

Eckart Bueren

Verständigungen – Settlements in Kartellbußgeldverfahren

Eine Untersuchung des Vergleichsverfahrens der Kommission mit einer rechtsvergleichenden und rechtsökonomischen Analyse

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 258

Nomos-Verlag 2011

Zusammenfassung und wesentliche Ergebnisse der Dissertation

Hintergrund und Konzeption der Arbeit

Der behördliche Kartellrechtsvollzug hat sich in jüngerer Zeit tiefgreifend verändert. Die Kronzeugenregelung, die Kartellmitgliedern Bußgeldfreiheit im Gegenzug für umfassende Aufklärungshilfe verspricht, hat zu einem enormen Anstieg von Kartellbußgeldverfahren und damit für die Behörden zu einer steigenden Arbeitslast geführt. Diese wird weiter verstärkt durch die maßgeblich von der Europäischen Kommission betriebene Ökonomisierung des Kartellrechts (*more economic approach*), die eine bessere wirtschaftswissenschaftliche Fundierung durch ökonomische Einzelfallanalysen anstrebt, aber einen erheblich höheren Vollzugaufwand bedingt.

Da sich die Behörden mit den herkömmlichen Verfahren nicht mehr in der Lage sehen, den Aufwand und die Fallzahl infolge der vorstehenden Entwicklungen zu bewältigen, gehen sie in allen wichtigen Rechtsordnungen dazu über, in großen Teilen „invernehmliche“ (konsensuale) Formen des Kartellrechtsvollzugs zu nutzen. Dies betrifft bereits seit längerem die Missbrauchsaufsicht, in deren Rahmen die Kommission mittlerweile weitgehend auf das Instrument der Verpflichtungszusage zurückgreift. In jüngerer Zeit hat sich aber auch bei den wettbewerbspolitisch grundlegenden und rechtsstaatlich sensiblen Kartellbußgeldverfahren eine konsensuale Variante in Gestalt von Verständigungen etabliert, die neuerdings oft als *Settlements* bezeichnet werden.

Diese Art der Verfahrenserledigung hat sich v. a. in den USA seit längerem durchgesetzt und wird von den dortigen Kartellbehörden als überlegene Vollzugsform herausgestellt. Seit einigen Jahren gewinnt sie weltweit, insbesondere in Europa stark an Bedeutung, wie u.a. ein Bericht der Cartel Working Group des European Competition Network sowie ein OECD-Roundtable zum Thema *plea bargaining/settlements in cartel cases* belegen.

Auch wenn Kartellbehörden teils an frühere, stärker informelle Verständigungsansätze anknüpfen können, bedeutet diese Entwicklung insgesamt eine tiefgreifende Änderung. Während die Behörden auf verschiedene Vorzüge dieses Vorgehens verweisen, ist die Entwicklung zu einem konsensualen Kartellbußgeldverfahren rechtlich und rechtspolitisch sehr umstritten.

Die durch den Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die deutsche Wissenschaft geförderte Dissertation leistet die soweit ersichtlich erste geschlossene rechtsvergleichende, rechtsökonomische und europarechtliche Analyse der Thematik der Verständigungen oder *Settlements* in Kartellbußgeldverfahren. Dies erfolgt in drei aufeinander aufbauenden Teilen, die für jeweils eine unterschiedliche Untersuchungsperspektive stehen und in einem abschließenden vierten Teil zusammengeführt sowie um rechtspolitische Gesichtspunkte ergänzt werden. Der Schwerpunkt liegt auf dem sog. Vergleichsverfahren (engl.: *settlement procedure*) der Europäischen Kommission, das

mittlerweile in sechs Fällen angewandt worden ist. Gegenstand ist vor allem die rechtliche sowie wie ökonomische Problematik dieser Verfahrensart, deren Durchdringung bislang noch weitgehend aussteht. Die Arbeit trägt damit der absehbar hohen praktischen Bedeutung des Vergleichsverfahrens Rechnung, das bereits Anpassungen entsprechender Verfahren mitgliedstaatlicher Kartellbehörden ausgelöst hat, u. a. seitens des *Bundeskartellamts* und der französischen *Autorité de la Concurrence*.

1. Teil: Rechtsvergleichung

Im ersten, rechtsvergleichend angelegten Teil wird die behördliche Praxis von Verständigungen in Kartellbußgeldverfahren in den USA, Frankreich, Deutschland, den Niederlanden sowie Großbritannien in Form von Länderberichten gegenübergestellt (S. 54 ff.). Auf dieser Grundlage entwickelt die Dissertation eine Systembildung (S. 103 ff., 107 ff.). Sie geht davon aus, dass Verständigungen unterschiedliche Inhalte („Verhandlungsgegenstände“) haben und verschiedene Funktionen im Vollzug erfüllen können, die jeweils spezifische Konstruktionsprinzipien und Abstimmungsmechanismen mit anderen Ermittlungs- und Vollzugsinstrumenten bedingen. Wesentliches Ergebnis und Kernthese dieses Abschnitts ist, dass sich die verschiedenen Verständigungsverfahren typologisch anhand von drei Varianten mit besonderen Charakteristika systematisieren lassen:

- In integrierten Systemen wie den USA verfolgen Verständigungsverfahren einen doppelten Zweck, nämlich Ermittlung sowie Verfahrensbeschleunigung bzw. -rationalisierung, und greifen dazu funktionell mit der Kronzeugenregelung ineinander;
- in verfahrensökonomischen Systemen wie Frankreich sind sie auf eine Rationalisierungsfunktion beschränkt und daher von Ermittlungsinstrumenten deutlich abgekoppelt;
- vereinzelt anzutreffende diskretionäre Systeme wie bisher Großbritannien stehen typischerweise noch in einer Phase der Erfahrungssammlung und betonen dementsprechend behördliche Ermessensspielräume bei der Verfahrensgestaltung, ohne sich bereits abschließend auf eine Variante festzulegen.

Unterschiede zwischen dem „integrierten Modell“ und dem „verfahrensökonomischen Modell“ werden synoptisch dargelegt.

Aufbauend auf dieser Systematisierung erörtert die Arbeit mögliche Konflikte bei einem parallelen Ablauf unterschiedlich strukturierter Verständigungsverfahren aus Unternehmens- und Behördensicht sowie neuere behördliche Kooperationsansätze (S. 114 ff.). Die Dissertation zeigt auf, dass die Praxis der Verständigungsverfahren international zu einer Konvergenz der Kartellrechtsdurchsetzung führt, indem sich angloamerikanisch geprägte, sog. adversatorische Verfahren und kontinentaleuropäisch oder inquisitorisch geprägte Verfahren im praktischen Ergebnis angleichen (S. 120 ff.).

2. Teil: Rechtsökonomische Analyse

Im zweiten, rechtsökonomischen Teil der Arbeit werden drei einflussreiche Begründungsansätze dafür diskutiert, dass Verständigungsverfahren nicht „nur“ ein pragmatisches Instrument zur Arbeitserleichterung, sondern eine überlegene Form der Kartellbekämpfung seien. Diese Theorien werden jeweils auf ihre ökonomische Fundiertheit sowie darauf untersucht, ob Schwierigkeiten bei der praktischen und/oder rechtlichen Umsetzung Nachteile hervorrufen können. Wesentliches Ergebnis und Kernthese dieses Abschnitts ist, dass (1) kein Ansatz Verständigungsverfahren als überlegene Lösung begründen kann und daher eher eine restriktive Einstellung angebracht ist, und dass (2)

Verständigungsverfahren bestimmte Gestaltungsempfehlungen beachten sollten, um drohende Gefahren bzw. Nachteile zu vermeiden.

a) Das *Shadow-of-Trial-Modell*

Eingeleitet wird der rechtsökonomische Teil mit einer Darstellung des sog. *Shadow-of-Trial-Modells*. Verständigungsverfahren werden hiernach als Verhandlungen auf Märkten begriffen, die vor dem Hintergrund des andernfalls drohenden Gerichtsverfahrens bzw. einer ansonsten drohenden Sanktion stattfinden. Kern der Argumentation ist, dass sich die Beteiligten einer Verständigung die Kosten eines Standardverfahrens ersparen, zugleich aber dessen Ergebnis weitgehend vorwegnehmen könnten. Die Arbeit setzt sich mit dieser Sichtweise kritisch auseinander und greift dazu neben der ökonomischen Forschung zu *plea bargaining* u. a. auf Erkenntnisse der ökonomischen Theorie der Regulierung und der Bürokratie, der Verhaltensökonomie und der empirischen Wirtschaftsforschung zurück. Zunächst wird begründet, dass eine *Modellierung* von Settlement-Verfahren im Sinne von Verhandlungen auf Märkten wegen überlegener behördlicher *Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten* im hoheitlichen Über-Unterordnungsverhältnis zweifelhaft erscheint.

Weiterhin nimmt das „klassische“ *Shadow-of-Trial-Modell* an, die Vollzugsbehörde sei ein perfekter Vertreter gesellschaftlicher Interessen, *Agency-Kosten* seien daher irrelevant. Die Argumente für diese Ansicht überzeugen indes nicht. Das dadurch eröffnete Problemfeld ist für die Bewertung von Verständigungsverfahren besonders wichtig, da sie den Spielraum behördlicher Optionen vergrößern und daher potentielle Agency-Probleme verstärken können. Eine geschlossene Theorie zu der Motivation von Verfolgungsbehörden bzw. ihren Amtswaltern im Rahmen von *plea bargaining* / Verständigungsverfahren existiert indes nicht. Die Arbeit erschließt diesen traditionell vernachlässigten Aspekt mit Hilfe einschlägiger Erkenntnisse verschiedener ökonomischer Forschungsströmungen, aus denen sich fünf spezifische Hypothesen über die maßgeblichen Variablen der Zielfunktion der behördlichen Akteure herleiten.¹ Aus ihnen folgt jeweils, dass die Behörde Verständigungen bevorzugt in Konstellationen nutzen wird, in denen dies rechtsökonomisch nachteilige Auswirkungen hat. Die ermittelten Hypothesen überträgt die Arbeit auf das europäische Kartellverfahren und stellt ihnen verfügbare empirische sowie anekdotische Evidenz auch aus anderen Rechtsordnungen gegenüber. Eine definitive Antwort ergibt sich danach nicht, zumal sich die bestimmende Motivation je nach Hierarchieebene unterscheiden kann. Dessen ungeachtet sieht der Verfasser die Annahme als erhärtet, dass Kartellbehörden nach hohen Entscheidungszahlen und Sanktionssummen streben.

Weiterhin erhöhen Verständigungsverfahren *Informationsasymmetrien* auf beiden Seiten. Die Arbeit identifiziert mehrere problematische Folgen dieses Effektes und geht auf Besonderheiten ein, die sich für die Abwicklung von Mehrparteienfällen ergeben.

Des Weiteren führen Verständigungsverfahren zwischen Behörde und Unternehmen zu externen Effekten, die sich auf Geschädigte, die Rechtsordnung und die Gesellschaft beziehen können. Einzelheiten und Bedeutung dieser Effekte werden in der Arbeit diskutiert. Soweit möglich, werden Indizien für das Ausmaß der praktischen Relevanz angeführt.

Anschließend wird die neuere *verhaltensökonomische Linie der Rechtsökonomie* mit dem Aspekt des begrenzt rationalen menschlichen Verhaltens und dadurch bedingten *psychologischen Verzerrungen im Verständigungsprozess* behandelt. Die Dissertation setzt

¹ Diese sind eine Erzielung möglichst vieler Sanktionsentscheidungen, möglichst hoher Sanktionssummen, eine Minimierung des Bearbeitungsaufwands, ein Streben nach beruflichen Karrierezielen sowie Kombinationsansätze.

sich zunächst mit Möglichkeiten und Grenzen der Anwendbarkeit verhaltensökonomischer Forschung auseinander. Ihre Erkenntnisse haben u.a. zu der Frage geführt, ob Kartellbehörden, insbesondere auch die Europäische Kommission, infolge der kombinierten Wahrnehmung der Funktionen Ermittlung, Verfolgung und Entscheidung aufgrund menschlicher Neigung zu bestätigender und eigengünstiger Interpretation komplexer Sachverhalte einem sog. *prosecutorial bias* (svw. verfolgungsbehördliche Voreingenommenheit) erliegen. Dieser ist für Verständigungsverfahren von Relevanz, wenn man annimmt, dass die dortige „Verhandlungsmacht“ der Behörde diejenige der Unternehmen übersteigt und Verzerrungen sich daher ohne Schutzvorkehrungen im Verständigungsergebnis niederschlagen werden. Der Verfasser erörtert auch diesen Aspekt unter Einbeziehung empirischer Erkenntnisse zu verschiedenen Rechtsordnungen; abschließend erarbeitet er Empfehlungen für die interne Behördenstruktur, welche entsprechenden Effekten entgegenwirken können.

Eine weitere wichtige Problematik wird unter dem Stichwort *Innocence-Problem* diskutiert. Es besteht darin, dass Verständigungsverfahren bei hinreichend hohen Vergünstigungen zu Unrecht Verfolgte systematisch dazu anhalten können, eine Sanktion zu akzeptieren. Der naheliegende Ausweg, Vergünstigungen zu begrenzen, ist gerade im Kartellrecht schwierig umzusetzen, da zahlreiche Möglichkeiten bestehen und auch praktisch genutzt werden, um Vergünstigungen ebenso wie Sanktionsverschärfungen durch Wege abseits förmlicher Bußgeldnachteile bzw. -aufschläge zu erreichen. Daraus resultiert die Gefahr, dass zu Beginn eines Verständigungsverfahrens überhöhte Vorwürfe bzw. Bußgelder angedroht werden, um Unternehmen zu einem Settlement zu bewegen, das von dem unsicheren Ausgang eines streitigen Verfahrens entlastet (*overcharging*). Der Druck zur Annahme einer Verständigung kann überdies durch hohe, aber „versteckte“ (Bußgeld-)Vergünstigungen weiter verstärkt werden. Dies ergibt sich daraus, dass Kartellbehörden auch nachteilige Folgen privatrechtlicher (z.B. Schadensersatzklagen) und außerrechtlicher Art (z.B. Reputationseinbußen) eines Bußgeldverfahrens erheblich beeinflussen können, die faktisch wie bußgeldrechtliche Sanktionen wirken. Die Dissertation zeigt anhand der Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission sowie unter Einbeziehung der deutschen, britischen und US-amerikanischen Kartellbehörden, dass und wie solche verdeckten Vergünstigungen praktisch umgesetzt werden. Der Verfasser erarbeitet und diskutiert verschiedene *Gestaltungsempfehlungen*, die geeignet sind, diese problematischen Auswirkungen von Verständigungsverfahren in Kartellfällen zu vermeiden.

b) Verständigungen als Beitrag zu effizienter Kartellrechtsdurchsetzung

Als zweiter rechtsökonomischer Begründungsansatz, den insbesondere europäische Kartellbehörden anführen, wird die Argumentation untersucht, Verständigungsverfahren verbesserten die *Effizienz und damit letztlich die Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung* zum Wohle der Gesellschaft. Verständigungen sparen auf Seiten der Behörde Ressourcen, die für die Verfolgung weiterer Fälle genutzt werden könnten, wodurch Wettbewerbsbeschränkungen in größerem Maße als ohne Einsatz von Verständigungsverfahren verhindert würden.

Die Arbeit schildert zunächst das hinter dieser Argumentation stehende ökonomische Standardmodell optimalen Vollzugs und die daraus folgende Bewertung von Verständigungsverfahren. Der Verfasser zeigt nachfolgend auf, dass es wesentlicher *Erweiterungen* bedarf, die modelltheoretischen Verfeinerungen (u. a. die Risikoneigung der

Betroffenen, Reputationseffekte von Kartellbußgeldverfahren), ökonomischen und sozialen Kosten von Unternehmensgeldbußen, rechtspraktischen und juristischen Grenzen sowie neueren verhaltensökonomischen Erkenntnissen (Überkonfidenz, sunk cost bias mit der Folge einer Abwälzung von Kartellbußgeldern auf Preise, Akzeptanz des Vollzugs) Rechnung tragen. Diese Einschränkungen und Grenzen des Standardmodells werden im Lichte neuerer ökonomischer Erkenntnisse betrachtet und auf ihre Relevanz für die Beurteilung von Verständigungsverfahren untersucht. Die Arbeit kommt zu dem Ergebnis, dass nach derzeitigem Stand der Forschung ein erhöhter Abschreckungseffekt und damit eine verbesserte Durchsetzung des Kartellrechts durch Verständigungsverfahren nicht nachweisbar erscheint. Dessen ungeachtet werden auch hier *Gestaltungsempfehlungen* erarbeitet, um auf dieses Ergebnis hinzuwirken bzw. negative Auswirkungen zu vermeiden. Zudem wird behandelt, wie ein Verständigungsverfahren mit einer Kronzeugenregelung abgestimmt werden sollte. Die Gestaltungsempfehlungen ordnet der Verfasser aufgrund unterschiedlicher Blickrichtungen der Modelle als kumulativ zu denjenigen des Shadow of Trial Modells ein, soweit sie sich nicht ohnehin decken.

c) Responsive Regulation

Als dritter rechtsökonomischer Ansatz wird eine unter der Bezeichnung *Responsive Regulation* bekannt gewordene Strömung erörtert. Ihre Vertreter betrachten die Beziehung von Behörde und Unternehmen zunächst aus spieltheoretischer Sicht, indem sie auf das konstatierte „Vollzugsdilemma“ (*enforcement dilemma*) zwischen Behörde und Unternehmen die sog. *Tit-for-Tat*-Strategie (dt. etwa: „Wie Du mir so ich Dir“-Strategie) anwenden. Behördlicherseits soll diese mithilfe einer Vollzugspyramide umgesetzt werden, welche die verfügbaren Instrumente, die gegen Rechtsverletzer zur Verfügung stehen, nach ansteigendem Zwangs- und Strafcharakter ordnet. Auf diese Weise soll die Wahl einer (stärker) auf Bestrafung und Abschreckung oder (stärker) auf Überzeugung ausgerichteten Strategie von der kooperativen oder abwehrenden Haltung der Normadressaten abhängig gemacht und unterschiedlichen Motiven für Normverstößen, wie sie die empirische Sozialforschung aufzeigt, Rechnung getragen werden. Dieser Ansatz wird in jüngerer Zeit zum Teil mit dem Gedanken der *Restorative Justice* kombiniert, d.h. dem Ziel einer Wiederherstellung und eines Ausgleichs für die Geschädigten. Beide Konzepte können in einem flexiblen Verständigungsverfahren recht weitgehend umgesetzt werden. Als konsensuales Element in der Vollzugspyramide soll die Verständigungsoption dabei Vorrang vor streitig ausgetragenen repressiven Verfahren haben. Die Dissertation zeigt dies anhand der Verfolgungspraxis der australischen Kartellbehörde (*ACCC*) auf. Ergänzend werden ausgewählte Verfahrenselemente in den USA, Großbritannien und Deutschland thematisiert. In jüngerer Zeit ist *Responsive Regulation* auch als Modell für die EU befürwortet worden.

Der Verfasser steht dem Ansatz kritisch gegenüber: Die propagierte *Responsiveness* ist in der praktischen Anwendung schwer zu operationalisieren. Die vorausgesetzte Flexibilisierung der behördlichen Sanktionspraxis ist überdies mit einem großen Ermessensspielraum verbunden, der die Gefahr willkürlicher Rechtsanwendung und missbräuchlicher Anwendung birgt. Der Vollzug wird von *Responsive Regulation* primär auf eine Steuerung des künftigen Verhaltens von Unternehmen ausgerichtet, wodurch der Konnex zu dem begangenen, die Sanktion legitimierenden Normverstoß gelöst wird. Kernthese des Verfassers ist, dass das Grundkonzept zwar inspirierend ist, aufgrund des befürworteten immensen Behördenermessens bei gleichzeitigem Einsatz scharfer Sanktionen aber gewichtige rechtsstaatliche Einwände entgegenstehen. Zudem bestehen enge rechtliche Grenzen für eine Übertragung auf das europäische Kartellrecht.

3. Teil: Das Vergleichsverfahren der Europäischen Kommission

Der dritte Teil der Arbeit untersucht Möglichkeiten einer Verständigung in von der Europäischen Kommission durchgeführten Bußgeldverfahren. Hierzu werden zunächst Entwicklung und System bisheriger konsensualer Verfahrensweisen mit den herausgebildeten rechtlichen Maßstäben resümiert. Im Zentrum der Darstellung steht sodann das 2008 beschlossene *Regelungspaket*, mit dem die Europäische Kommission das sog. *Vergleichsverfahren (settlement procedure)* als Verständigungsoption in Kartellbußgeldfällen eingeführt hat, bestehend aus der Verordnung 622/2008 zur Änderung der Kartellverfahrensverordnung 773/3004, einer Mitteilung der Kommission sowie ergänzenden Dokumenten in Form von Fragen und Antworten.

a) Ursachen und rechtspolitische Reaktion

Die Arbeit geht zunächst den *Gründen für die Schaffung* des Vergleichsverfahrens nach, u. a. unter Auswertung von Fallzahlen. Im Ergebnis bewertet die Dissertation das von der Kommission eingerichtete Vergleichsverfahren kritisch. Zwar sieht der Verfasser wettbewerbspolitischen Handlungsbedarf wegen teils sehr langer Verfahrenszeiten und eines auf die Kronzeugenregelung zurückgehenden „Massenproblems“ bei der Kartellverfolgung. Das Vergleichsverfahren ist aber in der von der Kommission gewählten Form eine unangemessene Reaktion. Die Ursache der Probleme sieht der Verfasser weniger in der Ausgestaltung des Standard-Bußgeldverfahrens, als vielmehr darin, dass dem Verwaltungsverfahren in der Regel ein auch für die Kommission aufwendiges Rechtsmittelverfahren folgt. Das Verständigungsverfahren wird als rechtspolitisch problematischer Weg gesehen, diese Belastung zu vermeiden, da es die eigentlichen Ursachen unter Inkaufnahme neuer Nachteile eher überdeckt als korrigiert. Rechtspolitisch vorzugswürdig erscheint es dem Autor, die Anfechtungsquote durch eine verbesserte generelle Entscheidungsqualität zu senken, insbesondere Maßnahmen mit dem Ziel einer transparenteren Bußgeldbemessung (S. 556 f.). Hilfsweise wird erwogen, nach weiteren Maßnahmen Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnisse bei der Kommission zu trennen.

b) Gestaltung des Ablaufs

Darauf folgend analysiert die Dissertation den komplexen *Ablauf des Vergleichsverfahrens* und ordnet es in das bestehende EU-Kartellverfahren sowie die im ersten Teil entwickelte Systembildung ein. Die Ausgestaltung bewertet der Verfasser in ihrer Bedeutung für das EU-Kartellverfahren unter Rückgriff auf die Ergebnisse der ökonomischen Analyse des zweiten Teils eher kritisch (insb. S. 662 ff.), etwa mit Blick darauf, dass die gewählte Struktur die im zweiten Teil analysierten Möglichkeiten verdeckter Nachlässe begünstigt.

c) Praxisrelevante Rechtsprobleme

Der Schwerpunkt des dritten Teils liegt anschließend in einer Untersuchung *zentraler praxisrelevanter Rechtsprobleme*, die *im Verlauf eines Vergleichsverfahrens* auftreten. Behandelt werden namentlich die *Kompetenz* der Kommission zur Einführung des Vergleichsverfahrens, die Vereinbarkeit mit den *Verteidigungsrechten* der Unternehmen, die *Zulässigkeit einer Bußgeldermäßigung* für eine Verständigung mit Rechtsverzicht, *Bindungswirkungen* im Verfahrensablauf, *Rechtsschutzmöglichkeiten* der Betroffenen, die *Rechtslage bei Scheitern* einer Verständigung sowie Auswirkungen auf *Beteiligungsrechte Dritter*. Die Neuerungen nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon mit der verbindlichen Charta der Grundrechte werden dabei durchgehend berücksichtigt.

Wichtige Ergebnisse und Kernthesen dieses Abschnitts sind insbesondere die Folgenden:

- aa) Die Kommission verfügt über die *Kompetenz*, das Vergleichsverfahren auf tertiärrechtlicher Grundlage einzuführen. Grenzen für die Implementierung von Verständigungslösungen ergeben sich im Hinblick auf eine denkbare systematische Ausschaltung gerichtlicher Kontrolle erst aus dem Gebot der Wahrung des institutionellen Gleichgewichts. Die – von der Rechtsprechung unscharf konturierten – Grenzen dieses Gebots überschreitet die Kommission nicht.
- bb) Die *Wirksamkeit von Grundrechtsverzichten* im Vergleichsverfahren setzt im Hinblick auf die Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK i.V.m. Art. 48 II, 52 III GRCh voraus, dass die Betroffenen eine gangbare Alternative zu einer Verständigung mit Rechtsverzichten haben. Dies ist nur der Fall, wenn das Belastungsgefälle zwischen streitigem und Verständigungsverfahren auch unter Berücksichtigung informeller behördlicher Vergünstigungen begrenzt bleibt. Dieses Ergebnis erachtet der Autor auch im Hinblick auf die ökonomische Analyse des zweiten Teils (*innocence-Problematik*) für rechtsökonomisch stimmig.
- cc) Die Wirksamkeit des geforderten *Verzichts auf einen individuellen Vertreter* durch eine einzelne Konzerngesellschaft kann zweifelhaft sein, wenn der Verzicht erklärt werden muss, bevor dieser Gesellschaft die Vorwürfe in Grundzügen bekannt gemacht wurden.
- dd) Die Kommission darf mangels bußgeldmindernder Aufgabenerleichterung bzw. aus Verhältnismäßigkeitsgründen mit Blick auf die Bedeutung von Verfahrensgrundrechten *folgende „Kooperationsleistungen“*, die sie gegenwärtig im Vergleichsverfahren verlangt, *nicht bußgeldmindernd* berücksichtigen bzw. mit einem Bußgeldnachlass verknüpfen (S. 786 ff., 860 ff.):
- Eine bestimmte juristische Bewertung des Sachverhalts, sofern ohnehin umfassende Geständnisse der Tatsachen abzugeben sind,
 - Angabe einer für die Unternehmen akzeptablen Bußgeldobergrenze,
 - Verzicht auf umfassende Akteneinsicht und/oder eine förmliche mündliche Anhörung,
 - Benennung eines gemeinsamen Vertreters mehrerer Konzerngesellschaften.
- Aussicht auf erfolgreiche *Geltendmachung* besteht allerdings nach Meinung des Verfassers im Wesentlichen nur in bestimmten Fällen, in denen nicht alle Parteien am Vergleichsverfahren teilnehmen (*Hybridfälle*). Ergänzend weist der Autor darauf hin, dass sich im Wettbewerbsrecht Tatsachenfragen häufig untrennbar mit Wertungs- und Rechtsfragen vermischen. Dies erklärt die oft undeutliche Terminologie des Gerichtshofs der EU und kann die praktische Relevanz der Differenzierung relativieren.
- ee) Im vorstehenden Rahmen haben die Parteien einen *Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung* über ein Vergleichsverfahren.
- ff) *Rückzugsmöglichkeiten* der Unternehmen sind differenziert nach der Widerruflichkeit der einzelnen Erklärungen zu beurteilen, die sie im Verlauf eines Vergleichsverfahrens abgeben. Rückzugsmöglichkeiten der Kommission bestehen uneingeschränkt bis zum Verfahrensabschluss.
- gg) Die Kommission ist rechtlich an sich nicht gehindert, abgegebene Geständnisse auch nach einem *gescheiterten Vergleichsverfahren* zu verwerten; ein Beweisverwertungsverbot befürwortet der Verfasser nicht. Die Unternehmen seien in Anbetracht der unklaren Rechtslage aber in ihrem Vertrauen auf die anderslautende Ankündigung der Kommission geschützt.
- hh) Parteien können einen Beschluss im Vergleichsverfahren aufgrund des Verbots des *venire contra factum proprium* nicht mehr in Bezug auf eingestandene Tatsachen sowie wichtige Verfahrensfehler angreifen. Verbleibende *Anfechtungsmöglichkeiten* dürften für Vergleichsbeteiligte in der Regel unattraktiv sein, da sie zum Verlust wesentlicher indirekter Vergünstigungen eines Vergleichsverfahrens führen würden.

- ii) Das Vergleichsverfahren schränkt *Rechte Drittbetroffener* ein. Der Autor erachtet dies rechtlich und mit Blick auf die rechtsökonomische Analyse des zweiten Teils für kritikwürdig, aber nach geltendem Recht für zulässig.

4. Teil: Rechtspolitische Bewertung, Verbesserungsvorschläge und Perspektiven

Die Ergebnisse der ersten drei Teile werden im vierten Teil in einer rechtspolitischen Bewertung des Vergleichsverfahrens und Verbesserungsvorschlägen zusammengeführt, die dem festgestellten (rechts-)ökonomischen und juristischen Korrekturbedarf Rechnung tragen sollen. Dazu wird das Vergleichsverfahren zunächst anhand der Theorien des zweiten Teils beurteilt und die Gestaltungsempfehlungen, die im zweiten Teil erarbeitet wurden, werden in konkrete Vorschläge für das Vergleichsverfahren umgesetzt (S. 963-980).

Der Autor ordnet das Vergleichsverfahren als Anwendungsfall des *plea bargaining* im Sinne des *Shadow-of-Trial*-Modells ein. Aufbauend auf einer resümierenden Anwendung der Erkenntnisse des zweiten Teils empfiehlt er zentrale Maßnahmen als Vorkehrungen gegen Agency-Probleme, gegen Ursachen eines *prosecutorial bias*, zur Vermeidung externer Effekte und einer verbesserten, wenn auch nur unvollkommen erreichbaren Kontrolle verdeckter Sanktionsnachteile. Zur Milderung von Agency-Problemen regt der Autor an, den kommissionsinternen *peer-review* auf das Vergleichsverfahren auszudehnen, sowie bestimmte *transparenzfördernde Maßnahmen*. Einem prosecutorial bias kann durch die Förderung *debattenähnlicher Elemente* im Verfahren entgegengewirkt werden. Zum Abbau bestehender Informationsasymmetrien wird befürwortet, *Vergleichsgespräche auch nach einer sog. Mitteilung der Beschwerdepunkte* durch die Kommission zuzulassen, also in einem Stadium, in dem die Unternehmen Akteneinsicht verlangen können und nicht auf den Zugang zu belastenden Informationen nach Ermessen der Kommission beschränkt sind.

Eine *effizientere Kartellverfolgung* im Sinne des zweiten rechtsökonomischen Begründungsansatzes sieht der Autor durch die gegenwärtige Gestaltung des Vergleichsverfahrens nur bei isolierter, aber zu kurz greifender Betrachtung des „offiziellen“ Bußgeldnachlasses von 10% als gesichert. Als Gestaltungsempfehlungen im Sinne von anerkannten (Mindest-)Voraussetzungen ist darauf zu achten, dass *Verständigungsvergünstigungen aller Art so gering wie möglich* gehalten werden, die Attraktivität der *Kronzeugenregelung* durch einen *hinreichenden Abstand* der Vergünstigungen erhalten bleibt und Abschreckungseinbußen durch Agency-Kosten, Informationsasymmetrien sowie externe Effekte auf die private Kartellrechtsdurchsetzung eng begrenzt werden.

Aus Sicht von *Responsive Regulation* wird das Vergleichsverfahren als im Grundsatz begrüßenswerte, in der konkreten Gestaltung aber unzureichende zusätzliche Variante des Kartellbußgeldverfahrens gesehen. Eine umfassende Orientierung an dieser Theorie erachtet der Autor allerdings rechtsökonomisch für nicht sinnvoll und rechtlich unter der gegenwärtigen VO 01/2003 nur mit erheblichen Abstrichen für zulässig.

Die *gegenwärtige Ausgestaltung* wertet der Verfasser im Übrigen für Unternehmen als *regelmäßig wenig attraktiv*. Insofern liegt es nahe, dass die Kommission den offiziellen Bußgeldnachlass durch weitere rechtsökonomisch und rechtsstaatlich problematische Zugeständnisse und günstigere Behandlungen aufwertet. Der Autor interpretiert die ersten Anwendungsfälle als Anzeichen für ein solches Vorgehen.

Abschließend erörtert der Verfasser *Perspektiven* zukünftiger Entwicklungen. Zentrale Thesen zu diesem Aspekt sind, dass

- a) der Anwendungsbereich des Vergleichsverfahrens *allenfalls auf vertikale Vereinbarungen* erweitert werden sollte;

- b) es wünschenswert ist, dass die Kommission im Rahmen von Verständigungen *Compliance-Anstrengungen* der Unternehmen auf Grundlage eines generellen, wissenschaftlich begründeten Ansatzes fördert bzw. *belohnt*;
- c) die *Integration von Wiedergutmachungsleistungen* zugunsten Geschädigter in Verständigungsverfahren für Unternehmen und Geschädigte interessant sein kann, aber auf absehbare Zeit nicht realistisch ist;
- d) ein *Rechtsmittelverzicht* an sich zwar rechtlich zulässig wäre, entgegen stellenweise geäußerter Forderungen aber *kein zulässiger Bestandteil* einer Verständigung mit Bußgeldnachlässen im europäischen Recht sein kann, und dass
- e) die Einführung einer *obligatorischen gerichtlichen Prüfung* im Vergleichsverfahren bei realistischer Einschätzung *erst hilfsweise* erfolgen sollte, nachdem die anderen Gestaltungsempfehlungen ohne Erfolg umgesetzt wurden.

Die Arbeit weist abschließend auf *zukünftigen Forschungsbedarf* hin: Von *rechtsökonomischer Seite* sind namentlich nach Vorliegen ausreichender Fallzahlen empirische Forschungen zu den Auswirkungen der Verständigungspraxis auf die private Kartellrechtsdurchsetzung wünschenswert, um eine Abstimmung des behördlichen und privaten Vollzugs zu verbessern. Aus *juristischer Sicht* werden Herausforderungen für die Wahrung der Verteidigungsrechte im Rahmen paralleler Verständigungsverfahren in verschiedenen Rechtsordnungen zu bewältigen sein. Generell erachtet der Verfasser eine weitere kritische Begleitung und Analyse des laufenden Prozesses der zunehmenden Verständigung in Kartellbußgeldverfahren für erforderlich.