

FREDERIKE SOPHIE BERGHAUS

Nemo tenetur
im Kartellverfahren

Beiträge zum Kartellrecht

33

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

33



Frederike Sophie Berghaus

Nemo tenetur im Kartellverfahren

Mohr Siebeck

Frederike Sophie Berghaus, geboren 1997; Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School, Hamburg; 2020 Erstes Juristisches Staatsexamen; Wissenschaftliche Mitarbeit am Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht der Bucerius Law School; Rechtsreferendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg; 2025 Promotion.

orcid.org/0009-0004-9559-9200

ISBN 978-3-16-200445-1 / eISBN 978-3-16-200446-8

DOI 10.1628/978-3-16-200446-8

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2026 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Laupp & Göbel, Gomariningen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Die Arbeit wurde im Oktober 2025 an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 1. Dezember 2025 statt. Literatur und Rechtsprechung sind bis Dezember 2025 berücksichtigt.

Mit dem Abschluss der Promotion geht ein langer Weg zu Ende. Auf ihn blicke ich gern zurück; nicht zuletzt wegen der Menschen, die mich begleitet haben.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Erstgutachter Professor Dr. Karsten Gaede. Er hat meine Arbeit mit großer Sorgfalt betreut und mir durch kluge Fragen über so manche Klippe hinweggeholfen. An seinem Lehrstuhl verbrachte ich unvergessliche Jahre. Meinem Zweitgutachter Professor Dr. Thomas Rönnau danke ich für die zügige Begutachtung und für seine konstruktiven und wertvollen Anregungen. Professor Dr. Michael Kling und Professor Dr. Stefan Thomas danke ich für die freundliche Aufnahme in die Schriftenreihe.

Jonas Saathoff und Georg Lansky schulde ich großen Dank für unzählige Gespräche. Einige ihrer kritischen, feinsinnigen Gedanken waren entscheidend für das Vorankommen der Arbeit. Für den Impuls zum Thema der Arbeit möchte ich Dr. Niklas Brüggemann meinen besonderen Dank aussprechen. Bedanken möchte ich mich auch bei Professorin Dr. Olivia Czerny, Jannik Fiebelkorn, Frederike Leugers, Simone Meinen, Dr. Daniel Stelzl und Anna Zietzsch für ihre stete Unterstützung durch die letzten Jahre.

Und zu guter Letzt: Meinen Eltern danke ich von Herzen für ihren Rückhalt und das bedingungslose Vertrauen in mich. Sie haben die mühevollen Aufgabe des Korrekturlesens mit beachtlicher Gründlichkeit auf sich genommen. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Januar 2026

Frederike Sophie Berghaus

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
§ 1: Einleitung	1
<i>A. Problemaufriss</i>	4
<i>B. Gang der Untersuchung</i>	5
§ 2: Reichweite des Nemo-tenetur-Grundsatzes	7
<i>A. Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes</i>	8
I. Deutsches Recht	9
II. Europäische Menschenrechtskonvention	53
III. Charta der Grundrechte der Europäischen Union	64
IV. Ergebnis: Verfahrensautonomie und Instrumentalisierungsverbot	68
<i>B. Architektur des Grundrechtsschutzes im Mehrebenensystem</i>	68
I. Grund- und Menschenrechtsschutz auf EU-Ebene	70
II. Grund- und Menschenrechtsschutz auf nationaler Ebene	78
III. Ergebnis: Grundrechtsschutz auf EU- und nationaler Ebene	100
<i>C. Anwendungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes</i>	100
I. Persönlicher Anwendungsbereich	101
II. Sachlicher Anwendungsbereich	145
<i>D. Schutzgehalt des Nemo-tenetur-Grundsatzes</i>	190
I. Schutzgehalt im deutschen Recht	191
II. Schutzgehalt nach dem EGMR	202
III. Schutzgehalt nach dem EuGH	209
IV. Ergebnis: Schutz als Wissensträger	214

<i>E. Unzulässigkeit staatlicher Einflussnahme</i>	215
I. Ansatz der deutschen Rechtsprechung	216
II. Ansatz des EGMR	237
III. Ergebnis: Einheitliche Bestimmung unzulässigen Zwangs über das Kriterium der Inkonnexität	271
§ 3: Zulässigkeit der aktuellen einfachrechtlichen Regelungen im Kartellverfahrensrecht	273
<i>A. Mitwirkungspflichten</i>	273
I. Mitwirkungspflichten im Bußgeldverfahren	274
II. Mitwirkungspflichten außerhalb des Sanktionenverfahrens	300
<i>B. Beschlagnahmen</i>	307
<i>C. Sanktionsnachlasse für Kooperation</i>	308
I. Kronzeugenregelungen	309
II. Settlement-Verfahren	322
<i>D. Ergebnis: Unvereinbarkeit mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz</i>	328
§ 4: Zusammenfassung in Thesen	329
Literaturverzeichnis	335
Sachregister	361

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
§ 1: Einleitung	1
<i>A. Problemaufriss</i>	4
<i>B. Gang der Untersuchung</i>	5
§ 2: Reichweite des Nemo-tenetur-Grundsatzes	7
<i>A. Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes</i>	8
I. Deutsches Recht	9
1. Methodik zur Ermittlung der Ratio	9
2. Ermittlung der Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes	13
a) Individuumsbezogene Begründungen	14
aa) Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	14
(1) Konkretisierung des Inhalts der Menschenwürdegarantie	15
(a) BVerfG: Finale Instrumentalisierung	16
(b) Literatur: Hinzutreten einer Unrechtsdimension	17
(2) Erfassung des Nemo-tenetur-Grundsatzes	18
(a) Menschenwürdeverletzung mangels Rücksicht auf	
psychische Regungen	18
(aa) Zweifel an den psychologischen Grundannahmen	19
(bb) Normative Schutzwürdigkeit	
individualpsychologischer Umstände	21
(b) Menschenwürdeverletzung durch Demütigung	26
(aa) Voraussetzungen einer demütigenden	
Würdeverletzung	26
(bb) Demütigung durch Mitwirkungspflicht im	
Sanktionenverfahren	28
(cc) Präzisierung des Moments der Demütigung	29

(3) Zwischenergebnis	31
bb) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m.	
Art. 1 Abs. 1 GG	31
(1) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	32
(a) Grundlegung zum sachlichen Schutzbereich	33
(b) Keine Erfassung des Nemo-tenetur-Grundsatzes	33
(2) Recht auf Schutz der privaten Sphäre	35
(a) Grundlegung zum sachlichen Schutzbereich	35
(b) Keine Erfassung des Nemo-tenetur-Grundsatzes	36
(3) Zwischenergebnis	39
b) Verfahrensbezogene Begründungen	39
aa) Rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG	40
bb) Unschuldsvermutung, Art. 20 Abs. 3 GG	41
cc) Recht auf Verfahrensfairness, Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m.	
Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK	43
(1) Waffengleichheit	44
(2) Teilhabe am Verfahren	45
(a) Recht auf Verfahrensteilhabe	45
(b) Nemo-tenetur-Grundsatz als Teilbedingung der Verfahrensteilhabe	48
(c) Nemo-tenetur-Grundsatz als Widerstands- oder als Mitgestaltungsrecht?	49
(d) Konkretisierung: Teilhabeverletzung durch Zugriff auf unkörperliches Wissen des Betroffenen	50
c) Ergebnis	52
II. Europäische Menschenrechtskonvention	53
1. Grundlegungen zu Art. 6 EMRK	53
a) Wesentliche Inhalte des Rechts auf ein faires Strafverfahren	54
b) Prüfungsmaßstab einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren	54
2. Methodik zur Ermittlung der Ratio	56
3. Ermittlung der Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes	57
a) Autonomieschutz	58
b) Aufgabenverteilung im Sanktionenverfahren	59
c) Verhinderung von Fehlurteilen	61
4. Ergebnis	64
III. Charta der Grundrechte der Europäischen Union	64
1. Der Nemo-tenetur-Grundsatz in der Rechtsprechung des EuGH	65
2. Ratio dieses Nemo-tenetur-Grundsatzes	66
IV. Ergebnis: Verfahrensautonomie und Instrumentalisierungsverbot	68

<i>B. Architektur des Grundrechtsschutzes im Mehrebenensystem</i>	68
I. Grund- und Menschenrechtsschutz auf EU-Ebene	70
1. Grundrechtecharta als primäre Quelle	70
2. Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention	71
3. Zwischenergebnis: Grundrechtsschutz auf EU-Ebene	78
II. Grund- und Menschenrechtsschutz auf nationaler Ebene	78
1. Anwendungsvorrang der Europäischen Grundrechtecharta	78
a) Anwendungsbereich der Grundrechtecharta gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GRCh	79
b) Anwendbarkeit der Grundrechtecharta auf das deutsche Kartellsanktionenverfahren	82
aa) Mitgliedstaatliche Spielräume bei Umsetzung der ECN+-Richtlinie	84
(1) Wortlaut der Art. 6–9 ECN+-Richtlinie	84
(2) Genese der ECN+-Richtlinie	85
(3) Telos der Harmonisierung der Ermittlungsbefugnisse	87
(4) Zwischenergebnis	88
bb) Hinreichende Vorgaben im Unionsrecht	88
(1) Anwendbarkeit der Grundrechtecharta nur wegen „agency situation“	88
(2) Hinreichend gehaltvolle und spezifische Vorgaben für das Kartellverfahrensrecht	90
(3) Zwischenergebnis	90
cc) Kein Vorrang des Unionsrechts vor einem weiterreichenden nationalen Grundrechtsschutz im Kartellsanktionenverfahren	91
c) Zwischenergebnis	93
2. Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention	93
a) Einfluss auf das deutsche Recht	93
b) Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR	94
aa) Wirkung einer konkreten Verurteilung eines Vertragsstaats	94
bb) Wirkung eines Urteils zu einem anderen Streitgegenstand oder gegenüber einem anderen Vertragsstaat	96
c) Grenzen der Einflussnahme auf das deutsche Recht	97
aa) Keine Schutzminderung durch EMRK	97
bb) Keine Anwendung der EMRK contra legem	98
d) Zwischenergebnis	99
3. Zwischenergebnis: Grundrechtsschutz auf nationaler Ebene	99
III. Ergebnis: Grundrechtsschutz auf EU- und nationaler Ebene	100

C. Anwendungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes	100
I. Persönlicher Anwendungsbereich	101
1. Maßstab für die Erstreckung der Gewährleistung auf juristische Personen	101
a) Maßstab nach dem deutschen Grundgesetz	101
aa) Erfasste Grundrechtsträger	102
bb) Anwendbare Grundrechtsinhalte	105
(1) Schutzzweck als Maßstab für anwendbare Grundrechtsgewährleistungen	106
(2) Keine Anwendbarkeit auf juristische Personen allein wegen Eigenschaft als Justizgrundrecht	107
b) Maßstab nach der EMRK	109
aa) Möglichkeit korporativen Menschenrechtsschutzes	110
bb) Schutzzweck als Maßstab	114
cc) Zwischenergebnis	116
c) Maßstab nach der Grundrechtecharta	116
d) Zwischenergebnis	118
2. Subsumtion des Nemo-tenetur-Grundsatzes unter diesen Maßstab	119
a) Möglichkeit der Ausübung für juristische Personen	119
b) Erstreckung auf juristische Personen wegen Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes	119
aa) Erster Schutzzweck: Verhinderung demütigender Instrumentalisierung	120
bb) Zweiter Schutzzweck: Sicherung der Teilhabe am Verfahren	122
(1) Teilhabeanspruch kein unmittelbares Derivat der Menschenwürde	122
(2) Teilhabeanspruch der juristischen Person	124
(a) Verteidigungsinteresse gegen Nachteilszufügung	124
(b) Legitimation gezielter staatlicher Nachteilszufügungen	128
(c) Konsequenz: Teilhabeanspruch der juristischen Person	128
c) Zwischenergebnis	130
3. Wahrnehmung des Nemo-tenetur-Grundsatzes durch Unternehmen	131
a) Kreis der für ein Unternehmen schweigeberechtigten natürlichen Personen	131
aa) Schweigeberechtigung nur der organschaftlichen Vertreter	132
bb) Schweigeberechtigung der tatsächlichen Leitungsebene	136
cc) Schweigeberechtigung der Leitungsebene und weisungsgebundener Mitarbeiter	137
b) Eingrenzung der vom Nemo-tenetur-Schutz erfassten Informationen	140

c) Schweigepflicht der Unternehmensmitarbeiter?	141
d) Zwischenergebnis	144
4. Ergebnis: Anwendbarkeit auf Unternehmen	144
II. Sachlicher Anwendungsbereich	145
1. Kartellrecht als „Strafrecht“?	145
a) Grenzen des Anwendungsbereichs des Nemo-tenetur-Grundsatzes	145
aa) Handhabung auf nationaler Ebene	145
(1) Grenzziehung des BVerfG	146
(2) Grenzziehung nach der Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes	147
(a) Erster Schutzzweck: Verhinderung demütigender Instrumentalisierung	147
(aa) Keine Erfassung des Kartellverwaltungsverfahrens	147
(bb) Keine Erfassung des Kartellbußgeldverfahrens	149
(b) Zweiter Schutzzweck: Sicherung der Teilhabe am Verfahren	151
(aa) Keine Erfassung des Kartellverwaltungsverfahrens	152
(bb) Erfassung des Kartellbußgeldverfahrens	153
bb) Handhabung auf europäischer Ebene	154
(1) Grenzziehung des EGMR	154
(2) Subsumtion des deutschen und des EU-Kartellverfahrens	158
cc) Zwischenergebnis	163
b) Außerstrafrechtliche Mitwirkungspflichten	164
aa) Vorgaben der Rechtsprechung	165
(1) Haltung des BVerfG	165
(2) Haltung des EGMR	166
(3) Zwischenergebnis	167
bb) Stellungnahme: Mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz kompatible Gestaltungsmöglichkeiten	167
(1) Sperre verwaltungsrechtlicher Ermittlungsbefugnisse überschießend	168
(2) Bloßes Beweisverwertungsverbot unzureichend	171
(3) Beweisverwendungsverbot erforderlich, aber hinreichend	174
2. Zeitliches Eingreifen des Nemo-tenetur-Schutzes	175
a) Handhabung der Rechtsprechung	176
aa) Handhabung auf deutscher Ebene	176
bb) Handhabung auf europäischer Ebene	178

cc) Zwischenergebnis	180
b) Grenzziehung nach der Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes . . .	181
aa) Erweiterte Eingriffsbefugnisse im Ermittlungsverfahren losgelöst vom Nemo-tenetur-Grundsatz	181
bb) Einsetzen ab verdachtsbasierter tatsächlicher Verfolgung des Betroffenen	183
(1) Verdachtsgeleitetes Tätigwerden der Behörde erforderlich	184
(2) Jedes tatsächliche Ermitteln gegen den Betroffenen ausreichend	185
cc) Keine Kenntnis des Betroffenen für Entstehung des Rechts erforderlich	187
dd) Zwischenergebnis	188
c) Bedeutung für das nationale und das EU-Kartellverfahren	188
3. Ergebnis: Anwendbarkeit grundsätzlich nur im Kartellbußgeldverfahren	190
<i>D. Schutzgehalt des Nemo-tenetur-Grundsatzes</i>	190
I. Schutzgehalt im deutschen Recht	191
1. Vorgehen der nationalen Rechtsprechung	191
a) Sanktionenverfahren: Schutz vor Zwang zu aktiver Mitwirkung am Verfahren	191
b) Außerstrafrechtliche Verfahren: Schutz vor Verwertung verbaler Beweismittel	194
c) Zwischenergebnis	196
2. Schutzgehalt nach der Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes	197
a) Abgrenzung über Herrschaftssphäre des Betroffenen	197
b) Einschränkungen bei in Dokumenten o. ä. verkörpertem Wissen	198
c) Umgang mit vorgelagerten Aufzeichnungspflichten	199
II. Schutzgehalt nach dem EGMR	202
1. Schutzabgrenzung bei Dokumenten	203
2. Herrschaft über Beweismittel als Differenzierungskriterium	205
3. Umgang mit vorgelagerten Aufzeichnungspflichten	207
4. Zwischenergebnis	209
III. Schutzgehalt nach dem EuGH	209
1. Vorgehen der EU-Rechtsprechung	210
a) Geständnisfreiheit für Unternehmen	210
b) Mitwirkungsfreiheit für natürliche Personen	212
2. Schutzgehalt in Anlehnung an EGMR-Judikatur	213
IV. Ergebnis: Schutz als Wissensträger	214

<i>E. Unzulässigkeit staatlicher Einflussnahme</i>	215
I. Ansatz der deutschen Rechtsprechung	216
1. Zwangsbegriff	217
a) Konkrete Vorgaben zum Zwang beim Nemo-tenetur-Grundsatz	217
b) Zwang durch Belohnungen?	218
aa) Anreize allein zulässige Belohnung?	219
(1) Existenz einer Normalstrafe zweifelhaft	221
(2) Fehlerhafte Perspektive	222
bb) Zwang durch Sanktionsschere	223
2. Unzulässigkeit des Zwangs	226
a) Unzulässigkeit des Zwangs in der deutschen Rechtsprechung zum Nemo-tenetur-Grundsatz	227
b) Konkretisierung unzulässigen Zwangs	229
aa) Verwerflichkeit wegen Inkonnexität von Mittel und Zweck	229
bb) Bedeutung für Kooperationsboni	231
c) Erheblichkeitsschwelle?	234
3. Zwischenergebnis	236
II. Ansatz des EGMR	237
1. Zwangsbegriff	238
2. Unzulässigkeit des Zwangs	239
a) Einschränkung des Nemo-tenetur-Grundsatzes	240
aa) Abwägung mit öffentlichen Interessen	240
(1) Vorgaben zur Abwägung	241
(2) Eingrenzung eines unantastbaren Kernbereichs	242
(a) Art und Schwere der Einflussnahme	243
(aa) Grundlegende Maßstäbe	243
(bb) Konkrete Kriterien im Hinblick auf Sanktionsrabatte	244
(b) Andere schützende Verfahrensgarantien	247
(c) Verwendung des Beweismittels	248
(3) Kritik an der Abwägbarkeit des Nemo-tenetur-Grundsatzes	249
(a) Strafverfolgungsinteressen als taugliches Gegeninteresse	249
(b) Besonderheiten im Kartellverfahren als Abwägungsgrund	251
(c) Kernbereichseingrenzung als Heilmittel?	255
(aa) Keine Erheblichkeitsschwelle für die Zwangsimpensität	256

(bb) Kein kompensierender Schutz durch andere Verfahrensgarantien	256
(cc) Keine Schutzbeschränkung auf bedeutsame Beweismittel	257
(d) Zwischenergebnis	261
bb) Schutzbeschränkung im Peripheriestrafrecht	262
(1) Kartellsanktionenverfahren als peripheres Strafrecht	263
(2) Grundlegende Kritik an der Schutzabstufung	265
(3) Jedenfalls keine Abstufung des Nemo-tenetur-Schutzes	267
III. Ergebnis: Einheitliche Bestimmung unzulässigen Zwangs über das Kriterium der Inkonnexität	271
 § 3: Zulässigkeit der aktuellen einfachrechtlichen Regelungen im Kartellverfahrensrecht	273
A. Mitwirkungspflichten	273
I. Mitwirkungspflichten im Bußgeldverfahren	274
1. Auskunfts- und Vorlagepflichten	274
a) Auskunfts- und Vorlagepflichten im deutschen Recht	274
aa) Unternehmensgerichtete Auskunftsentscheidungen	275
(1) Voraussetzungen der Auskunftsentscheidungen	276
(2) Weigerungsrechte	277
bb) An natürliche Personen gerichtete Auskunftsentcheidungen	279
cc) Vereinbarkeit mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz	280
(1) Unternehmensgerichtete Auskunftsentcheidungen	280
(a) Unzureichender Schutzgehalt	281
(b) Für das Unternehmen schweigeberechtigter Personenkreis	281
(c) Nichtverfolgungszusage für auskunftsverpflichtete Personen	282
(aa) Persönliche Reichweite	282
(bb) Wirkung der Nichtverfolgungszusage	283
(2) An natürliche Personen gerichtete Auskunftsentcheidungen	286
b) Auskunfts- und Vorlagepflichten im Unionsrecht	288
aa) Voraussetzungen einer Auskunftsentcheidung	288
bb) Weigerungsrechte	290
cc) Vereinbarkeit mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz	291
2. Mitwirkungspflichten bei Durchsuchungen und Nachprüfungen	292
a) Mitwirkungspflichten bei Durchsuchungen im deutschen Recht	293

aa) Erläuterungspflicht nach §§ 82b Abs. 1 S. 1, 59b Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB	293
bb) Vereinbarkeit mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz	294
(1) Nemo-tenetur-Schutz des Unternehmens	294
(2) Nemo-tenetur-Schutz der natürlichen Personen	296
b) Mitwirkungspflichten bei Nachprüfungen im Unionsrecht	296
aa) Mitwirkungs- und Erläuterungspflicht nach Art. 20 Abs. 2 lit. b und lit. e VO (EG) Nr. 1/2003	297
bb) Vereinbarkeit mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz	299
II. Mitwirkungspflichten außerhalb des Sanktionenverfahrens	300
1. Übergang vom deutschen Verwaltungs- ins deutsche Bußgeldverfahren	300
a) Erstreckung auf Unternehmen	301
b) § 33g Abs. 9 GWB als Beweisverwertungsverbot unzureichend	302
c) Auslegung des § 59 Abs. 3 S. 4 GWB als Beweisverwendungsverbot	302
d) Nichtverfolgungszusage in § 59 Abs. 4 S. 2 GWB bei an natürliche Personen gerichteten Auskunftsentscheidungen	303
2. Verwendung von Beweismitteln aus deutschem Verwaltungs- verfahren zur Verhängung eines unionsrechtlichen Bußgelds	303
<i>B. Beschlagnahmen</i>	307
<i>C. Sanktionsnachlasse für Kooperation</i>	308
I. Kronzeugenregelungen	309
1. Kronzeugenregelung im deutschen Recht	309
2. Leniency-Regelung im Unionsrecht	313
3. Vereinbarkeit mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz	318
II. Settlement-Verfahren	322
1. Settlement-Verfahren im deutschen Recht	322
2. Settlement-Verfahren im Unionsrecht	324
3. Vereinbarkeit mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz	326
<i>D. Ergebnis: Unvereinbarkeit mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz</i>	328
§ 4: Zusammenfassung in Thesen	329
Literaturverzeichnis	335
Sachregister	361

Abkürzungsverzeichnis

a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
abl.	ablehnend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BbgVerfG	Verfassungsgericht des Landes Brandenburg
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BKartA	Bundeskartellamt
BT-Drs.	Drucksache des deutschen Bundestags
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
ECN	European Competition Network
EG	Erwägungsgrund; Europäische Gemeinschaft
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FK	Frankfurter Kommentar
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt; Goldtdammer's Archiv für Strafrecht
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (Zeitschrift)
IntKomm	Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KK	Karlsruher Kommentar
krit.	kritisch
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MüKo	Münchener Kommentar
n. F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NK	Nomos-Kommentar

NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmens- strafrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RED	La Revue Européenne du Droit (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
SK	Systematischer Kommentar
schwStPO	Schweizerische Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
SV	Sondervotum
VO	Verordnung
VRS	Verkehrsrecht-Sammlung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts- lehrer
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

Einleitung

Der Unionsgesetzgeber war mit der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten lange Zeit nicht zufrieden. Als eine Ursache hat er fehlende Ermittlungsbefugnisse ausgemacht: „Nach nationalem Recht verfügen viele nationale Wettbewerbsbehörden beispielsweise nicht über wirksame Instrumente, um Beweismittel für Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 101 und 102 AEUV zu erheben.“¹ Leidtragende solcher Defizite seien die ansässigen Verbraucher und Unternehmen. Zutrittsschwellen zum inländischen Markt seien ohne strikte Wettbewerbskontrolle hoch – für Unternehmen werde es unattraktiv, sich in solchen Mitgliedstaaten niederzulassen.² Zudem verzerre eine uneinheitliche Rechtsdurchsetzung im europäischen Binnenmarkt den fairen Wettbewerb.³ Der Unionsgesetzgeber pocht daher auf einen „wirklich gemeinsamen Raum der Wettbewerbsrechtsdurchsetzung in der Union“.⁴

Eine strikte Durchsetzung des Wettbewerbsrechts verlangt den nationalen Kartellbehörden einiges ab. Sie müssen im Rahmen ihrer Ermittlungen immense Datenmengen auswerten – und dieser Aufwand steigt angesichts der fortschreitenden Digitalisierung und Vernetzung weiter an.⁵ Die Kartellbehörden sind hinsichtlich der besonders schädlichen Horizontalvereinbarungen,⁶ also wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zwischen tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern,⁷ zudem in einer nachteiligen Position: Parallelverhalten ist zwi-

¹ EG 5 der Richtlinie (EU) 2019/1; ähnlich auch die EU-Kommission in ihrer Mitteilung KOM(2014) 453 endg., Rn. 32, 46.

² EG 6 der Richtlinie (EU) 2019/1.

³ EG 6 der Richtlinie (EU) 2019/1.

⁴ EG 8 der Richtlinie (EU) 2019/1.

⁵ S. etwa Österreichische Wettbewerbsbehörde, Thesenpapier Digitalisierung und Wettbewerbsrecht, S. 7.

⁶ *Kallfaß*, ZWeR 19 (2021), 336, 359 weist zu Recht darauf hin, dass die Kartellbehörde zur Aufklärung preisbezogener Missbrauchsfälle ebenfalls auf interne Daten zu Kosten des Betroffenen angewiesen sein kann.

⁷ Dazu näher etwa *Bosch*, in: Bechtold/Bosch § 1 GWB Rn. 49; *Wagner-von Papp*, in: MüKo-WettbR Art. 101 AEUV Rn. 296. Den Gegenbegriff bilden Vertikalvereinbarungen, also Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Produktions- oder Vertriebsstufen, etwa Absprachen zum Mindestverkaufspreis, dazu näher *Wolf*, in: MüKo-WettbR Art. 101 AEUV

schen Wettbewerbern grundsätzlich erlaubt. Die Unternehmen haben das Recht, „sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen“⁸. Verboten ist Parallelverhalten nur, wenn es abgesprochen oder abgestimmt ist. Zwar ist gleichförmiges Verhalten für solche Wettbewerbsbeschränkungen ein wichtiges Indiz.⁹ Der Staat muss den Beteiligten aber dennoch – von außen – eine regelmäßig im Verborgenen getroffene kartellinterne Abstimmung nachweisen. Zur effektiven Kartellverfolgung sind Ermittlungsbefugnisse, die Zugang zu den Interna der Beteiligten bieten, für die Kartellbehörden daher besonders wertvoll.

Solche Ermittlungsbefugnisse sieht die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 im EU-Kartellverfahren vor: Die EU-Kommission kann etwa auf weitreichende Auskunftsverlangen und Nachprüfungen zurückgreifen. Setzen mitgliedstaatliche Kartellbehörden unionales Wettbewerbsrecht durch, gehen sie aber nach ihrem jeweiligen nationalen Verfahrensrecht vor. Mit der Richtlinie (EU) 2019/1, der ECN+-Richtlinie, wollte der Unionsgesetzgeber etwaige Defizite im mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht beheben – es sollten „Hindernisse in nationalen Rechtsvorschriften beseitigt werden, die zu einer uneinheitlichen Durchsetzung und damit zu Verfälschungen des Wettbewerbs im Binnenmarkt führen.“¹⁰ Der deutsche Gesetzgeber hat diese Vorgaben mit der 10. GWB-Novelle¹¹ umgesetzt.

Eine zentrale Neuerung in den Ermittlungsbefugnissen ist die Reichweite der Auskunftsverlangen. Bis zur Novelle mussten Unternehmen nach deutschem Kartellverfahrensrecht nur Informationen preisgeben, die der Bestimmung der Höhe der Geldbuße dienen – nicht aber solche, die die Feststellung eines Versto-

Rn. 485. Neben diese beiden Verbote wettbewerbsbeschränkender Absprachen in § 1 GWB im deutschen Recht bzw. Art. 101 AEUV im Unionsrecht tritt das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV. Diese drei Verbote sollen im Folgenden mit dem Kartellsanktionenrecht gemeint sein – auch wenn sich dieser Begriff weiter verstehen ließe, bezöge man etwa Bußgelder im Rahmen der Fusionskontrolle oder bestimmte Straftatbestände des StGB mit ein.

⁸ Grundlegend EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1975, Rs. 40 u. a. – Suiker Unie, Rn. 174, Urteil vom 28. Mai 1998, C-7/95 P – John Deere, Rn. 87.

⁹ *Mestmäcker/Schweitzer* § 10 Rn. 47; näher zur Indizwirkung *Paschke*, in: MüKo-WettbR § 1 GWB Rn. 151 ff.

¹⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, KOM(2017) 142 endg., S. 8.

¹¹ Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 18. Januar 2021.

bes ermöglichten.¹² Art. 8 ECN+-Richtlinie verlangt im mitgliedstaatlichen Kartellverfahren nun eine inhaltlich unbeschränkte Auskunftspflicht. Dieser Aufforderung ist der deutsche Gesetzgeber nachgekommen; die inhaltliche Beschränkung hat er aufgehoben. Eine einzige Einschränkung hat der Gesetzgeber in §§ 82b Abs. 1, 59 Abs. 3 S. 2 GWB – wie von der ECN+-Richtlinie gefordert – vorgesehen: Das Unternehmen muss seine Zuwiderhandlung nicht eingestehen.

Der deutsche Gesetzgeber hat damit die *Orkem*-Rechtsprechungslinie des EuGH in das deutsche Recht implementiert. In dieser Grundsatz-Entscheidung aus dem Jahr 1989 lehnte der EuGH umfassende Nemo-tenetur-Rechte für Unternehmen im Kartellverfahren ab und gestand ihnen allein eine Geständnisfreiheit zu.¹³ Der EuGH stützte diese restriktive Handhabung auf die Annahme, die Fairnessgarantie in Art. 6 EMRK sei zwar auf diese Konstellation anwendbar, gewähre aber keine Nemo-tenetur-Rechte.¹⁴ Diese Einschätzung teilte der EGMR nicht und etablierte kurze Zeit später in seiner grundlegenden *Funke*-Entscheidung erstmals den Nemo-tenetur-Grundsatz in der EMRK.¹⁵ In der folgenden *Murray*-Entscheidung ging er sogar noch weiter: Nicht nur umfasse Art. 6 Abs. 1 EMRK den Nemo-tenetur-Grundsatz – der Grundsatz gehöre zum Kern der Fairnessgarantie.¹⁶ Diese Klarstellung veranlasste den EuGH allerdings nicht zu einer Änderung seiner Linie.¹⁷ Mittlerweile hat sie sich als geltender Standard durchgesetzt: Die *Orkem*-Geständnisfreiheit bildet nach EG 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 die Grenze der Ermittlungsbefugnisse der EU-Kommission und findet über die Vorgaben des Art. 8 der ECN+-Richtlinie – wie im deutschen Recht – nun Eingang in die mitgliedstaatlichen Verfahrensordnungen. Aus Sicht des BVerfG dürfte diese Geständnisfreiheit allemal ausreichen, denn das Gericht lehnt einen Nemo-tenetur-Schutz für Unternehmen selbst vollständig ab.¹⁸ Die Kritik der Literatur an der restriktiven *Orkem*-Rechtsprechung ist über die letzten Jahrzehnte hinweg deutlich abgeebbt; ein großer Teil der Literatur scheint sich mit ihr schlicht abgefunden zu haben.¹⁹

¹² S. zur früheren Rechtslage Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle vom 22. Juni 2012, S. 19.

¹³ EuGH, Urteil vom 18. Oktober 1989, 374/87 – *Orkem*, Rn. 34.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 18. Oktober 1989, 374/87 – *Orkem*, Rn. 30.

¹⁵ EGMR, Urteil vom 25. Februar 1993, 10828/84 – *Funke/Frankreich*, Rn. 44.

¹⁶ EGMR, Urteil vom 8. Februar 1996, 18731/91 – *Murray/Vereinigtes Königreich*, Rn. 45.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 15. Februar 2002, C-238/99 – *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Rn. 274 ff.

¹⁸ BVerfGE 95, 220, 241 f.

¹⁹ S. beispielhaft *Bosch*, in: Bechtold/Bosch § 82b GWB Rn. 4; *Chmeis*, NZKart 2016, 564, 566; *Heinichen*, in: BeckOK-KartellR § 82b GWB Rn. 23; *Kallfaß*, ZWeR 19 (2021), 336, 348; *Klump*, NZKart 2020, 9, 13; *Kredel/Kresken*, NZKart 2020, 2, 7; *Dallmann/Valadkhani*, NZKart 2021, 391, 394; *Vollmer*, in: MüKo-WettbR § 82b GWB Rn. 34; ohne kritische Auseinandersetzung auch BT-Drs. 19/23492, S. 115.

A. Problemaufriss

Die Aufforderung zur Verschärfung der mitgliedstaatlichen Eingriffsbefugnisse durch die ECN+-Richtlinie bietet Anlass, das auf Unionsebene mittlerweile gefestigte Gefüge²⁰ aus Ermittlungsmaßnahmen und Geständnisfreiheit noch einmal grundlegend auf den Prüfstand zu stellen, anstatt es unbesehen in das nationale Recht zu übernehmen. Rückenwind für Widerspruch bietet die fortgesetzte Rechtsprechung des EGMR: Der Straßburger Gerichtshof hat ein verfahrensbezogenes Verständnis des Nemo-tenetur-Grundsatzes geprägt. Er sieht ihn anders als das BVerfG nicht als Deklination der Menschenwürde, sondern als Legitimationsbedingung einer Strafe. Dieser Ausgangspunkt stellt die Weichen für die Reichweite des Nemo-tenetur-Grundsatzes im Verfahrensrecht. Mit der Prämisse lässt sich etwa seine Erstreckung auf Unternehmen nicht von vornherein verneinen. Eine bloße Geständnisfreiheit verfehlt dieses Ziel ebenfalls. Der EGMR versteht den Grundsatz als Schutz vor Aussage- und Mitwirkungszwang²¹ und damit deutlich weitreichender als der EuGH.

Allerdings gewährleistet der Straßburger Gerichtshof diesen Schutzzumfang nicht in jeder Situation. Er erlaubt in einigen Fällen eine Abwägung des Nemo-tenetur-Grundsatzes mit gegenläufigen Strafverfolgungsinteressen. Neben dieser prinzipiellen Abwägbarkeit des Grundsatzes sind weitere allgemeine Restriktionstendenzen des EGMR zu betrachten: In Rechtsgebieten außerhalb des Kernstrafrechts ließ der Gerichtshof in letzter Zeit bei einzelnen Verfahrensrechten – bislang aber noch nicht beim Nemo-tenetur-Grundsatz – besondere Schutzabstriche zu.²² Speziell für das Kartellrecht wies der EGMR zur Legitimation dieser Schutzbeschränkungen auf das besondere öffentliche Interesse an der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen und die Komplexität der Ermittlungen hin. Zudem seien in Kartellverfahren überwiegend Unternehmen betroffen, denen allein finanzielle Sanktion drohten.²³ Im Kartellverfahren spitzt der EGMR mit diesen neueren Rechtsprechungsentwicklungen eine Grundfrage des Verfahrensrechts zu: Müssen einzelne Verfahrensrechte zu Gunsten der effektiven Rechtsdurchsetzung in bestimmten Situationen zurücktreten? Dieser Frage geht die folgende Abhandlung für den Nemo-tenetur-Grundsatz nach.

²⁰ Sogar als der EuGH für natürliche Personen – nunmehr eng angelehnt an die EGMR-Judikatur – eine Selbstbelastungsfreiheit anerkannte, hielt er ausdrücklich an seiner *Orkem*-Linie für Unternehmen fest, s. EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021, C-481/19 – Consob, Rn. 46.

²¹ EGMR, Urteil vom 8. Februar 1996, 18731/91 – Murray/Vereinigtes Königreich, Rn. 45; Urteil vom 17. Dezember 1996, 19187/91 – Saunders/Vereinigtes Königreich, Rn. 68.

²² EGMR, Urteil vom 23. November 2006, 73053/01 – Jussila/Finnland, Rn. 43.

²³ EGMR, Urteil vom 14. Februar 2019, 5556/10 – SA-Capital Oy/Finnland, Rn. 78.

B. Gang der Untersuchung

Der erste Teil der Untersuchung befasst sich mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz (§ 2). Ziel dieses Teils ist ein schlüssiges Konzept des Grundsatzes, das in der mittlerweile schwer überschaubaren Diskussion um die Reichweite und den Schutzgehalt des Nemo-tenetur-Grundsatzes aus sich heraus konkrete Anforderungen an die Verfahrensgestaltung vorgibt.

Der erste Unterabschnitt erörtert die Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes. Er bestimmt jeweils getrennt für das deutsche Grundgesetz, die Grundrechtecharta der EU und die EMRK die dem Nemo-tenetur-Grundsatz zugrundeliegenden Schutzerwägungen. Die Arbeit beginnt im deutschen Verfassungsrecht und erörtert nach einer Einführung in das methodische Vorgehen individuumsbezogene und verfahrensbezogene Erklärungen. Parallel geht sie im Anschluss auf Ebene der EMRK und der Grundrechtecharta vor, die allerdings nur verfahrensbezogene Erwägungen anbieten. Mit der Bestimmung der Ratio legt der erste Unterabschnitt das Fundament für Schlüsse zur Reichweite des Grundsatzes. Vor dem Hintergrund der verschiedenen Anwendungsbereiche der drei Rechtsquellen erfordern konkrete Folgerungen zur Reichweite des Nemo-tenetur-Grundsatzes im Kartellverfahren zusätzlich ein klares Verständnis vom Verhältnis der drei Grundrechtsquellen zueinander. Der zweite Unterabschnitt beleuchtet sowohl für das nationale als auch für das unionale Kartellverfahren, wie die drei Grundrechtsquellen sich zueinander verhalten.

Auf diesem Fundament aufbauend folgt im dritten Unterabschnitt eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs des Nemo-tenetur-Grundsatzes. Im persönlichen Schutzbereich liegt der Schwerpunkt der Arbeit auf der Frage, ob auch – die im Kartellverfahren regelmäßig betroffenen – Unternehmen vom Schutz des Nemo-tenetur-Grundsatzes erfasst sind. Das ist für den Nemo-tenetur-Grundsatz anhand des zunächst abstrakt für alle drei Rechtsquellen erarbeiteten Maßstabs zu entscheiden. Im Anschluss blickt die Arbeit auf die praktische Umsetzbarkeit einer Berechtigung für Unternehmen. Zu klären ist, wer für ein Unternehmen Nemo-tenetur-Rechte geltend machen kann. Im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs geht es zunächst um die Frage, ob sich der Schutz auf das deutsche und das unionale Kartellverfahren erstreckt. Die Zweiteilung des deutschen Kartellverfahrens in Verwaltungs- und Bußgeldverfahren wirft Fragen zum Umgang mit außerstrafrechtlichen Mitwirkungspflichten auf. Im Anschluss erörtert die Arbeit das zeitliche Einsetzen des Schutzes. Im vierten Unterabschnitt wird das geschützte Verhalten umrissen. Die Arbeit erörtert die Abgrenzungen in der Rechtsprechung und kommt anschließend ausgehend von der Ratio des Grundsatzes zu einer eigenen Abgrenzung. Besonderes Augenmerk liegt auf der im Kartellverfahren zentralen Frage nach dem Schutz von Dokumenten und Dateien.

Der fünfte Unterabschnitt beleuchtet Eingriffe in diesen Schutzbereich und untersucht dazu die Grenzen unzulässigen Zwangs. Er geht zunächst Ansätzen in der deutschen Rechtsprechung nach, den Zwangsbegriff aus sich heraus zu begrenzen, und führt dort angedeutete Überlegungen fort. In diesem Zusammenhang stellt sich im Kartellverfahren, in dem Kronzeugenregelungen und Settlements allgegenwärtig sind, vor allem die Frage, ob auch Belohnungen für Mitwirkungshandlungen unzulässigerweise in den Schutzbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes eingreifen. Im Anschluss zeichnet der Unterabschnitt das konträre Konzept des EGMR nach, der den Zwangsbegriff aus sich heraus nur wenig beschränkt, aber außerhalb des Nemo-tenetur-Kernbereichs eine Abwägung des Grundsatzes mit gegenläufigen Interessen erlaubt. Es folgt eine kritische Auseinandersetzung mit diesem Vorgehen des Straßburger Gerichtshofs, bevor der Unterabschnitt mit einer Entscheidung für mit dem Schutzzweck des Nemo-tenetur-Grundsatzes kompatible Vorgaben zum Begriff unzulässigen Zwangs schließt.

Der zweite Teil der Untersuchung (§ 3) unterzieht das nationale und das unio-nale Kartellverfahrensrecht mit dem zuvor erarbeiteten Nemo-tenetur-Grundsatz als Maßstab einer kritischen Prüfung. Er erläutert die einzelnen Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörden, die ein Mitwirken des Betroffenen erfordern, und überprüft sie sodann auf ihre Vereinbarkeit mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz. Erst wendet er sich den Auskunftsverlangen zu, untersucht sodann die Durchsuchungen bzw. Nachprüfungen, überprüft kurz die Beschlagnahmen und beschäftigt sich schließlich mit den Kronzeugen- und Settlement-Regelungen.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Untersuchung in Thesen (§ 4).

Reichweite des Nemo-tenetur-Grundsatzes

Der folgende Teil steckt den Anwendungsbereich und den Schutzgehalt des Nemo-tenetur-Grundsatzes ab. Zu diesen Fragen haben sich neben dem BVerfG auch der EGMR und der EuGH positioniert. Die Gerichte legen den Grundsatz – jeweils gestützt auf Grundgesetz, EMRK oder Grundrechtecharta – unterschiedlich aus. Zu diesen unterschiedlichen Schutzniveaus gelangen die Gerichte, weil sie verschiedene Ausgangspunkte wählen: Ihre Ansätze unterscheiden sich schon in der Ratio, die sie dem Nemo-tenetur-Grundsatz zuschreiben. In einem ersten grundlegenden Schritt beleuchtet die Arbeit denkbare Schutzerwägungen des Nemo-tenetur-Grundsatzes. Über die Reichweite des Nemo-tenetur-Schutzes lässt sich kohärent nur entscheiden, wenn der Zweck des Grundsatzes klar herausgestellt ist.¹ Der Schutzzweck bildet für den anschließenden Teil daher die Richtschnur.

Differenzen zwischen den Rechtsquellen erfordern – im Hinblick auf die Ratio, aber auch auf Vorgaben zum Anwendungsbereich der einzelnen Vorschriften – eine klare Maßgabe zum Umgang mit Spannungen zwischen Rechtsquellen und Rechtsprechungsorganen. In einem zweiten Schritt klärt die Arbeit daher das Verhältnis der Rechtsquellen und Gerichte zueinander. Sowohl für das nationale als auch für das unionale Kartellverfahren ist zu entscheiden, welche Rechtsquelle bei Differenzen letztendlich über den Nemo-tenetur-Schutz entscheidet. Im Anschluss lässt sich dann konkret für das nationale und das unionale Kartellverfahren – gestützt auf die Schutzerwägungen und den Befund zum Verhältnis der Rechtsquellen – über die Grenzen des persönlichen und des sachlichen Schutzbereichs sowie über den Schutzgehalt und – in Zusammenschau mit möglichen gegenläufigen Interessen – über mögliche Einschränkungen des Nemo-tenetur-Grundsatzes entscheiden.

¹ So auch *F. Meyer*, NZWiSt 2022, 99, 106.

A. Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes

Über die Herleitung des Nemo-tenetur-Grundsatzes besteht seit vielen Jahrzehnten Streit;² seine Ratio gilt als ungeklärt.³ Literatur und Rechtsprechung haben verschiedene Erklärungsansätze entwickelt. Einigkeit ist nicht absehbar.⁴ Noch in den letzten Jahren erschienen Dissertationen über die Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes, die das ohnehin schon breite Meinungsspektrum um neue Perspektiven ergänzten.⁵ Insgesamt ist die Diskussion zerfasert und nur schwer überschaubar.⁶ Auch im Ausland fehlt Konsens – etwa gilt das Fifth Amendment, das die Selbstbelastungsfreiheit im US-amerikanischen Recht verfassungsrechtlich kodifiziert, als der „*Gordian knot in the middle of our Bill of Rights*“⁷ – es sei „probably fair to say that most people familiar with the doctrine surrounding the privilege against self-incrimination believe that it cannot be squared with any rational theory“⁸.

Bezogen auf die verschiedenen Rechtsquellen, die das Sanktionenrecht in Deutschland und der Europäischen Union regeln und beschränken, also auf nationales Recht, Unionsrecht und Völkerrecht⁹, haben die jeweils zuständigen Ge-

² Dazu ausführlich *Teixeira*, ZStW 135 (2023), 253 ff.

³ *Schlauri*, Verbot des Selbstbelastungszwangs, S. 93; *Schumacher*, Nemo tenetur, S. 53 f.; *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, S. 4 f.; ebenso für das US-amerikanische Recht *Redmayne*, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 27 (2007), 209, 210.

⁴ Vgl. nur BGHSt 52, 11, 17: „Über Inhalt und Reichweite des Nemo-tenetur-Grundsatzes im Einzelnen besteht – zwischen Literatur und Rechtsprechung, aber auch innerhalb der Rechtsprechung – noch keine Einigkeit.“

⁵ Etwa *Rösinger*, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung; *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz.

⁶ *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 71; *Lorenz*, JZ 1992, 1000, 1005; *Pawlik*, GA 1998, 378 f.; *Schlauri*, Verbot des Selbstbelastungszwangs, S. 93; *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, S. 4 f.

⁷ *Amar/Lettow*, Michigan Law Review Vol. 93 (1995), 857; ebenso *Allen/Mace*, Journal of Criminal Law & Criminology Vol. 94 (2004), 243, 245 und *Jackson*, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 58 (2009), 835, 836.

⁸ *Stuntz*, Columbia Law Review Vol. 88 (1988), 1227, 122; zitiert auch von *Allen*, Cardozo Law Review Vol. 30 (2008), 729, 734 und *Jackson*, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 58 (2009), 835, 836.

⁹ Neben der Verankerung in der im Folgenden näher behandelten EMRK findet sich der Nemo-tenetur-Grundsatz ausdrücklich niedergelegt in Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte. Die Vorschrift verbietet es den Vertragsstaaten, den wegen einer strafbaren Handlung Angeklagten zu zwingen, gegen sich selbst auszusagen oder sich schuldig zu bekennen. Inhaltlich ist der Normtext allerdings sehr eng gefasst und damit kaum ergiebig für die folgende Untersuchung; zudem wegen der gemäß seiner Präambel fehlenden Anwendbarkeit auf juristische Personen im Kartellrecht wenig relevant, s. dazu unten S. 100. Näher zu Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbPR, ebenfalls mit dem Fazit nur geringer Bedeutung

richte den Nemo-tenetur-Grundsatz unterschiedlich ausgelegt. Sie leiten ihn von verschiedenen Legitimationssätzen ab, schreiben ihm jeweils andere Funktionen zu und ziehen darauf aufbauend die Grenzen des Schutzes an unterschiedlichen Stellen. Der folgende Teil erarbeitet zunächst gesondert für jede der Rechtsquellen die konkrete Herleitung und die Funktion des Nemo-tenetur-Grundsatzes und entwirft daran anknüpfend jeweils ein Schutzkonzept. Im Anschluss wendet sich die Arbeit dem Verhältnis der Begründungsansätze untereinander vor dem Hintergrund des Mehrebenensystems aus nationalem, Unions- und Konventionsrecht zu.

I. Deutsches Recht

Im deutschen Recht sind einzelne Ausprägungen des Nemo-tenetur-Grundsatzes einfachgesetzlich kodifiziert.¹⁰ Eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Regelung gibt es nicht.¹¹ Dennoch besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit über den Verfassungsrang der Gewährleistung.¹² Welcher Verfassungsgrundsatz den Nemo-tenetur-Grundsatz umfasst, ist allerdings umstritten. Ausgehend von ihren jeweiligen Ansichten gelangen die Vertreter zu unterschiedlichen Schutzzwecken und Schutzzumfängen; diese Parameter hängen jeweils vom tragenden Verfassungsgrundsatz ab.¹³

1. Methodik zur Ermittlung der Ratio

Eine Ursache der zerfaserten Diskussion um der Nemo-tenetur-Grundsatz ist, dass ein Ausgangspunkt im Wortlaut der Verfassung mangels ausdrücklicher Normierung fehlt. Zwar sind sich Literatur und Gerichte dennoch einig, dass die deutsche Verfassung implizit den Nemo-tenetur-Grundsatz gewährleistet¹⁴ – um-

für die zu untersuchende Frage, etwa *Schubert*, Legal privilege und Nemo tenetur, S. 506 f.; i. E. auch EuGH, Urteil vom 18. Oktober 1989, 374/87 – Orkem, Rn. 31; für eine größere Bedeutung im Strafverfahren aber *Rogall*, Der Beschuldigte, S. 116 ff.

¹⁰ Etwa §§ 136, 163a, 243 Abs. 4 StPO; s. eine Übersicht über solche einfachgesetzlichen Normen im deutschen Strafprozessrecht in BVerfGE 56, 37, 42 ff.

¹¹ Kritisch hierzu vor dem Hintergrund der mitgliedstaatlichen Pflicht zur Gewährleistung einer Selbstbelastungsfreiheit in Art. 7 RL (EU) 2016/343 *Buchholz*, HRRS 2018, 457, 460.

¹² Demgegenüber für den Rang nur eines einfachen Gesetzes offenbar allein *Leitmeier*, JR 2014, 372, 372 ff.; mit dieser Einschätzung auch *Schumacher*, Nemo tenetur, S. 53 Fn. 174.

¹³ Ähnlich auch *Wolff*, Selbstbelastung, S. 29, s. ausführlich unten § 2 Fn. 18. Vgl. auch *F. Meyer*, in: *Lehmkuhl/Wohlens* (Hrsg.), S. 333, 338, nach dem eine verfassungsrechtliche Verortung des Grundsatzes „schon wegen der dürftigen positiv-rechtlichen Regelungen unumgänglich“ sei.

¹⁴ S. bereits oben § 2 Fn. 12.

stritten ist allerdings, an welcher Stelle, mit welchem Schutzzweck und mit welchem Schutzgehalt.¹⁵

Der Weg zu einer Antwort auf diese offenen Fragen führt zwangsweise zu einer besonderen methodischen Schwierigkeit. Die meisten Herleitungen¹⁶ des Nemo-tenetur-Grundsatzes schließen im Wege der Induktion zunächst von der Kasuistik des Nemo-tenetur-Grundsatzes auf einen übergeordneten Rechtssatz.¹⁷ Anschließend bildet dieser übergeordnete Rechtssatz den Ausgangspunkt für deduktive Rückschlüsse auf die zu lösenden Einzelfragen in der Kasuistik des Nemo-tenetur-Grundsatzes.¹⁸ Einfaches Recht selbst bildet dabei den Maßstab für das einfache Recht;¹⁹ Kohärenz ist das leitende Kriterium dieser Untersuchungen.²⁰ Der wissenschaftliche Fortschritt ist die widerspruchsfreie Weiterentwicklung des Nemo-tenetur-Grundsatzes.

¹⁵ S. *Köbel*, Selbstbelastungsfreiheiten, S. 262 ff., der diese Problematik für das deutsche Recht historisch damit erklärt, dass eine ausdifferenzierte Dogmatik des Nemo-tenetur-Grundsatzes schon vor Entstehung der Verfassung etabliert gewesen sei. Ähnlich auch *Schumacher*, Nemo tenetur, S. 35: Der Nemo-tenetur-Grundsatz habe bei Entstehung der Verfassung schon so selbstverständlich gegolten, dass die Verfassungsgeber es nicht für erforderlich gehalten hätten, ihn explizit aufzunehmen. Selbstreflektiert nennt sie ihr Vorgehen daher die „Oktroyierung einer verfassungsrechtlichen Grundlage“ (S. 54).

¹⁶ Anders in neuer Zeit etwa *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 9 ff., allerdings auch mit dem anderen Ziel, den Nemo-tenetur-Grundsatz nicht kohärent zu präzisieren, sondern rechtsethisches überzeugend herzuleiten. Ähnlich auch *Rösinger*, Freiheit des Beschuldigten, S. 31: Es gehe ihr nicht um den Nachvollzug des geltenden Rechts, sondern um die Frage, wie das Recht sein sollte.

¹⁷ Demgegenüber lehnt *Dorneck*, Nemo-tenetur, S. 58 ff. die Zuordnung zu einem übergeordneten Rechtssatz ab und bemüht stattdessen eine primär historische Herleitung des Grundsatzes. Sie muss sich allerdings entgegenhalten lassen, dass die Entwicklungsoffenheit, die sie dem Nemo-tenetur-Grundsatz zuschreibt, mit ihrer historischen Herleitung nicht konkretisierbar ist. Es fehlt eine normative Richtschnur, die sich einer allein deskriptiven Analyse der Genese des Grundsatzes nicht entnehmen lässt. Wie der Grundsatz in der Vergangenheit ausgefüllt wurde, kann nicht vorgeben, wie er in der Zukunft zu verstehen sein sollte.

¹⁸ Ähnlich *Wolff*, Selbstbelastung, S. 29: Nach der Zuordnung einer Verfassungsnorm werde sich die Klärung offener Randbereiche „maßgeblich von der richtigen Rechtsgrundlage aus lenken“ lassen. Allerdings ist die Abgrenzung von Kern und Randbereich insoweit problematisch, als sie den Nemo-tenetur-Grundsatz ohne Maßstäbe geradezu freihändig schon vor der Induktion enger fasst und damit die Endergebnisse prädeterniniert, vgl. der folgende Absatz und *Köbel*, Selbstbelastungsfreiheiten, S. 265 f.

¹⁹ *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 80 f.; ebenso *Rösinger*, Freiheit des Beschuldigten, S. 33, 42.

²⁰ Ähnlich *Doege*, Bedeutung des nemo-tenetur-Grundsatzes, S. 71: „inhaltliche Stringenz“. Die Kritik, dieses Vorgehen führe zu einem Zirkelschluss (*Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 80; *Rösinger*, Freiheit des Beschuldigten, S. 33), überzeugt nicht, wenn Kohärenz Ziel der Untersuchung ist.

Sachregister

- Abwägbarkeit
 - kompensierende Verfahrensgarantien 247, 256
 - Kriterien des EGMR 241
 - Maßstab im Peripheriestrafrecht 262
 - mit Strafverfolgungsinteressen 249
 - unantastbarer Kernbereich 242, 255
 - Zulässigkeit 216, 240, 249
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht 13, 31
 - Recht auf informationelle Selbstbestimmung 32
 - Recht auf Schutz des privaten Sphäre 35
- Anfangsverdacht 169, 178, 254
- Anwendungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes
 - persönlich 101
 - sachlich 140, 145
 - zeitlich 175
- Beherrschte Beweismittel 51, 135, 197
- Beschuldigtenstatus 176, 181
- Beweisverbote
 - Beschlagnahmeverbot 202, 308
 - Beweisverwendungsverbot 174, 302
 - Beweisverwertungsverbot 168, 171, 302
 - Fernwirkung 168, 172, 303
- Dokumentationspflicht 199, 207
- ECN+-Richtlinie 84, 88, 274, 309
- Editionspflicht *Siehe* Dokumentationspflicht
- Ermittlungsbefugnisse
 - Auskunftsentcheidung *Siehe* Auskunftsverlangen
 - Auskunftsverlangen 84, 199, 204, 211, 274
 - Beschlagnahme 307
 - Durchsuchung 197, 292
 - Nachprüfung 84, 292, 296
 - *request for information* *Siehe* Auskunftsverlangen
- fishing expedition* 204, 289, 297
- Gemeinschuldnerbeschluss 146, 165, 217
- Geständnisfreiheit 65, 210 *siehe auch* *Orkem*-Entscheidung
- Grundrechtsquellen
 - Anwendungsvorrang 78
 - Meistbegünstigungsprinzip 82, 91, 98
 - Mindeststandard 64, 77, 98
- Juristische Person *Siehe* Unternehmen
- Kernbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes 243, 255
- Kronzeugenregelung 218, 309
- Leniency-Regelung *Siehe* Kronzeugenregelung
- Menschenwürde
 - Begriff 14, 22, 26, 122
 - Instrumentalisierung 15, 58, 120, 147
 - Objektformel 15
- Methodik 9, 56
 - Deduktion 10
 - Induktion 10
- Mitwirkungsfreiheit 202, 212
- Mitwirkungspflicht
 - außerstrafrechtliche 164, 300
 - im Sanktionenverfahren 28, 48, 146, 273
- Nichtverfolgungszusage 282, 283, 286
- Orkem*-Entscheidung 65, 210, 278, 287

- Passwörter 295, 299
 Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes
 – Demütigung 26, 120, 147
 – Dilemma 18, 191, 193
 – naturalistischer Fehlschluss 22
 – Naturrecht 23
 – Rechtsstaatsprinzip 14, 40
 – Selbsterhaltungstrieb 19
 – Unzumutbarkeit 24, 193
 – Verfahrensbezogene Begründungen 39, 57, 66
 – Verhinderung von Fehlurteilen 61, 66
 – Verteilung der Ermittlungslast 60
 – Waffengleichheit 44, 254
 – Zwiespalt *Siehe* Dilemma
 Rechtliches Gehör 40, 123, 212
 Sanktionsnachlass 218, 231, 244, 308
 Sanktionsschere 223, 246
Saunders-Ausnahme *Siehe* Willensabhängigkeit
 Schutzgehalt des Nemo-tenetur-Grundsatzes 190
 Schutzzweck *Siehe* Ratio des Nemo-tenetur-Grundsatzes
 Schweigeberechtigung
 – der Leitungsebene 136, 137
 – der Mitarbeiter 137
 – der organschaftlichen Vertreter 132
 Schweigen
 – als Verteidigungsmethode 42
 – Verwertbarkeit 217, 248, 260
 Schweigepflicht 141
 Settlement-Verfahren 218, 239, 322
 Strafliegitation 46, 54, 128, 268
 Strafrecht
 – Begriff 145, 154, 158
 – Engel-Kriterien 154, 262, 263
 Strafzweck 230, 271
 Teilhabe *Siehe* Verfahrensteilhabe
testimonial evidence 207
 Unschuldsvermutung 41, 60, 128
 Unternehmen 119, 131, 268, 275, 290
 Unternehmenswissen 140
 Verfahrensautonomie 29, 51, 58, 66
 Verfahrensfairness 43, 56, 241
 Verfahrenssubjekt 259
 Verfahrensteilhabe 45, 59, 122, 151, 182, 197
 Verwaltungsverfahren 147, 152, 164, 194
 Wahrnehmung durch Unternehmen *Siehe* Schweigeberechtigung
 Willensabhängigkeit 202, 208
 Wissensträger 52, 135
 Zwang
 – Begriff 217, 238
 – direkter 243
 – durch Anreize 218, 239, 244
 – Erheblichkeitsschwelle 234, 256
 – Intensität 228, 234, 243, 246, 256
 – Verwerflichkeit wegen Inkonnexität 229
 – Zulässigkeit 239
 Zwischenstaatlichkeitsklausel 89, 304