sup>105</sup> EuGH, C-3/06 P, *Groupe Danone/Kommission*, Urteil vom 8.2.2007, noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rz. 37. Vgl. hierzu CLAUDIA SEITZ, Verschärfung von Sanktionen bei Verstössen gegen das Europäische Kartellrecht, EuZW 2007, 304, 305.

<sup>106</sup> EuGH, C-3/06 P, *Groupe Danone/Kommission* (Fn. 105), Rz. 26, 39.

<sup>107</sup> EGMR, *Achour/Frankreich*, Urteil vom 29.3.2006, 41 ff.

<sup>108</sup> GA POIARES MADURO, C-3/06 P, *Groupe Danone/Kommission*, Schlussanträge vom 16.11.2006, Rz. 20.

<sup>109</sup> Leitlinien vom für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 vom 1.9.2006, 2.

<sup>110</sup> Zur Rechtsnatur der Leitlinien vgl. EuGH, C-3/06 P, *Groupe Danone/Kommission* (Fn. 105), Rz. 23.



Völkerrecht keinen anerkannten Grundsatz gebe, der es den Behörden oder Gerichten verschiedener Staaten untersage, eine Person wegen derselben Tat zu verfolgen und zu verurteilen, für die sie in einem anderen Staat belangt worden sei.<sup>111</sup> Dies wird damit begründet, dass die Ausübung der Strafgewalt von den einzelnen Staaten weiterhin als eine der wichtigsten Ausprägungen ihrer Souveränität angesehen werde. Die Staaten seien demnach nicht bereit, auf die Ausübung dieser Gewalt bei Rechtsverstössen zu verzichten, die von ihrer Rechtsordnung erfasst würden, selbst wenn derartige Verstösse bereits Gegenstand eines Verfahrens in anderen Staaten gewesen seien.<sup>112</sup>

Der EuGH berücksichtigt dabei unter anderem die Praxis des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen zu Art. 14 Abs. 7 des UN-Pakts über die bürgerlichen und politischen Rechte<sup>113</sup> wie auch des EGMR zu Art. 4 Abs. 1 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK.<sup>114</sup> Der Grundsatz *ne bis in idem* kann demgemäss selbst im Kontext eines Zusammenschlusses, wie er bei der EG vorliegt, nur dadurch gelten, dass er in Vereinbarungen vorgesehen ist, wie insbesondere in Art. 54 des Durchführungsübereinkommens zum Übereinkommen von Schengen,<sup>115</sup> in Art. 7 des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der EG<sup>116</sup> sowie in Art. 10 des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der EG oder der EU-Mitgliedstaaten beteiligt sind.<sup>117</sup> Auch im Rahmen des *European Competition Networks* ist der Grundsatz *ne bis in idem* anerkannt;<sup>118</sup> freilich kann dasselbe rechtswidrige Verhalten eines Unternehmens sowohl von der Kommission als auch von der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates oder eines Drittstaates geahndet werden.<sup>119</sup>

<sup>111</sup> EuG, T-224/00, *Archer Daniels Midland Company und Archer Daniels Midland Ingredients Ltd/Kommission*, Urteil vom 9.7.2003, Slg. 2003, II-2597, Rz. 92.

<sup>112</sup> GA TIZZANO, C-397/03, *Archer Daniels Midland Company und Archer Daniels Midland Ingredients Ltd gegen Kommission*, Schlussanträge vom 7.6.2005, Rz. 93.

<sup>113</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (SR 0.103.2).

<sup>114</sup> Beide Bestimmungen verbieten eine doppelte Strafverfolgung durch denselben Staat.

<sup>115</sup> Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.6.1985 betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 19.6.1990 (ABl. 2000 L 239 vom 22.9.2000, 19).

<sup>116</sup> ABl. C 316 vom 27.11.1995, 49.

<sup>117</sup> ABl. C 195 vom 25.6.1997, 2; GA TIZZANO, C-397/03, *Archer Daniels Midland Company und Archer Daniels Midland Ingredients Ltd/Kommission* (Fn. 112), Rz. 99.

<sup>118</sup> EuGH, C-308/04 P, *SLG Carbon*, Urteil vom 29.6.2006, Slg. 2006, I-5977, Rz. 31 ff. ANDREAS KLEES, Der Grundsatz *ne bis in idem* und seine Auswirkungen auf die Zusammenarbeit der Kartellbehörden im European Competition Network (ECN), WuW 2006, 1222 ff.

<sup>119</sup> Nach Art. 16 VO 1/2003 (Fn. 12) dürfen jedoch im Rahmen der Anwendung von Art. 81 f. EGV die Entscheide der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten denjenigen der Kommission nicht zuwiderlaufen.

## 6. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Bei der Bemessung von Bussgeldern ist stets der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, der aufgrund seiner Bedeutung für das gesamte Gemeinschaftsrecht und seiner ausdrücklichen Verankerung in Art. 5 Abs. 3 EG-Vertrag zu den Verfassungsprinzipien der EU gehört.<sup>120</sup> Für die genauere Bemessung von Bussgeldern ist dieser Grundsatz jedoch schwer fassbar und vorhersehbar.

Nach ständiger Rechtsprechung finden in die Bussgeldbemessung verschiedene Faktoren Eingang. Dabei ist die Schwere von Zuwiderhandlungen anhand vieler Gesichtspunkte zu ermitteln, zu denen u.a. die besonderen Umstände der Sache, ihr Kontext und die Abschreckungswirkung der Geldbusse gehören. Es gibt jedoch keine zwingende oder abschliessende Liste von Kriterien, welche auf jeden Fall berücksichtigt werden müssen.<sup>121</sup> Dies geht sogar so weit, dass es vom Gericht nicht als unverhältnismässig angesehen wird, wenn die verhängte Geldbusse höher ist als der Umsatz aus dem Verkauf des in Frage stehenden Produkts im EWR während der Zeit der Zuwiderhandlung.<sup>122</sup>

## V. Praxis des EGMR

### 1. Art. 6 und 13 EMRK

Sowohl Kartell- und Beihilfeverfahren als auch die Kommunikation zwischen Anwalt und Unternehmen<sup>123</sup> betreffen ohne weiteres sog. «*civil rights and obligations*» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Denn die mitunter ausserordentlich weit reichenden Verbots-, Untersuchungs- und Bussgeldmassnahmen der Kommission berühren neben den Verfahrensgarantien insbesondere die wirtschaftlichen Freiheiten und Eigentumsrechte der von einem Wettbewerbsverfahren betroffenen Unternehmen.<sup>124</sup>

Neben der Sicherstellung des Zugangs zu einem unabhängigen Gericht<sup>125</sup> zur Anfechtung von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden haben die EU-Mitgliedstaaten u.a. auch die Unschuldsvermutung von Art. 6 Abs. 2 EMRK zu ge-

<sup>120</sup> BREITENMOSER/HUSHEER (Fn. 4), Rz. 392 ff.

<sup>121</sup> EuGH, T-329/01, *Archer Daniel Midlands Co./Kommission*, Urteil vom 27.9.2006, Slg. 2006, II-3255, Rz. 76 mwN. Vgl. hierzu jedoch die Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen (Fn. 109).

<sup>122</sup> EuGH, T-329/01, *Archer Daniel Midlands Co./Kommission* (Fn. 121), Rz. 80.

<sup>123</sup> WEISS (Fn. 2), 265. Zur Frage, ob auch Unternehmensjuristen erfasst sind, vgl. SEITZ (Fn. 18), 231 ff.

<sup>124</sup> WEISS (Fn. 2), 265.

<sup>125</sup> BREITENMOSER/RIEMER/SEITZ (Fn. 3), 107 ff.

währleisten.<sup>126</sup> Letztere ist insbesondere bei der Verhängung von Bussen durch die Wettbewerbsbehörden von Bedeutung, weil solchen Bussen auch Strafcharakter zukommt. Aus der Unschuldsvermutung leitet der EGMR namentlich das Recht ab, zu schweigen und auch keine belastenden Beweise vorlegen zu müssen.<sup>127</sup> Es ist den einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden demzufolge verwehrt, ein Unternehmen zur Erteilung von Auskünften zu verpflichten.<sup>128</sup> Aufgrund der Unschuldsvermutung ist es vielmehr Aufgabe der Behörden, eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nachzuweisen.<sup>129</sup> Mit der Proklamation der Grundrechtecharta erhält der EuGH die Möglichkeit, diese anerkannten Rechtsgrundsätze auch im EG-Wettbewerbsrecht anzuwenden.<sup>130</sup>

Da die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK weiter gehen als diejenigen von Art. 13 EMRK,<sup>131</sup> ist letztere Bestimmung in Wettbewerbsachen nur ausserhalb des Geltungsbereichs von Art. 6 EMRK von Bedeutung. Im Vordergrund des Rechts auf eine wirksame Beschwerde steht dabei die Verpflichtung der Vertragsstaaten, Rechtsmittel vorzusehen, mit denen die Garantien der EMRK<sup>132</sup> innerstaatlich durchgesetzt werden können.<sup>133</sup> Verlangt wird insbesondere eine Beschwerdemöglichkeit an eine *hinreichend unabhängige Verwaltungsinstanz*. Zudem muss das Verfahren grundlegenden Voraussetzungen der Fairness entsprechen, namentlich hinsichtlich des rechtlichen Gehörs.<sup>134</sup>

<sup>126</sup> Der EGMR hat sich bislang nicht zur Geltung der Unschuldsvermutung in Kartellverfahren geäussert. Zur Unschuldsvermutung in der Rechtsprechung des EuGH vgl. vorstehend IV.3.

<sup>127</sup> EGMR, *Funke/Frankreich*, Urteil vom 25.2.1993, Série A/256-A, Rz. 44.

<sup>128</sup> Demgegenüber kann die Kommission Unternehmen, gegen die sich das Verfahren richtet, gestützt auf Art. 18 Abs. 3 VO Nr. 1/2003 (Fn. 12) mittels Entscheidung zu Auskünften verpflichten.

<sup>129</sup> JENS MEYER-LADEWIG, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl., 2006, Rz. 85a zu Art. 6.

<sup>130</sup> So auch WEISS (Fn. 2), 265.

<sup>131</sup> CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, § 24, Rz. 1 ff. und 110 ff.; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMAN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl. 1999, 131 ff., 331 ff.; ANNE PETERS, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, 102 ff., 140 ff.; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., 1999, 239 ff., 424 ff.

<sup>132</sup> Art. 13 EMRK kann nur zusammen mit einer anderen Garantie der EMRK geltend gemacht werden.

<sup>133</sup> VILLIGER (Fn. 131), Rz. 649, mit Verweis auf EGMR, *Lithgow et al./Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 8.7.1986, Série A 102.

<sup>134</sup> VILLIGER (Fn. 131), Rz. 649.

## 2. Art. 8 und 10 EMRK

Gemäss der Rechtsprechung des EGMR schützt das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Wohnung nach Art. 8 EMRK auch Geschäftsräume.<sup>135</sup> Diese Praxis hat nun ebenfalls Eingang in die Rechtsprechung des EuGH gefunden.

Zwar hat der EuGH noch im Fall *Hoechst*<sup>136</sup> unter Nichtberücksichtigung des kurz zuvor ergangenen Urteils des EGMR im Fall *Chappell*<sup>137</sup> die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK auf gewerbliche Räume abgelehnt. Doch in der jüngeren Entscheidung *Roquette Frères*<sup>138</sup> bezieht sich der EuGH auf diese Rechtsprechung des EGMR, die dieser in der Entscheidung *Colas*<sup>139</sup> fortgesetzt hat.

Aufgrund dieser Rechtsprechung müssen die Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedstaaten folglich die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK beachten, wenn sie in einem Unternehmen eine Hausdurchsuchung vornehmen wollen. Der EGMR stellt dabei gewisse Anforderungen an die Beschaffenheit der Eingriffsnorm. So muss der Staat in seiner Gesetzgebung einen Schutz vor willkürlichen Eingriffen in die von Art. 8 EMRK geschützten Rechte vorsehen.<sup>140</sup> Dieser Schutz ist in erster Linie verfahrensmässig zu gewährleisten.<sup>141</sup>

Sodann wird die Verbreitung kommerzieller Informationen grundsätzlich durch Art. 10 EMRK geschützt.<sup>142</sup> Vom Schutzbereich erfasst sind sowohl Äusserungen über Firmen oder deren Produkte als auch Werbung,<sup>143</sup> und damit auch Informationen, die sich auf den Wettbewerb auswirken können. Wollen staatliche Behörden entsprechende Äusserungen wegen unlauteren Wettbewerbs unterbinden, so haben sie die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK zu beachten. Im Fall *Hertel gegen die Schweiz* erachtete der EGMR das Verbot

<sup>135</sup> EGMR, *Chappell/Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 30.3.1989, A/152-A, 18; EGMR, *Niemietz/Deutschland*, Urteil vom 16.12.1992, A/251-B, 11. LUZIUS WILDHABER/STEPHAN BREITENMOSER, Kommentierung von Art. 8 EMRK, in: Wolfram Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, 2. Lieferung, 1992, Rz. 464 ff., 755 ff.

<sup>136</sup> EuGH, verb. Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst/Kommission*, Urteil vom 21.9.1989, Slg. 1989, 2859.

<sup>137</sup> EGMR, *Chappell/Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 30.3.1989, 21, Série A/152-A; vgl. Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 (Fn. 12), der eine Klagemöglichkeit gegen Entscheidungen der Kommission zur Vornahme einer Nachprüfung vorsieht.

<sup>138</sup> EuGH, Rs. C-94/00, *Roquettes Frères*, Urteil vom 22.10.2002, Slg. 2002, I-9011, Rz. 29.

<sup>139</sup> EGMR, *Société Colas Est u.a./Frankreich*, Urteil vom 16.4.2002, Rec. 2002-III, 105/131.

<sup>140</sup> EGMR, *Chappell/Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 30.3.1989, 21, Série A/152-A; vgl. Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003, der eine Klagemöglichkeit gegen Entscheidungen der Kommission zur Vornahme einer Nachprüfung vorsieht.

<sup>141</sup> VILLIGER (Fn. 131), Rz. 587.

<sup>142</sup> VILLIGER (Fn. 131), Rz. 613.

<sup>143</sup> Zur Ausdehnung des Schutzbereichs von Art. 10 EMRK auf Werbung vgl. EGMR, *Casado Coca/ Spanien*, Urteil vom 24.2.1994, A/285-A, Rz. 34 ff., wo es um die Werbung eines Anwalts geht.

mehrerer Publikationen über angebliche Gefahren, die von Mikrowellenherden ausgehen, als unverhältnismässig.<sup>144</sup>

## VI. Schlussfolgerungen

Mit den vorstehenden Ausführungen sollte ein cursorischer Überblick über die Bedeutung der Grundrechte im Wettbewerbsrecht gegeben werden. Wenn dabei die zunehmende Verknüpfung von Grundrechtsschutz und Wettbewerbsrecht als ein erstes Ergebnis festgehalten werden kann, so erscheint dies angesichts des weit entwickelten europäischen Grundrechtsschutzes nicht als überraschend. Überraschen mag vielmehr die weitere Feststellung, dass diese Entwicklung in Lehre und Praxis eher spät und nur zögerlich eingesetzt hat. Denn mit seinen weitreichenden Sanktions-, Untersuchungs- und Verbotsregelungen greift das Wettbewerbsrecht ohne Zweifel stark in Grund- und Verfahrensrechte der betroffenen natürlichen und juristischen Personen ein. Neben den Verfahrensgarantien stehen dabei die wirtschaftlichen und persönlichen Freiheiten im Vordergrund, welche ohne weiteres als sog. «*civil rights and obligations*» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMR qualifiziert werden können.

Sowohl der EuGH und das EuG als auch der EGMR werden in Zukunft zahlreiche weitere Mosaiksteinchen zum sich zunehmend stärker abzeichnenden Bild eines sowohl an der EMRK als auch der Grundrechtecharta ausgerichteten europäischen Wettbewerbsrecht hinzufügen. Dieses Nebeneinander könnte bei Nichtbeachtung der jeweils anderen Rechtsprechung und bei verweigerter gegenseitiger Kooperation durchaus zu divergierenden Urteilen in gleichen oder ähnlichen Sachbereichen und damit zu Rechtsunsicherheit in beiden Rechtssystemen führen. Um dies zu vermeiden, haben die beiden Europäischen Verfassungsgerichte weiterhin einen offenen Diskurs miteinander zu führen – ganz im Sinne eines gegenseitig sich befruchtenden fairen Wettbewerbs.

<sup>144</sup>

EGMR, *Hertel/Schweiz*, Urteil vom 25.8.1998, Rec. 1998-VI, 2298, Rz. 48.

