

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Referat IB1 – Grundsatzfragen der
Wettbewerbspolitik, Kartellrecht
Referatsleiter Dr. Thorsten Käseberg
Alt-Moabit 101 d
10559 Berlin

vorab per E-Mail:

gwb10@bmwi.bund.de

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf | Deutschland

Postfach 10 17 43
40008 Düsseldorf | Deutschland

Büroanschrift des Vorsitzenden:
Karl-Scharnagl-Ring 6
80539 München | Deutschland

Tel: +49 89 21667 0

Fax: +49 89 21667 111

ingo.brinker@gleisslutz.com

13. Februar 2020

Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen im Kapitel 2 „Bußgeldsachen“ im dritten Teil des GWB

A. Vorbemerkung

- (1) Die Studienvereinigung Kartellrecht (im Folg.: Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1.300 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen und natürliche Personen in Kartellbußgeldverfahren des Bundeskartellamts, der Europäischen Kommission sowie vor weiteren nationalen Kartellbehörden innerhalb und außerhalb Europas. Sie verfügen deshalb in besonderem Maße über Erfahrung in Kartellbußgeldsachen.
- (2) Die Studienvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, zum Referentenentwurf eines „Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitale Wettbewerbsrecht 4.0“ (im

Folg.: RefE) Stellung zu nehmen. Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich darauf, auf die vorgeschlagenen Änderungen im Kapitel 2 im dritten Teil des GWB einzugehen.

B. Grundsätzliches

- (3) Änderungen im Bereich des Kartellbußgeldrechts sind erforderlich, weil der europäische Gesetzgeber mit der Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (im Folg.: ECN+-Richtlinie) unter anderem Vorgaben für die Ausgestaltung des nationalen Kartellbußgeldrechts gemacht hat. Diese betreffen insbesondere die Sanktionen für Kartellrechtsverstöße, die Regelungen zum Kronzeugenprogramm, die Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden sowie die Vorschriften zum gerichtlichen Verfahren in Bußgeldsachen. Davon abgesehen besteht Änderungsbedarf insbesondere mit Blick auf die Zumessung von Geldbußen, weil die Praxis der Bußgeldzumessung durch das Bundeskartellamt einerseits und die Gerichte andererseits in den letzten Jahren zu einem nicht mehr hinnehmbaren Rechtsschutzdefizit geführt hat.
- (4) Die im RefE vorgeschlagenen Änderungen von Vorschriften des Kartellbußgeldrechts setzen die Vorgaben der ECN+-Richtlinie aus Sicht der Studienvereinigung nur teilweise um. Die ECN+-Richtlinie stützt sich auf zwei zentrale Säulen: (1.) eine Ausweitung der Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse der Kartellbehörden und (2.) eine hierzu korrespondierende Garantie der Verteidigungsrechte in Kartellbußgeldverfahren. Während der RefE die Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse der Kartellbehörden erheblich, in Teilen sogar über die Vorgaben der ECN+-Richtlinie hinaus, erweitert, bleiben die Garantien des Art. 3 ECN+-Richtlinie vollständig unerwähnt. Im Gegenteil, der Entwurf schränkt die Rechte der betroffenen Unternehmen und natürlichen Personen sogar weiter ein.
- (5) Soweit der RefE versucht, bestehende rechtsstaatliche Defizite wie beispielsweise bei der Bußgeldzumessung zu beseitigen, sind die vorgeschlagenen Änderungen aus Sicht der Studienvereinigung im Ergebnis unzureichend.

C. Stellungnahme zu einzelnen Vorschriften

I. Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen (§ 81b, § 81c Abs. 4 RefE)

- (6) § 81b RefE regelt eine Ausfallhaftung der Mitglieder von Unternehmensvereinigungen. Die Vorschrift ist im Zusammenhang mit § 81c Abs. 4 RefE zu lesen, wonach Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen wegen Ordnungswidrigkeiten, die mit der Tätigkeit ihrer Mitglieder im Zusammenhang stehen, abhängig von der Höhe der Umsätze ihrer Mitglieder verhängt werden können.

1. Bußgeldrahmen für Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen abhängig vom Gesamtumsatz der Mitglieder verstößt gegen rechtsstaatliche Grundsätze

- (7) § 81c Abs. 4 RefE geht auf die Vorgaben in Art. 15 Abs. 2 und Erwägungsgrund 48 der ECN+-Richtlinie zurück. Wie sich aus Erwägungsgrund 48 der ECN+-Richtlinie ergibt, wollte der Richtliniengeber die Möglichkeit schaffen, bei der Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen „den mit der Zuwiderhandlung in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehenden Gesamtumsatz mit Waren und Dienstleistungen der Mitglieder der Vereinigung heranzuziehen“. Auch wenn dies im Wortlaut des Art. 15 Abs. 2 ECN+-Richtlinie nicht klar zum Ausdruck kommt, ergibt sich jedenfalls in Zusammenschau mit den Erwägungsgründen, dass die Richtlinie lediglich fordert, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehenden Umsätze der Mitglieder der Unternehmensvereinigung zu berücksichtigen, nicht aber auch die Umsätze, welche die Mitglieder auf anderen Märkten erzielen.
- (8) Die Berücksichtigung von Umsätzen einzelner Mitglieder auf Märkten, die mit der Zuwiderhandlung nicht in Zusammenhang stehen, würde zu einer nicht sachgerechten Verzerrung der Bußgeldsanktion für Unternehmensvereinigungen führen, die nicht mehr im Einklang mit dem Grundsatz einer schuldangemessenen Sanktion stünde. Die gegen die Unternehmensvereinigung auf Basis eines derart weiten Bußgeldrahmens festzusetzende Geldbuße stünde regelmäßig in keiner angemessenen Relation zum Tatbeitrag der Unternehmensvereinigung. Sie überstiege die finanzielle Leistungsfähigkeit der Unternehmensvereinigung bei weitem und träfe selbst ohne die vorgesehene Ausfallhaftung – wirtschaftlich betrachtet – deren Mitglieder. Wollen sie die Unternehmensvereinigung erhalten, bliebe ihnen nichts anderes übrig, als die Mittel zur Zahlung der Geldbuße aufzubringen. Folgendes Beispiel veranschaulicht dies: Eine Vereinigung mit Einnahmen von zwei Millionen Euro jährlich und 20 Mitgliedern, deren durchschnittlicher Konzernumsatz bei einer Milliarde Euro liegt, müsste mit einem Bußgeldrahmen von zwei Milliarden Euro rechnen. Das

ist das Tausendfache ihrer eigenen Einnahmen. Die Mitglieder würden damit faktisch doppelt bestraft, soweit gegen sie eine eigene Geldbuße wegen ihrer Tatbeteiligung verhängt wird. Demgegenüber würden solche Mitglieder, die anders als die Unternehmensvereinigung nicht an der Zuwiderhandlung beteiligt waren, im Falle der Aufbringung der Geldbuße durch alle Mitglieder de facto mitbestraft, obwohl ihnen kein Vorwurf zu machen ist. Dies verstieße gegen den Schuldgrundsatz. Dies gilt umso mehr, als nach § 81c Abs. 5 RefE bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen zugrunde zu legen ist, die als wirtschaftliche Einheit operieren.

- (9) Die Berücksichtigung von Umsätzen der Mitglieder einer Unternehmensvereinigung auf nicht von der Zuwiderhandlung betroffenen Märkten führt zudem dazu, dass die drohende Bußgeldsanktion für die Unternehmensvereinigung und für ihre Mitglieder, die nach § 81b RefE für Kartellrechtsverstöße der Unternehmensvereinigung haftbar gemacht werden können, nicht hinreichend vorhersehbar ist. Ein Bußgeldrahmen von mehreren Milliarden Euro (siehe obiges Beispiel) bei einer gewöhnlichen Unternehmensvereinigung weist noch nicht einmal ein Mindestmaß an Bestimmtheit der Sanktion auf. Dies gilt umso mehr, als der Bußgeldrahmen von den Umsätzen Dritter (ihrer Mitglieder) abhängt, die für die Unternehmensvereinigung weder vorhersehbar noch beeinflussbar sind. Es ist daher äußerst zweifelhaft, ob ein derart unbestimmter Bußgeldrahmen mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot vereinbar ist.
- (10) Deshalb muss die Berücksichtigung von Umsätzen der Mitglieder einer Unternehmensvereinigung nach § 81c Abs. 4 Satz 1 RefE (wenigstens) auf die mit der Zuwiderhandlung in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehenden Umsätze der Mitglieder der Unternehmensvereinigung begrenzt werden.

2. Ausfallhaftung für Geldbußen gegen Unternehmensvereinigung verletzt Verteidigungsrechte der Mitglieder

- (11) § 81b RefE geht auf Art. 14 Abs. 4 ECN+-Richtlinie zurück, der eine Ausfallhaftung der Mitglieder einer Unternehmensvereinigung für gegen die Unternehmensvereinigung verhängte Geldbußen vorsieht.
- (12) Die mit § 81b RefE eingeführte Haftung ist insofern rechtsstaatlich bedenklich, als unklar ist, mit welchen Mitteln sich die Mitglieder der Unternehmensvereinigung gegen die vorausgehende Festsetzung einer Geldbuße gegen die Unternehmensvereinigung zur Wehr setzen können. Soll ein Mitglied einer Unternehmensvereini-

gung haftbar gemacht werden für Bußgelder, die gegen die Unternehmensvereinigung verhängt werden, muss das betroffene Mitglied am Verfahren gegen die Unternehmensvereinigung beteiligt werden (keine Haftung ohne Partizipationsrechte). Es muss dabei selbst umfassende Mitwirkungs- und Verteidigungsrechte haben, unabhängig davon, ob die Unternehmensvereinigung von ihren Rechten Gebrauch macht. Diese Rechte der Mitglieder im Verfahren gegen Unternehmensvereinigungen müssen gesetzlich verankert werden. Anderenfalls droht den Mitgliedern eine Haftung unter Verletzung fundamentaler rechtsstaatlicher Grundsätze (rechtliches Gehör, faires Verfahren, Verteidigungsrechte).

II. Höhe der Geldbußen (§ 81c RefE)

- (13) § 81c Abs. 3 RefE sieht eine substantielle Erhöhung des Bußgeldrahmens für Verstöße gegen bestimmte Verfahrenspflichten vor, nämlich einen Bußgeldrahmen von bis zu einem Prozent des Vorjahresumsatzes.
- (14) Art. 13 Abs. 2 der ECN+- Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, für bestimmte Verfahrensverstöße eine Bußgeldregelung einzuführen, die an die Unternehmensumsätze anknüpft. Keine Vorgaben macht die Richtlinie zu der Höhe dieser umsatzbezogenen Bußgeldregelung. Die Höhe der Geldbuße kann vom nationalen Gesetzgeber grundsätzlich frei bestimmt werden. Die ECN+-Richtlinie macht damit eine Änderung der bisherigen Rechtslage erforderlich. Nach geltender Gesetzeslage können Verstöße gegen Verfahrensvorschriften nach § 81 Abs. 4 Satz 5 GWB mit einer Geldbuße von bis zu EUR 100.000 geahndet werden.
- (15) Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass der umsatzbezogene Bußgeldrahmen weiter, maximal auf bis zu 0,5 % des Vorjahresumsatzes, begrenzt werden sollte. Ein so begrenzter Bußgeldrahmen ist nach Auffassung der Studienvereinigung hinreichend wirksam, verhältnismäßig und abschreckend, entsprechend den Erfordernissen des Art. 13 Abs. 2 der ECN+-Richtlinie. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass bereits die bislang geltende Regelung in der Praxis diese Wirkung erzielte. Eine Angleichung des Bußgeldrahmens an Art. 23 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 ist weder erforderlich noch angemessen.
- (16) Dabei fällt besonders ins Gewicht, dass die Verwirklichung des Bußgeldtatbestandes an die Verletzung von bestimmten Verfahrensvorschriften anknüpft. Deren Verletzung weist gerade nicht denselben Unrechtsgehalt und vergleichbare Auswirkun-

gen auf, wie dies für Verstöße gegen materielles Kartellrecht der Fall ist. Exemplarisch ist die – gegebenenfalls auch nur geringfügig – verzögerte Beantwortung eines Auskunftsverlangens zu nennen.¹

- (17) Bei einem mittelständischen Unternehmen mit einem weltweiten Gesamtumsatz von 1 Mrd. € ergäbe sich ein Bußgeldrahmen von 5 Mio. €, was den Anforderungen der ECN+-Richtlinie an wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Geldbußen allemal genügt.
- (18) Für die Verhältnismäßigkeit eines Bußgeldrahmens von höchstens 0,5 % des Vorjahresumsatzes spricht außerdem, dass es für die Ermittlung des Gesamtumsatzes nicht auf die Umsätze der rechtlichen Einheit ankommt, die den Verfahrensverstöß begangen hat, sondern nach § 81c Abs. 5 RefE auf die Umsätze aller zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefassten natürlichen und juristischen Personen.
- (19) Ein Bußgeldrahmen von 0,5 % des Vorjahresumsatzes ist nach Auffassung der Studienvereinigung besser geeignet einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Ahndungs- und Abschreckungsinteresse einerseits und dem teilweise sehr geringen Unrechtsgehalt der geahndeten Verfahrensverstöße andererseits zu erreichen.

III. Zumessung der Geldbuße (§ 81d RefE)

- (20) Die mit dem RefE verfolgte Zielsetzung, die gesetzlichen Kriterien für die Zumessung der Geldbuße zu konkretisieren und eine im Ausgangspunkt weitgehend harmonisierte Systematik der Zumessung durch Kartellbehörden und -gerichte anzustreben, ist zu begrüßen. Allerdings kann die konkrete Ausgestaltung des vorgeschlagenen § 81d RefE, insbesondere Satz 2, dieses angestrebte Ziel, das nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist, nicht erreichen.

1. Weiter gesetzlicher Bußgeldrahmen erfordert gesetzliche Konkretisierung

- (21) Nach dem derzeit geltenden § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB kann gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung eine Geldbuße verhängt werden, die 10 % des im der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung nicht übersteigen darf.

¹ Vgl. § 81 Abs. 2 Nr. 11 i.V.m. § 59b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 RefE.

- a) Einführung der 10%-Grenze mit der 7. GWB-Novelle
- (22) Die 10%-Grenze in § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB wurde mit der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 eingeführt, um die Vorschriften über die Bußgeldbemessung an die europäische Regelung anzupassen und so der dezentralen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts praktische Wirksamkeit zu verschaffen (BT-Dr. 15/5049, S. 50).² Die Regelung wird konkretisiert durch § 81 Abs. 4 Satz 6 GWB, der wie im europäischen Recht vorsieht, dass bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen sind. Eine weitere Konkretisierung sieht das Gesetz nicht vor. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollten allerdings im Rahmen einer teleologischen Auslegung auch die von der Europäischen Kommission praktizierten Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen mit heranzuziehen sein (BT-Dr. 15/5049, S. 50).
- b) Interpretation als Bußgeldrahmen im Grauzement-Beschluss des Bundesgerichtshofs
- (23) Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 26.02.2013 in Sachen *Grauzement* die 10%-Grenze in § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB „in verfassungskonformer Auslegung“ als Bußgeldrahmen interpretiert. Dem Bestimmtheitsgebot werde nur genügt, wenn die 10%-Grenze als umsatzabhängige Obergrenze verstanden werde. Nur dann bestehe für die Bußgeldzumessung ein hinreichend bestimmter Rahmen, innerhalb dessen anhand der allgemeinen Zumessungskriterien das zu verhängende Bußgeld im Einzelfall festgelegt werden könne. In diesem Zusammenhang erinnert der Bundesgerichtshof daran, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, über die allgemeinen Kriterien zu befinden, die den konkreten Ahndungsvorgang leiten. Ein solcher gesetzlicher Maßstab könne nicht durch Leitlinien des Bundeskartellamts oder der Europäischen Kommission ersetzt werden.³
- c) Modifizierte Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit
- (24) Das Bundeskartellamt hat in Reaktion auf den Grauzement-Beschluss des Bundesgerichtshofs seine Bußgeldleitlinien modifiziert. Zur Wahrung des Gebots angemessenen Sanktionierens sei bei der Bußgeldzumessung neben der Ahndungsempfind-

² Mit der Preismisbrauchsnovelle im Jahr 2007 wurde die Regelung in § 81 Abs. 4 GWB modifiziert. Damit sollte unter anderem klargestellt werden, dass für die vom Gesetzgeber ursprünglich als Kappungsgrenze gedachte 10 %-Grenze der Konzernumsatz maßgeblich ist (BT-Dr. 16/7156, S. 11).

³ BGH, Beschluss vom 26.02.2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, Rn. 51 ff., 57.

lichkeit des Unternehmens, die durch eine am Gesamtumsatz orientierte Bußgeldobergrenze abgebildet werde, auch das Gewinn- und Schadenspotential der Tat zu berücksichtigen. Das Gewinn- und Schadenspotential werde durch den tatbezogenen Umsatz zum Ausdruck gebracht. Der tatbezogene Umsatz wird (zu Recht) als sachgerechter Anknüpfungspunkt für die Bußgeldbemessung angesehen.⁴ Der Bemessungsspielraum im konkreten Fall soll demzufolge unter Berücksichtigung des tatbezogenen Umsatzes einerseits und des Gesamtumsatzes des Unternehmens andererseits bestimmt werden. Tatbezogener Umsatz wird definiert als der mit den Produkten bzw. Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, während des Tatzeitraums erzielte Inlandsumsatz des Unternehmens.

- d) Praxis der Bußgeldzumessung durch die zuständigen Gerichte
- (25) Die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts binden nicht die Gerichte, die im deutschen System des Kartellordnungswidrigkeitenrechts eine eigenständige Entscheidung über das Ob und die Höhe einer Sanktion treffen. In der Praxis des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs wird vielmehr eine Vielzahl unterschiedlicher Kriterien berücksichtigt, um innerhalb des vorgegebenen Rahmens und unter Berücksichtigung der Schwere und Dauer der Tat ein individuelles Bußgeld festzusetzen. Eine den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts vergleichbare Systematik der Bußgeldzumessung ist in den Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs nicht erkennbar.
- e) Rechtsschutzdefizit als Folge fehlender Bestimmtheit der gesetzlichen Zumessungskriterien
- (26) Die unterschiedliche Herangehensweise des Bundeskartellamts einerseits und der Gerichte andererseits hat dazu geführt, dass es nach Einsprüchen gegen Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamts teilweise zu einer Vervielfachung der Bußgelder kam, die vom Bundeskartellamt als tat- und schuldangemessenen erachtet worden waren. Betroffene Unternehmen müssen befürchten, dass die Inanspruchnahme des Rechtswegs zu einer drastischen Erhöhung des Bußgeldes führt, wenn sich der Tatvorwurf bestätigt, selbst ohne dass neue, erschwerende Umstände vorliegen. Sogar dann, wenn der Tatvorwurf vor Gericht in Teilen ausgeräumt werden kann, muss mit einer Erhöhung des Bußgeldes gerechnet werden.

⁴ Dies bestätigen auch die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. EU Nr. C 210/2 vom 01.09.2006, Rn. 12 ff.).

- (27) Infolgedessen sehen sich zahlreiche Unternehmen aufgrund der mit einem Einspruch verbundenen Risiken dazu gezwungen, auf eine Inanspruchnahme des Rechtswegs zu verzichten, indem sie keinen Einspruch einlegen bzw. einen eingelegten Einspruch zurücknehmen. Dabei handelt es sich – anders als in der Begründung des RefE angedeutet – keineswegs um Einzelfälle. Die abschreckende Wirkung, die sich aus der Divergenz der Herangehensweise von Bundeskartellamt einerseits und Oberlandesgericht Düsseldorf und Bundesgerichtshof andererseits ergibt, lässt sich empirisch belegen. Eine Auswertung von 30 Bußgeldverfahren des Bundeskartellamts, in denen die Bußgeldbescheide jedenfalls zu einem wesentlichen Teil nach dem Grauzement-Beschluss des Bundesgerichtshofs ergangen sind, ergibt ein eindeutiges Bild: in den insgesamt 30 Bußgeldverfahren wurden gegen 203 Nebenbetroffene Bußgelder verhängt, die sich nach den Angaben des Bundeskartellamts auf mehr als ca. 1,7 Mrd. Euro summieren. Von diesen 203 Bußgeldadressaten haben lediglich 44 Einsprüche eingelegt, obwohl die verhängten Bußgelder häufig mehrstellige Millionenbeträge erreichten und die Betroffenen wirtschaftlich erheblich belasteten. Von den eingelegten Einsprüchen wurden bislang mindestens 21 vor einer Hauptverhandlung zurückgenommen. Im Ergebnis wurden somit lediglich rund 10 % der kartellbehördlich erlassenen Bußgeldbescheide gerichtlich überprüft, was angesichts der Höhe der verhängten Bußgelder die abschreckende Wirkung einer Inanspruchnahme des Rechtswegs bestätigt.⁵
- (28) Die aktuelle gesetzliche Regelung und ihre Auslegung durch die Rechtsprechung führen somit zu einem Rechtsschutzdefizit, das mit dem in Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz ebenso wie in Art. 3 ECN+-Richtlinie garantierten Recht, einen wirksamen Rechtsbehelf einlegen zu können, kaum zu vereinbaren. Ursächlich hierfür ist letztlich die mangelnde Bestimmtheit der gesetzlichen Vorgaben für die Bußgeldzumessung. Gerade wegen der enormen Weite des gesetzlichen Bußgeldrahmens, der durch die Bezugnahme auf den Konzernumsatz nochmals ausgedehnt wird, und weil dem Bußgeldrahmen jeder Bezug zu Unrecht und Schuld fehlt, sind den Gerichten verlässliche Wertungskriterien für die konkrete Bußgeldzumessung an die Hand zu geben.⁶ Dieser Verpflichtung ist der Gesetzgeber in § 81 Abs. 4 GWB bislang nicht hinreichend nachgekommen.⁷

⁵ Die Ergebnisse der Auswertung sind in tabellarischer Form als Anhang beigefügt.

⁶ BVerfG, Urteil vom 20.03.2002, 2 BvR 794/95, Rn. 76 (juris), BVerfGE 105, 135 („Vermögensstrafe“).

⁷ Hassemer/Dallmeyer, Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbußen und das Grundgesetz, Nomos 2010, S. 48.

2. Vorschlag im RefE kann die bestehenden Defizite nur unzureichend beseitigen

- (29) Der RefE erkennt zutreffend die Notwendigkeit, die gesetzlichen Kriterien für die Zumessung der Geldbuße zu konkretisieren. In diesem Zusammenhang begrüßt es die Studienvereinigung, dass Compliance-Maßnahmen – wie bereits in anderen Staaten, wie z.B. Italien oder Frankreich, der Fall – künftig bußgeldmindernd berücksichtigen werden sollen. Anders als in der Begründung des RefE angedeutet, ist eine gesetzliche Konkretisierung der Zumessungskriterien vor dem Hintergrund der Weite des gesamtumsatzbezogenen Bußgeldrahmens allerdings nicht nur „sinnvoll“, sondern aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend geboten. Dabei sollten – um die bestehenden Defizite zu beseitigen – nicht nur einheitliche Kriterien vorgegeben, sondern – worauf auch die Begründung des RefE zu Recht hinweist – eine im Ausgangspunkt weitgehend harmonisierte Systematik der Bußgeldzumessung eingeführt werden.
- (30) Die konkrete Ausgestaltung von § 81 Abs. 1 Satz 2 RefE bleibt hinter dieser Zielsetzung deutlich zurück. § 81d Abs. 1 RefE sieht einen Katalog von Kriterien vor, die – ergänzend zum Maßstab der Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung – als abzuwägende Umstände in Betracht kommen können, sofern es um die Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen wegen bestimmter als besonders schwerwiegend erachteter Kartellrechtsverstöße geht.
- (31) Die katalogartige Erwähnung von abzuwägenden Umständen, die bei der Bußgeldzumessung „insbesondere in Betracht“ kommen, kann das Erfordernis, den Gerichten ebenso wie der Kartellbehörde verlässliche und konkrete Wertungskriterien für die Bußgeldzumessung an die Hand zu geben, nicht erfüllen. Die bestehenden Defizite können auf diese Weise nicht beseitigt werden.
- (32) Um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen und die Gewährleistung effektiven Rechtsschutz wiederherzustellen, wäre vielmehr eine einheitliche Systematik der Bußgeldbemessung erforderlich, wie sie beispielsweise in der Schweiz vom Gesetzgeber in der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vorgegeben wurde. Nach Art. 3 dieser Verordnung ist Ausgangspunkt für die Bußgeldbemessung ein Basisbetrag, der je nach Schwere und Art des Verstoßes bis zu 10 % des Umsatzes des betreffenden Unternehmens in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz beträgt. Dieser Basisbetrag wird abhängig von der Dauer des Verstoßes nach Art. 4 der Verordnung erhöht. Zudem können nach Art. 5 und Art. 6 erschwerende und mildernde Umstände berücksichtigt werden.

- (33) Auch das Bundeskartellamt setzt in seinen Leitlinien aus gutem Grund am tatbezogenen Umsatz als Ausgangspunkt der Bußgeldbemessung an. Nur so wird der erforderliche Bezug zur konkreten Tat in hinreichendem Maß hergestellt. Ein Ansetzen am tatbezogenen Umsatz führt auch nicht zu einer mathematischen Berechenbarkeit der Bußgeldhöhe. Auch die Vorgaben in der Schweiz oder in den Leitlinien des Bundeskartellamts stehen einer Einzelfallgerechtigkeit nicht im Weg.

3. Vorschlag für § 81d Abs. 1 RefE

- (34) Um das bestehende Rechtsschutzdefizit zu beseitigen und dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu genügen, sollte § 81d Abs. 1 RefE aus Sicht der Studienvereinigung wie folgt lauten:

„Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen. Bei Geldbußen, die gegen Unternehmen wegen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Beschlüssen oder abgestimmten Verhaltensweisen nach § 1 oder Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder wegen verbotener Verhaltensweisen nach §§ 19, 20 oder 21 oder Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union festgesetzt werden, ist Ausgangspunkt der Bußgeldbemessung je nach Art und Schwere bis zu 30 % des mit der Zuwiderhandlung in unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehenden Umsatzes des Unternehmens (tatbezogener Umsatz), jedoch nicht mehr als 10 % des Gesamtumsatzes im Sinne des § 81c Abs. 5. Bei der Bestimmung der genauen Höhe sind sämtliche tatbezogenen Umstände zu berücksichtigen, insbesondere

- 1. die Art und Ausmaß der Zuwiderhandlung,*
- 2. der kumulierten Marktanteil der an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen,*
- 3. die Bedeutung der von der Zuwiderhandlung betroffenen Produkte und Dienstleistungen, und*
- 4. die etwaige Umsetzung der Zuwiderhandlung in der Praxis.*

Ferner sind sämtliche täterbezogenen Umstände zu berücksichtigen, insbesondere

- 1. vorausgegangen Zuwiderhandlungen des Unternehmens,*
- 2. die Rolle des Unternehmens als Anstifter oder Anführer des Verstoßes,*
- 3. eine passive Rolle des Unternehmens bei der Zuwiderhandlung,*
- 4. die Mitwirkung des Unternehmens bei der Aufklärung der Zuwiderhandlung,*
- 5. das Bemühen des Unternehmens, den Schaden wiedergutzumachen, und*

6. *die nach der Zuwiderhandlung getroffenen Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen.*

Bei der Bestimmung des tatbezogenen Umsatzes im Sinne des Satzes 2 können Schätzungen zugrunde gelegt werden.“

- (35) Die hier vorgeschlagene Regelung greift auf eine auf nationaler und europäischer Ebene bewährte Methodik der Zumessung von Kartellbußgeldern zurück. In zahlreichen Rechtsordnungen knüpft die Bußgeldzumessung an einen Anteil des tatbezogenen Umsatzes als Ausgangspunkt der Bußgeldbemessung an. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird eine Orientierung am tatbezogenen Umsatz der Maßgeblichkeit des Unrechtsgehalts der Bezugstat für die Bestimmung des Ahnungsanteils der Geldbuße gerecht.⁸ Auch die weiteren Kriterien sind etabliert. Diese Methodik steht einer im Einzelfall tat- und schuldangemessenen Bußgeldfestsetzung, die auch die individuelle Ahnungsempfindlichkeit hinreichend berücksichtigt, nicht im Wege. Der Vorschlag ermöglicht es, auch in Zukunft einzelne Zumessungsfaktoren unterschiedlich zu gewichten, um so den Umständen des konkreten Falles hinreichend Rechnung zu tragen.
- (36) Der unverändert fortgeltende weite Bußgeldrahmen von bis zu 10 % des Gesamtumsatzes erlaubt auch weiterhin die Verhängung hinreichend empfindlicher Geldbußen, auch gegen sehr große diversifizierte Unternehmen. Dem kann bei der Bußgeldbemessung durch einen gewissen Aufschlag zur Sicherstellung einer hinreichend täterabschreckenden Wirkung Rechnung getragen werden. Der vorstehende Vorschlag stellt zudem sicher, dass bei der Bußgeldzumessung sowohl der Unrechtsgehalt der Tat als auch die Ahnungsempfindlichkeit des Unternehmens hinreichend berücksichtigt wird.

IV. Verjährung (§ 81g RefE)

- (37) § 81g Abs. 4 RefE sieht eine Neuregelung der absoluten Verjährungsfrist vor. Im Ausgangspunkt soll nach § 81 Abs. 4 Satz 1 RefE die Verfolgungsverjährung weiterhin spätestens mit dem Tag eintreten, an dem die doppelte Verjährungsfrist verstrichen ist. Gemäß § 81 Abs. 4 Satz 2 RefE verlängert sich die absolute Verjährungsfrist jedoch um den Zeitraum, in dem die Bußgeldentscheidung Gegenstand eines bei einer gerichtlichen Instanz anhängigen Verfahrens ist. Dadurch würde der Eintritt der absoluten Verfolgungsverjährung künftig ausgeschlossen, sobald das Verfahren

⁸ BGH, Beschluss vom 17.10.2013, 3 StR 167/13, WM 2014, 1254.

bei Gericht anhängig ist. Die geplante Neuregelung bewirkt faktisch eine Abschaffung der Verfolgungsverjährung in gerichtlichen Verfahren.

- (38) § 81g Abs. 4 RefE setzt die Vorgaben aus Art. 3 Abs. 2 ECN+-Richtlinie nicht um und begegnet rechtsstaatlichen Bedenken. Ausdruck des in Art. 47 Abs. 2 GRCh und in Art. 6 EMRK verankerten *fair trial*-Grundsatzes ist, dass innerhalb angemessener Frist zu verhandeln ist.⁹ Schon heute ist es aber regelmäßig so, dass die Gerichte in Kartellsachen eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung feststellen müssen. Zu befürchten ist, dass ohnehin schon oft extrem lange dauernde Kartellverfahren sich künftig noch weiter hinziehen werden. Die Abschaffung der absoluten Verfolgungsverjährung in gerichtlichen Verfahren würde das bereits bestehende rechtsstaatliche Defizit nochmals erheblich verschärfen, da Anreize zur Verfahrensbeschleunigung ab dem Zeitpunkt der Anhängigkeit bei Gericht verloren gingen.
- (39) Im Übrigen bestehen auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 81g Abs. 4 RefE, da es keinen eindeutig bestimmbar, äußersten Zeitpunkt gäbe, ab dem der Vorwurf gegen den Betroffenen aufgrund der „Fiktion einer Aussöhnung des Täters mit der Gesellschaft“¹⁰ entfallen würde. Des Weiteren drohen durch die Neuregelung Wertungswidersprüche zum Strafrecht, insbesondere in Fällen des strafbaren Submissionsbetrugs. Wenn eine Straftat nach § 298 StGB nach den allgemeinen Regeln (§ 78c Abs. 3 S. 2 StGB) längst verjährt ist, muss ein entsprechendes Verfolgungshindernis erst recht für eine reine Ordnungswidrigkeit gelten.
- (40) Abgesehen von diesen rechtsstaatlichen Bedenken besteht keine praktische Notwendigkeit für die geplante Abschaffung der Verjährung in Gerichtsverfahren. In der Begründung des RefE heißt es, dass aufgrund des besonderen Aufwands, mit dem kartellbehördliche Verfahren oft langjährig betrieben werden, „vielfach die Gefahr einer absoluten Verjährung“ im gerichtlichen Verfahren bestünde.¹¹ Die Studienvereinigung hält diese Befürchtung aus empirischer Sicht für unbegründet. In jüngerer Vergangenheit gab es in Deutschland nur einen Kartellrechtsfall, in dem ein Gericht die absolute Verjährung festgestellt hat, nämlich den Fall „Carlsberg“.¹² Dieses Verfahren war aber dadurch gekennzeichnet, dass zur Überzeugung des Gerichts die Tatbeendigung früher erfolgt war als vom Bundeskartellamt angenommen. Die geplante Gesetzesänderung hätte in diesem Fall die Verjährung nicht verhindert, da zum Zeitpunkt der Anhängigkeit mehr als zehn Jahren seit der vom Ober-

⁹ Siehe auch Art. 41 Abs. 1 GRCh.

¹⁰ MüKoStGB/Mitsch, 3. Aufl. 2016, StGB § 78 Rn. 3.

¹¹ Siehe S. 143 RefE.

¹² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.04.2019, V 4 2/16 (OWi).

landesgericht Düsseldorf festgestellten Tatbeendigung vergangen waren. Vor diesem Hintergrund besteht auch keine praktische Notwendigkeit dafür, die absolute Verjährung in gerichtlichen Verfahren abzuschaffen.

- (41) Anders als in der Begründung zum RefE ausgeführt, ist der ECN+-Richtlinie kein Umsetzungsauftrag im Hinblick auf die vorgesehene Verlängerung der absoluten Verjährungsfrist zu entnehmen. Zwar überlässt es Art. 29 Abs. 1 ECN+-Richtlinie im Fall von Parallelverfahren von der Europäischen Kommission oder den nationalen Wettbewerbsbehörden den Mitgliedsstaaten, die Frage der absoluten Verjährungsfrist zu bestimmen, während Art. 29 Abs. 2 ECN+-Richtlinie einen solchen Verweis nicht enthält. Aus dem Schweigen ist jedoch kein Umsetzungsauftrag zur Schaffung einer "ewigen Verjährung" im rein nationalen Kontext abzuleiten. Denn die Anordnung in Art. 29 Abs. 1 ECN+-Richtlinie, wonach die nationalen Verjährungsfristen unberührt bleiben, kann als allgemeinere Regelung verstanden werden, die auch auf Art. 29 Abs. 2 ECN+-Richtlinie zu beziehen ist.¹³ Gegen einen Umsetzungsauftrag spricht weiter, dass es in Erwägungsgrund 70 der ECN+-Richtlinie heißt: „Die Mitgliedstaaten sollten durch diese Fristhemmung oder -aussetzung nicht daran gehindert werden, absolute Verjährungsfristen beizubehalten oder einzuführen, sofern die Dauer dieser Verjährungsfristen die wirksame Durchsetzung der Artikel 101 und 102 AEUV nicht praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig macht.“¹⁴ Zur wirksamen Durchsetzung des Kartellrechts gehört auch, dass Schadensersatzkläger nicht ewig auf eine Entscheidung mit Bindungswirkung gemäß § 33b GWB warten müssen. Die wirksame Durchsetzung des Kartellrechts setzt voraus, dass Taten innerhalb eines überschaubaren Zeitraums durch rechtskräftigen Bußgeldbescheid oder erstinstanzliches Urteil geahndet werden.¹⁵
- (42) Die Studienvereinigung ist daher der Auffassung, dass der deutsche Gesetzgeber die absolute Verfolgungsverjährung auch in Rechtsmittelverfahren nicht abschaffen sollte. § 81g Abs. 4 Satz 2 RefE sollte daher ersatzlos gestrichen werden. Damit kommt der deutsche Gesetzgeber auch dem Umsetzungsauftrag aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 ECN+-Richtlinie nach, indem er sicherstellt, dass kartellrechtliche Durchsetzungsverfahren innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens durchgeführt werden.

¹³ Steinberg/Wirtz, WuW 2020, 8, 13.

¹⁴ Der Unionsgesetzgeber hat bei Einführung der Verfolgungsverjährung im Jahr 1974 zu Recht betont, dass es im Interesse der Rechtssicherheit geboten ist, den Grundsatz der Verjährung einzuführen (vgl. Verordnung (EWG) Nr. 2988/74, ABl. EG Nr. L 319/1 vom 29.11.1974).

¹⁵ So auch Meyer-Lindemann, WuW 2020, 16, 19.

V. Kronzeugenprogramm (§§ 81h-81n RefE)

(43) Die §§ 81h-81n RefE sollen der Umsetzung von Art. 17-23 ECN+-Richtlinie dienen. Dies gelingt dem RefE nur teilweise. Er verliert insbesondere den Umsetzungsauftrag aus Art. 3 ECN+-Richtlinie aus dem Blick. Die Regelungen des RefE zum Kronzeugenprogramm müssen aus Sicht der Studienvereinigung an mehreren Stellen ergänzt werden. Es bedarf eines ausdrücklichen Hinweises, dass mit der Kronzeugenbehandlung keine Einschränkung der Verfahrensrechte und des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz verbunden ist. Antragstellern, die die Voraussetzungen für einen Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße erfüllen, muss im Strafverfahren gleichermaßen ein Straferlass oder eine Strafmilderung gewährt werden. Wird das Verfahren zur Sanktionierung des Unternehmens nach § 82 Abs. 2 Satz 2 RefE vom Bundeskartellamt an die Staatsanwaltschaft verwiesen, müssen die Regelungen des Kronzeugenprogramms auch insoweit im Strafverfahren Anwendung finden.

1. Grundrechtsschutz / Verfahrensrechte

(44) Kapitel VI ECN+-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden über Kronzeugenprogramme für geheime Kartelle verfügen. Der RefE setzt diese Vorgabe in den §§ 81h-81n RefE um. Kapitel II ECN+-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, auch im Rahmen einer solchen Kronzeugenbehandlung die Verteidigungsrechte, insbesondere Grundrechte und Verfahrensgarantien, zu gewährleisten. Diese Gewährleistung bleibt im RefE unerwähnt.

(45) Den Vorteil einer Kronzeugenbehandlung erlangt nur derjenige, der umfassend mit der Kartellbehörde kooperiert (§ 81j Abs. 1 Nr. 3 RefE). Die Praxis zeigt Situationen, in denen die Kooperationsbereitschaft kartellbehördlich infrage gestellt wird, wenn Kronzeugen ihre Verteidigungsrechte wahrnehmen. Ein konkretes Beispiel ist die Drohung des Bundeskartellamts mit dem Entzug der rangwahrenden Funktion eines Markers (und der tatsächliche Entzug derselben), falls ein Unternehmen seinen Widerspruch gegen die Beschlagnahme von Unterlagen nicht zurücknimmt, sondern eine gerichtliche Entscheidung beantragt, um die Rechtmäßigkeit der kartellbehördlichen Beschlagnahme überprüfen zu lassen.

(46) Das Beispiel zeigt einen praktischen Konflikt zwischen der umfassenden Kooperationspflicht, wie sie das Kronzeugenprogramm fordert, und der Gewährleistung von Grundrechten (hier: Anspruch auf Gewährung effektiven gerichtlichen Rechtsschutz-

zes) und strafprozessualen Verfahrensgarantien. Kapitel II ECN+-Richtlinie löst diesen Konflikt zugunsten der Verteidigungsrechte auf. Grundrechte und Verfahrensgarantien stehen auch einem Kronzeugen zu.

- (47) Die Studienvereinigung plädiert daher dafür, in den §§ 81h-81n RefE ausdrücklich klarzustellen, dass Grundrechte, Verfahrensgarantien und einfachgesetzlich geregelte Verteidigungsrechte durch die Inanspruchnahme des Kronzeugenprogramms nicht eingeschränkt werden. § 81j RefE sollte um einen Absatz 3 ergänzt werden, der wie folgt lautet:

„Die Gewährung der Kronzeugenbehandlung setzt nicht voraus, dass der Antragsteller auf Verfahrensrechte oder das Recht auf effektiven Rechtsschutz verzichtet.“

- (48) In die Begründung des Gesetzentwurfs sollte zusätzlich aufgenommen werden, dass dies insbesondere für den Anspruch auf rechtliches Gehör und auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 3 Abs. 2 ECN+-Richtlinie) sowie für das Recht auf ein faires Verfahren innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens gilt (Art. 3 Abs. 3 ECN+-Richtlinie).

2. Schutz natürlicher Personen vor strafrechtlicher Verfolgung

- (49) Nach § 81h RefE gilt das Kronzeugenprogramm nicht nur für kartellbeteiligte Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, sondern auch für an Kartellen beteiligte natürliche Personen. Der Schutz von natürlichen Personen ist insofern zu begrüßen, als das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht – anders als das europäische Recht – eine Bußgeldsanktion für natürliche Personen und Unternehmen vorsieht.
- (50) Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sind für die Kooperation im Rahmen des Kronzeugenprogramms auf die Mitwirkung der kartellbeteiligten natürlichen Personen angewiesen. Deshalb ist es konsequent, dass der Kronzeugenantrag des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung nach § 81i Abs. 2 Satz 2 RefE auch für Mitglieder von Aufsichts- und Leitungsorganen sowie für Mitarbeiter gilt.
- (51) Kartellverstöße begründen jedoch nicht selten auch eine Strafbarkeit, etwa nach § 298 StGB. Der Anreiz zur Kooperation ist für die natürliche Person begrenzt, wenn sie mit ihrer Kooperation zwar die Chance auf einen Erlass oder eine Reduktion der von der Kartellbehörde zu verhängenden Geldbuße erhält, sich gleichzeitig aber das Risiko ihrer strafrechtlichen Verfolgung erhöht.
- (52) Das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung ist nicht nur theoretischer Natur. In der Vergangenheit wurden mehrfach Verfahren gegen Mitarbeiter kartellbeteiligter

Unternehmen vom Bundeskartellamt an die zuständigen Staatsanwaltschaften abgegeben, mit der Folge, dass die entsprechenden Mitarbeiter wegen Verstößen gegen strafrechtliche Vorschriften, insbesondere § 298 StGB, sanktioniert wurden.¹⁶

- (53) Deshalb sieht Art. 23 Abs. 2 der ECN+-Richtlinie nicht ohne Grund vor, dass der Kronzeugenantrag die natürliche Person auch vor strafrechtlicher Verfolgung schützen soll. Diese Vorgabe wird im RefE allerdings nicht umgesetzt. Der RefE enthält nicht einmal die in Art. 23 Abs. 3 ECN+-Richtlinie vorgeschriebenen Vorkehrungen, wonach die zuständigen Behörden in Strafverfahren keine Sanktion verhängen oder jedenfalls die zu verhängende Sanktion herabsetzen dürfen, falls der Beitrag des Kronzeugen das Interesse an der Verfolgung und Bestrafung überwiegt.
- (54) Der Schutz natürlicher Personen im Rahmen des Kronzeugenprogramms bleibt damit ohne erkennbaren Grund hinter den Vorgaben der ECN+-Richtlinie zurück, was sich negativ auf die Wirksamkeit der Kronzeugenregelung auswirkt. Die Studienvereinigung plädiert dafür, den Schutz natürlicher Personen, die einen Kronzeugenantrag stellen, wie in Art. 23 Abs. 2 ECN+-Richtlinie vorgesehen jedenfalls auch auf solche Strafnormen auszuweiten, mit denen dieselben Ziele wie mit Artikel 101 AEUV verfolgt werden, was jedenfalls auf § 298 StGB zutrifft. Natürliche Personen, die die Voraussetzungen des § 81j RefE erfüllen, sollten vor strafrechtlicher Verfolgung wegen ihrer Kartellbeteiligung geschützt werden. Kartellbeteiligte, die die Voraussetzungen des § 81l RefE erfüllen, sollten in den Genuss einer Strafmilderung kommen.
- (55) Eine solche gesetzliche Anordnung könnte im GWB oder im Straf(verfahrens)recht erfolgen.

VI. Besondere Ermittlungsbefugnisse (§ 81o RefE)

- (56) Der RefE sieht eine erhebliche Ausweitung der Kompetenzen der Kartellbehörden im Bereich der Bußgeldverfahren vor, die die Verfahrens- und Verteidigungsrechte unverhältnismäßig einschränken.

¹⁶ Ein Beispiel hierfür ist der Fall Feuerwehrfahrzeuge (Drehleiterfahrzeuge), in dem die Staatsanwaltschaft Stuttgart Anklage auch gegen die Mitarbeiter des Kronzeugen Rosenbauer erhob, obwohl diese gemeinsam mit dem Unternehmen den Fall durch einen Kronzeugenantrag beim Bundeskartellamt freiwillig aufgedeckt hatten (Az. 166 Js 50178/10). Das Strafverfahren endete mit Strafbefehlen.

- 1. Auskunftsverlangen und Möglichkeit der Befragung anlässlich von Durchsuchungen verstoßen gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz**
- a) Nur noch begrenzte Auskunftspflicht aufgrund der Kritik an dem zunächst bekannt gewordenen RefE
- (57) Der inzwischen offiziell veröffentlichte RefE unterscheidet sich von der zuvor bekannt gewordenen Fassung deutlich und greift die öffentlich geäußerte Kritik zur Auskunftspflicht von natürlichen Personen zumindest teilweise auf.
- (58) So sieht der RefE nun nicht mehr vor, dass sich ein Unternehmensvertreter in einem Bußgeldverfahren nicht auf § 55 StPO berufen darf, wenn sich das Auskunftsersuchen an das Unternehmen richtet und der Vertreter insoweit hinreichend durch ein Beweisverwendungsverbot geschützt wäre. Dass ein gesetzliches Beweisverwendungsverbot nur ein nachträglicher Ausgleich für eine bereits erfolgte Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes bei solchen Auskunftspflichten sein kann, die außerhalb eines Straf- oder Bußgeldverfahrens bestehen,¹⁷ wurde damit erkannt.
- (59) Natürlichen Personen gewährt der RefE nun in Bußgeldverfahren bei Auskunftsersuchen und bei Befragungen anlässlich von Durchsuchungen grundsätzlich ein Auskunftsverweigerungsrecht im Sinne von § 55 StPO, unabhängig davon, ob die Auskunft von einem Unternehmen oder aber von einer natürlichen Person verlangt wird. Allerdings soll das nicht gelten, wenn die Auskunft nur die Gefahr der Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren begründet und die Kartellbehörde der natürlichen Person im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens eine Nichtverfolgungszusage erteilt hat (§ 81o Abs. 1 i.V.m. § 59 Abs. 4 Satz 2 RefE).
- b) Auskunftspflicht natürlicher Personen in Bußgeldverfahren verstößt bei einer nicht verbindlichen Nichtverfolgungszusage gegen verfassungsrechtliche Vorgaben
- (60) Der Grundsatz, dass jedenfalls eine natürliche Person nicht verpflichtet werden darf, gegen sich selbst auszusagen, hat Verfassungsrang. Er gründet nach deutschem Recht auf dem Rechtsstaatsprinzip, dem Recht auf ein faires Verfahren und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und ist sogar auf den Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde zurückzuführen.¹⁸ Der *nemo tenetur*-Grundsatz findet

¹⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.01.1981, 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37 („Gemeinschuldner-Beschluss“).

¹⁸ Siehe dazu nur: BVerfG, Beschluss vom 26.02.1997, 1 BvR 2172/96, Rn. 81 ff. (juris), BVerfGE 95, 220; BVerfG, Beschluss vom 27.04.2010, 2 BvL 13/07, Rn. 2 (juris) m.w.N.

(jedenfalls) für natürliche Personen auch auf europäischer Ebene Anwendung – sowohl aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EMRK als auch nach Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 GRCh.¹⁹

- (61) Die Nichtverfolgungszusage der Kartellbehörde – wie sie der RefE vorsieht – schützt die Auskunftsperson jedoch nicht verlässlich vor der Verfolgung wegen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Vielmehr bietet die nun einheitlich für sämtliche natürliche Personen vorgesehene Lösung des RefE sogar weniger Schutz als das zunächst zusätzlich vorgesehene Verwendungsverbot für Unternehmensvertreter.
- (62) Da die Nichtverfolgungszusage auch durch den RefE nicht gesetzlich geregelt wird, sondern auf Grundlage des der Kartellbehörde eingeräumten Verfolgungsermessens (§ 47 Abs. 1 OWiG) erteilt wird, ist sie selbst für die Kartellbehörde jedenfalls dann nicht bindend, wenn sie die Grenzen des zulässigen Ermessens überschreitet.²⁰ Das anerkennt sogar die Begründung des RefE (S. 126 RefE). Die Nichtverfolgungszusage schützt den Betroffenen somit schon nicht ausreichend vor der Verfolgung wegen kartellrechtlicher Ordnungswidrigkeiten.
- (63) Die Nichtverfolgungszusage bewahrt den Betroffenen zudem nicht vor der Verfolgung wegen anderer Ordnungswidrigkeiten und Straftaten, die mit den Kartellordnungswidrigkeiten zusammenhängen. Bei kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeiten ist eine Strafbarkeit wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB), Betrugs (§ 263 StGB), Untreue (§ 266 StGB) oder gar anderer Straftaten aber nicht ungewöhnlich. Zwar soll die Kartellbehörde die Nichtverfolgungszusage nur erteilen, wenn ausschließlich Kartellordnungswidrigkeiten in Betracht kommen. Ob tatsächlich nur Kartellordnungswidrigkeiten in Betracht kommen, ist aber gerade am Anfang eines Ermittlungsverfahrens nicht absehbar. Es ist auch nicht unwahrscheinlich, dass erst durch die Aussage des Betroffenen ersichtlich wird, dass dieser auch eine Straftat oder eine andere Ordnungswidrigkeit verwirklicht hat.
- (64) Die Regelungen zu Auskunftsverlangen nach § 81o Abs. 1 i.V.m. § 59 RefE und zu Befragungen anlässlich von Durchsuchungen gemäß § 81o Abs. 1 i.V.m. § 59b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 RefE verstoßen gegen die verfassungsrechtlich verbürgte Selbstbelastungsfreiheit natürlicher Personen. Außerdem setzt der deutsche Gesetzgeber mit

¹⁹ Ausführlich m.w.N.: Henn, Strafrechtliche Verfahrensgarantien im europäischen Kartellrecht, 2018, S. 172 ff., S. 195, S. 206 f.; Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 3. Auflage 2016, Art. 48 GRCh Rn. 31 m.w.N.; vgl. zur GRCh auch: Meyer/Hölscheidt-Eser/Kubiciel, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage 2019, Art. 48 GRCh Rn. 12 m.w.N.

²⁰ Zu der fehlenden Bindungswirkung der Nichtverfolgungszusage siehe auch: Weiters, ZWeR 2010, 210, 211 ff.

diesen Regelungen den Auftrag nach Art. 3 Abs. 1 der ECN+-Richtlinie nicht um. Danach müssen die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union eingehalten werden, zu denen unter anderem das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit („*nemo tenetur*“) gehört.

- (65) Damit die vorgeschlagenen Regelungen überhaupt verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind und den Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 ECN+-Richtlinie Rechnung getragen wird, muss die Nichtverfolgungszusage gesetzlich geregelt werden. Dabei muss eine Bindungswirkung hinsichtlich aller Behörden und aller Straftaten und Ordnungswidrigkeiten angeordnet werden, die mit dem Vorwurf in Zusammenhang stehen.

2. Weitreichende Ausnahme von dem Unmittelbarkeitsgrundsatz sollte gestrichen werden

- (66) § 81o Abs. 3 RefE sieht vor, den Unmittelbarkeitsgrundsatz weitgehend zu durchbrechen. Diese Regelung sollte gestrichen werden, da die bereits geltenden Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz (insb. § 77a Abs. 1, 4 OWiG) ausreichen, um eine dem Beschleunigungsgrundsatz genügende Hauptverhandlung durchzuführen.

- (67) Eine derart weitgehende Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatz, wie sie § 81o Abs. 3 RefE insbesondere hinsichtlich der Verlesung anlässlich von Befragungen bei Durchsuchungen bei Unternehmen nach § 59b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 RefE angefertigter Protokolle vorsieht, gefährdet die Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 der ECN+-Richtlinie, zu denen unter anderem das Recht auf Konfrontation des Zeugen (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) gehört.

a) Weiterreichende Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes vorgeschlagen

- (68) § 81o Abs. 3 RefE sieht vor, dass Auskünfte, die aufgrund von § 81o Abs. 1 i.V.m. § 59 RefE erteilt wurden, sowie Protokolle, die aufgrund von Befragungen bei Durchsuchungen erstellt wurden (§ 81o Abs. 1 i.V.m. § 59b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 RefE), als Urkunden in das gerichtliche Verfahren eingebracht werden können. § 250 StPO, der anordnet, dass ein Zeugenbeweis nicht durch Verlesung einer Vernehmungsniederschrift ersetzt werden kann soll nach dem RefE nicht gelten, da es zu aufwendig sei, im gerichtlichen Verfahren alle Zeugen zu hören.

- (69) Die von dem RefE vorgeschlagene Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ist besonders weitreichend, weil auch noch während des gerichtlichen Verfahrens das Gericht solche Auskunftsverlangen unternehmen kann (§ 81o Abs. 2 RefE). Das

Gericht hätte es damit in der Hand, durch geforderte Auskünfte Zeugenvernehmungen überflüssig zu machen.

- b) Der Unmittelbarkeitsgrundsatz ist kein bloßer Formalismus
- (70) Die Anhörung von Zeugen im gerichtlichen Verfahren ist aufwendig, aber – gerade in Kartellbußgeldverfahren – kein unsinniger Formalismus. Die Entscheidung der deutschen Strafprozessordnung, wonach grundsätzlich der Zeuge in der Hauptverhandlung zu befragen ist und nicht bloß ein Vernehmungsprotokoll oder ein anderes Beweissurrogat verwendet werden darf, dient dazu, dass sich das Gericht einen eigenen Eindruck von dem Zeugen machen kann, die Verteidigung den Zeugen befragen und konfrontieren kann (wozu sie regelmäßig zuvor keine Möglichkeit hatte) und so Fehlurteile vermieden werden. Aus diesem Grund sieht Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ausdrücklich das Recht auf Befragung von Belastungszeugen vor.
- (71) Gerade in Kartellbußgeldverfahren stellen Belastungszeugen in aller Regel das wichtigste Beweismittel für den Nachweis geheimer Kartelle dar. Dabei stützt die Kartellbehörde ihre Entscheidung insbesondere auf die Vernehmung von Mitarbeitern des Kronzeugen und anderer kooperierender Unternehmen. Da die übrigen Beschuldigten kein Teilnahmerecht an der Vernehmung von Zeugen durch das Bundeskartellamt haben, und in der Vergangenheit des Öfteren Zweifel am Beweiswert der Vernehmungsprotokolle des Bundeskartellamts angebracht waren,²¹ sollte die Vernehmung von Zeugen im gerichtlichen Verfahren der Grundsatz und nicht die Ausnahme sein.
- c) Bereits geltende Ausnahmen von dem Unmittelbarkeitsgrundsatz ausreichend
- (72) Die Regelung in § 81o Abs. 3 RefE sollte gestrichen werden, weil die bereits geltenden Ausnahmen von dem Unmittelbarkeitsgrundsatz ausreichend sind. So kann insbesondere nach § 77a Abs. 1, 4 OWiG eine Urkunde, die eine von einem Zeugen stammende Äußerung enthält, verlesen werden, wenn der Betroffene, der Verteidiger und die Staatsanwaltschaft zustimmen. Hierdurch wird sichergestellt, dass tatsächlich nur solche Urkunden verlesen werden, bei denen es nicht darauf ankommt, dass die Zeugen von der Verteidigung in der Hauptverhandlung befragt werden können. Wenn es auf eine Zeugenaussage tatsächlich nicht ankommen

²¹ Siehe z.B. den Fall Süßwaren („Konditionenvereinigung“), bei dem das OLG Düsseldorf in der Hauptverhandlung Kritik an den Vernehmungsprotokollen des Bundeskartellamtes äußerte, weil es sich bei den Aussagen der Kronzeugenmitarbeiter um vorgefertigte anwaltliche Erklärungen handelte. Daher berücksichtigte das OLG Düsseldorf diese „Vernehmungsprotokolle“ auch nicht als Beweismittel, vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.01.2017, V-4 Kart 4/15 (Owi).

sollte, so wird regelmäßig auch die Verteidigung der Verlesung der Urkunde zustimmen, um dem Betroffenen eine noch umfangreichere (und damit belastende und kostenintensive) Hauptverhandlung zu ersparen.

3. Befugnis der Kartellbehörden, Unternehmensvertreter zur Befragung zu bestellen

(73) Gemäß § 81o Abs. 1 i.V.m. § 59 Abs. 1 Satz 6 RefE kann die Kartellbehörde Unternehmensvertreter zu einer Befragung bestellen. Wer dem nicht Folge leistet, handelt gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 7 RefE ordnungswidrig, so dass die Kartellbehörde ein entsprechendes Bußgeld verhängen kann.

a) § 59 Abs. 1 Satz 6 RefE begründet keine Aussagepflicht

(74) Der Entwurf begründet in § 81o Abs. 1 i.V.m. § 59 Abs. 1 Satz 6 RefE keine eigenständige Pflicht zur Aussage, sondern es finden die allgemeinen Vorschriften über die Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten Anwendung (§ 2, § 46 Abs. 1 OWiG). Es ist zu begrüßen, dass Betroffene daher nicht zur Aussage verpflichtet sind und Zeugen sich ggf. auf ihr Auskunftsverweigerungsrecht berufen können (§ 2, § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 136 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 55 StPO), ohne dass es darauf ankäme, ob nur die Gefahr der Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren besteht und die Kartellbehörde der natürlichen Person eine Nichtverfolgungszusage gemacht hat.

b) Geltung der strafprozessualen Vorschriften über die Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten bei der Befragung von Unternehmensvertretern

(75) Dass die allgemeinen Vorschriften über die Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten Anwendung finden (so auch S. 122 des RefE), berücksichtigt die anerkannten Verteidigungsrechte. So hat ein Unternehmensvertreter insbesondere das Recht auf Anwesenheit seines Zeugenbeistands bzw. seines Verteidigers bei der Befragung (§ 2, § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 68b StPO bzw. § 137 StPO) und ist gemäß der allgemeinen strafprozessualen Vorgaben zu belehren.

c) § 81o Abs. 1 i.V.m. § 59 Abs. 1 Satz 6 RefE und § 81 Abs. 2 Nr. 7 RefE als abschließende Sonderregelungen?

(76) Nach dem RefE ist aber unklar, ob die strafprozessualen Vorschriften über die Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten auch Anwendung finden, soweit das GWB

besondere Vorgaben macht. Es stellt sich dabei insbesondere die Frage, ob Kartellbehörden neben den Bußgeldern auch Zwangsgelder gemäß § 2, § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 161a Abs. 2 Satz 1 StPO gegen Zeugen verhängen oder ein Gericht ersuchen dürfen, die Vorführung des Betroffenen anzuordnen (§ 2, § 46 Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 OWiG i.V.m. §163a Abs. 3 Satz 2, §§ 133 f. StPO).²² Werden die Regelungen zur Unternehmensvertreterbefragung nicht als abschließende Sonderregelungen betrachtet, so würde die vorgeschlagene Gesetzesänderung die Befugnisse der Kartellbehörden deutlich erweitern, weil sie neben den allgemeinen Vorgaben auch ein Bußgeld gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 7 RefE verhängen können.

VII. Verfahren nach Einspruchseinlegung (§ 82a RefE)

- (77) § 82a Abs. 1 Satz 1-2 RefE nimmt der (General-)Staatsanwaltschaft im kartellbußgeldrechtlichen Zwischenverfahren jede Funktion. Die Kartellbehörde bleibt Verfolgungsbehörde. Der Staatsanwaltschaft wird nicht nur das Recht auf Einstellung des Verfahrens, sondern auch die Befugnis zur eigenständigen Überprüfung und zu weiteren Ermittlungen genommen. Einzige staatsanwaltliche Aufgabe im Zwischenverfahren soll zukünftig die Weiterleitung der Akten an das Gericht sein. Folgt man der Begründung des RefE, ist eine Teilnahme der Staatsanwaltschaft selbst am gerichtlichen Kartellbußgeldverfahren nur noch dann geboten, wenn Anhaltspunkte für einen möglichen Übergang zum Strafverfahren bestehen.
- (78) § 82a Abs. 1 Satz 1-2 RefE geht damit weit über Art. 30 Abs. 2 ECN+-Richtlinie hinaus. Weder Art. 4 noch Art. 30 Abs. 2-3 ECN+-Richtlinie sehen eine Rollenverteilung vor, der zufolge die Staatsanwaltschaft im Zwischenverfahren und im gerichtlichen Kartellbußgeldverfahren nur noch eine Statistenrolle zukommt. Art. 4 ECN+-Richtlinie sichert nur die Unabhängigkeit der Kartellbehörde. Art. 30 Abs. 2 ECN+-Richtlinie fordert nur eine Gleichstellung zwischen Kartellbehörde und Staatsanwaltschaft.
- (79) Auch die *VEBIC*-Rechtsprechung des EuGH zwingt den Gesetzgeber nicht dazu, der Staatsanwaltschaft im Kartellbußgeldverfahren nach Einspruch zugunsten der Kartellbehörde nahezu jede Funktion zu nehmen. Für eine wirksame Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln genügt es danach, wenn das mitgliedstaatliche Recht der nationalen Kartellbehörde die Befugnis und die Rechte einräumt, sich als unabhängige Verfahrenspartei an den gerichtlichen Verfahren zu beteiligen, die sich gegen die von ihr erlassenen Entscheidungen richten.

²² Die Kartellbehörden haben insoweit gemäß § 46 Abs. 2 i.V.m. § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG i.V.m. § 81 Abs. 10 GWB die Rechte und Pflichten der Staatsanwaltschaft.

- (80) § 82a Abs. 1 Satz 1-2 RefE begründet ein weitgehendes Sonderverfahrensrecht für Kartellbußgeldverfahren. Er schwächt zugleich die Verfahrensposition der Staatsanwaltschaft in einem Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts, der durch eine Fülle von Eingriffsbefugnissen der Kartellbehörden und von potentiell existenzbedrohend hohen Geldbußen geprägt ist.
- (81) Hinzu kommt, dass die Kartellbehörde eine gerichtliche Entscheidung nicht nur vorbereitet. Sie entscheidet selbst. Jedem gerichtlichen Kartellbußgeldverfahren geht eine kartellbehördliche Bußgeldentscheidung voraus. Auch wenn das Beschwerdegericht nicht die Rechtmäßigkeit dieser kartellbehördlichen Entscheidung überprüft, sondern vollständig neu über die Sache entscheidet, ändert dies nichts an der Tatsache, dass sich die Kartellbehörde in ihrer Bußgeldentscheidung bereits auf einen Sachverhalt und seine Bewertung festgelegt hat. Diese Festlegung wird von der Kartellbehörde ein weiteres Mal bestätigt, wenn sie dem Einspruch gegen ihren Bußgeldbescheid nicht abhilft. Um ihre eigene Glaubwürdigkeit und die Legitimität sowohl ihrer Bußgeld- als auch ihrer Nichtabhilfeentscheidung zu festigen, hat die Kartellbehörde im weiteren Zwischenverfahren und im gerichtlichen Kartellbußgeldverfahren ein eigenes Interesse daran, dass die gerichtliche Entscheidung nicht im Widerspruch zu ihren vorangegangenen kartellbehördlichen Festlegungen steht. Diese faktische Nähe der Kartellbehörden zu ihren eigenen Bußgeld- und Nichtabhilfeentscheidungen ist der Staatsanwaltschaft fremd. Sie ist neutraler Dritter. Sie sichert die Objektivität des Handelns der Verfolgungsbehörden und deren Verpflichtung zur materiellen Wahrheit in besonderem Maße.
- (82) Die Studienvereinigung erkennt die Notwendigkeit einer Stärkung der Verfahrensposition der Kartellbehörden als Vorgabe der ECN+-Richtlinie an. Sie spricht sich jedoch für ein ausgewogenes Miteinander von Staatsanwaltschaft und Kartellbehörde aus. Die Stellung der Kartellbehörde kann auch unter Einbeziehung der Generalstaatsanwaltschaft gestärkt werden.
- (83) Mit Blick auf das Zwischenverfahren schlägt die Studienvereinigung deshalb vor, § 82a Abs. 1 Satz 1 RefE wie folgt zu formulieren:
- „Im Verfahren nach Einspruch gegen eine Bußgeldentscheidung sind § 69 Absatz 4 und 5 Satz 1 zweiter Halbsatz des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Kartellbehörde neben der Staatsanwaltschaft Verfolgungsbehörde bleibt. Die Staatsanwaltschaft kann das Verfahren nur mit Zustimmung der Kartellbehörde ganz oder teilweise einstellen.“*
- (84) Mit Blick auf das gerichtliche Kartellbußgeldverfahren schlägt die Studienvereinigung vor, § 82a Abs. 1 RefE um folgenden Satz 4 zu ergänzen:

„§ 75 Abs. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Staatsanwaltschaft an der gerichtlichen Hauptverhandlung teilnehmen soll.“

- (85) Mit einer solchen Regelung verbleibt der Staatsanwaltschaft im Zwischenverfahren das Recht, den Sachverhalt und die Rechtslage eigenständig zu überprüfen und eigene Ermittlungen zu veranlassen. Die Staatsanwaltschaft bleibt zudem als neutrale Kontrollinstanz erhalten und gewährleistet als solche (auch) die Verteidigungsrechte sowie eine effektive Vorbereitung der gerichtlichen Hauptverhandlung. Das Zurückhalten verfahrensrelevanter Unterlagen (z.B. in den Verfahren *Flüssiggas-handel*, *Fleisch- und Wurstwaren*), die Verweigerung vollständiger Akteneinsicht (z.B. im Verfahren *Luxuskosmetik*) und die selektive kartellbehördliche Kontaktaufnahme zu einzelnen Unternehmen, um sie anlassbezogen zur Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung zu ermutigen (z.B. im Verfahren *Pflanzenschutzmittel*), können von der Staatsanwaltschaft nach Möglichkeit bereits im Zwischenverfahren erkannt und mit dem Ziel einer effizienten Durchführung des gerichtlichen Bußgeldverfahrens korrigiert werden. Die Unabhängigkeit der Kartellbehörde und ihre Stellung im gerichtlichen Kartellbußgeldverfahren sind weiterhin gewährleistet, da das Verfahren nicht mehr zur alleinigen Disposition der Staatsanwaltschaft steht.
- (86) Diese funktionale Verzahnung („auf Augenhöhe“) von Kartellbehörde und Staatsanwaltschaft im Zwischenverfahren und im gerichtlichen Kartellbußgeldverfahren setzt zugleich die Vorgaben aus Art. 3 ECN+-Richtlinie um.

VIII. Legal Privilege

- (87) Die Studienvereinigung plädiert dafür, Regelungen zum Schutz von Anwaltskorrespondenz und Anwaltsunterlagen („*legal privilege*“) in die Gesetzesnovelle aufzunehmen, die die Mindeststandards, wie sie von EuGH und EuG in gefestigter Rechtsprechung anerkannt sind, sicherstellen.
- (88) Da es sich bei diesen Mindeststandards um allgemeine Grundsätze des Unionsrechts handelt, würde der Gesetzgeber mit einer entsprechenden Regelung seinem Umsetzungsauftrag aus Art. 3 Abs. 1 ECN+-Richtlinie gerecht. Darüber hinaus würde eine solche einfachgesetzliche Regelung für das deutsche Kartellrecht der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in erheblichem Maße dienen. In der Praxis regelmäßig vorkommende Meinungsverschiedenheiten über den Umfang geschützter Anwaltskorrespondenz bzw. geschützter Anwaltsunterlagen könnten damit weitgehend minimiert werden.

(89) Im Einklang mit den Vorgaben von EuGH und EuG sollte der Gesetzgeber für den persönlichen und sachlichen Schutzbereich des *legal privilege* daher Folgendes regeln:

1. Persönlicher Schutzbereich

(90) Nach der Rechtsprechung des EuGH ist lediglich Korrespondenz mit einem unabhängigen, in einem EU-Mitgliedstaat zugelassenen Rechtsanwalt geschützt.²³ Nicht umfasst von dem persönlichen Schutzbereich ist die Kommunikation mit unternehmensinternen Rechtsanwälten.

(91) Auch wenn dieser Ansatz weiterhin fraglich bleibt, würde sich es insoweit lediglich um eine gesetzliche Klarstellung handeln, da auch nach der bisherigen deutschen Rechtsprechung die Kommunikation mit unternehmensinternen Rechtsanwälten nicht vor einer Beschlagnahme durch die Kartellbehörden geschützt ist.²⁴

2. Sachlicher Schutzbereich

(92) Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH und EuG umfasst der sachliche Schutzbereich des *legal privilege* solche Unterlagen, die im Rahmen und Interesse des Rechts eines Unternehmens auf Verteidigung erstellt wurden²⁵ und in einem sachlichen Zusammenhang mit einem Kartellverfahren stehen.²⁶ Danach sind folgende Unterlagen vor einer Einsichtnahme oder gar Beschlagnahme durch die Kartellbehörden geschützt:

- Kommunikation mit einem externen Rechtsanwalt nach Eröffnung des Verfahrens;
- Kommunikation mit einem externen Rechtsanwalt im Zusammenhang mit dem Verfahrensgegenstand;
- interne Kommunikation innerhalb eines Unternehmens, die den Rechtsrat eines externen Rechtsanwaltes reflektiert oder zusammenfasst; und

²³ Vgl. bereits EuGH, Urteil vom 18.05.1982, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 ff., Rn. 21, 25 – AM&S/Kommission.

²⁴ Vgl. bspw. LG Bonn, Beschluss vom 29.9.2005, 37 Qs 27/05, NStZ 2007, 605.

²⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 18.05.1982, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 ff., Rn. 21 – AM&S/Kommission.

²⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 18.05.1982, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 ff., Rn. 23 – AM&S/Kommission; EuG, Beschluss vom 04.04.1990, Rs. T-30/89, Slg. 1990, II-163 ff., Rn. 13 – Hilti/Kommission; EuG, Urteil vom 17.09.2007, Rs. T-125/03 und T-253/03, Slg. 2007, II-3523 ff., Rn. 117 – Akzo Nobel Chemicals & Akros Chemicals/Kommission.

- interne Unterlagen eines Unternehmens die (ausschließlich) zu dem Zweck erstellt wurden, Rat eines externen Rechtsanwaltes zur Ausübung von Verteidigungsrechten einzuholen.²⁷
- (93) Eine entsprechende gesetzliche Regelung hätte ebenfalls weitgehend klarstellende Funktion. Es würde außerdem deutlich, dass auch solche Verteidigungsunterlagen schutzwürdig sind, die zeitlich vor der Eröffnung eines Kartellverfahrens, jedoch zum Zwecke der Ausübung von Verteidigungsrechten erstellt wurden. Damit würde eine entsprechende gesetzliche Regelung die jüngeren Tendenzen aus der deutschen Rechtsprechung nachvollziehen.²⁸
- (94) Dies wäre auch sachgerecht, da kartellrechtliche Beratung häufig zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu welchem ein späteres Kartellverfahren, jedenfalls für den potentiellen (Neben-)Betroffenen, noch nicht absehbar ist. Unterlagen, die aus diesem Verfahrensstadium stammen, sind nach Auffassung einzelner mit Kartellbußgeldsachen befasster Gerichte²⁹ vom *legal privilege* nicht erfasst. Dieses Ergebnis kann vor allem dann zu nicht sachgerechten Folgen führen, wenn Unternehmen, die typischerweise noch keine Kenntnis von der Ermittlungstätigkeit des Bundeskartellamtes haben, für die Stellung eines Kronzeugen- oder Bonusantrags detaillierte Unterlagen vorbereitend zusammenstellen, die vom Bundeskartellamt ohne Weiteres beschlagnahmt würden. Eine abschreckende Wirkung im Hinblick auf die Bereitschaft der Unternehmen, einen Kronzeugenantrag zu stellen, wäre nicht auszuschließen.
- (95) Entsprechend der Vorgaben des EuGH und EuG sollte eine gesetzliche Regelung klarstellend auch die verfahrensrechtliche Absicherung mittels eines Beweisverwertungs- und Kenntnisnahmeverbotes enthalten.³⁰ Insbesondere ein Kenntnisnahmeverbot stellt sicher, dass die Verteidigungsrechte des betroffenen Unternehmens hinreichend gewahrt werden.

* * *

²⁷ Vgl. EuG, Urteil vom 17.09.2007, Rs. T-125/03 und T-253/03, Slg. 2007, II-3523 ff., Rn. 123 – Akzo Nobel Chemicals & Akcros Chemicals/Kommission.

²⁸ Vgl. bspw. AG Köln, Beschluss vom 08.10.2019, 503 Gs 1630/19; LG München I, Beschluss vom 11.12.2018, 6 Qs 16/18; LG Hamburg, Beschluss vom 17.08.2016, 618 Qs 30/16.

²⁹ Vgl. bspw. LG Bonn, Beschluss vom 21.06.2012, 27 Qs 2/12, Rn. 46 (juris).

³⁰ Vgl. EuG, Urteil vom 17.09.2007, Rs. T-125/03 und T-253/03, Slg. 2007, II-3523 ff., Rn. 85 ff. – Akzo Nobel Chemicals & Akcros Chemicals/Kommission.

An der Erstellung dieser Stellungnahme waren die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung beteiligt:

Ulrich Klumpp (Koordinator)

Peter Giese

Christian Heinichen

Maximilian Janssen

Ricarda Schelzke

Christian Steinle

Marc Besen (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung Kartellrecht)

Inhaltverzeichnis

| | | |
|-------|--|----|
| A. | Vorbemerkung..... | 1 |
| B. | Grundsätzliches | 2 |
| C. | Stellungnahme zu einzelnen Vorschriften..... | 3 |
| I. | Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen (§ 81b, § 81c Abs. 4 RefE) | 3 |
| II. | Höhe der Geldbußen (§ 81c RefE) | 5 |
| III. | Zumessung der Geldbuße (§ 81d RefE) | 6 |
| IV. | Verjährung (§ 81g RefE)..... | 12 |
| V. | Kronzeugenprogramm (§§ 81h-81n RefE)..... | 15 |
| VI. | Besondere Ermittlungsbefugnisse (§ 81o RefE) | 17 |
| VII. | Verfahren nach Einspruchseinlegung (§ 82a RefE)..... | 23 |
| VIII. | Legal Privilege | 25 |

| Entscheidung | Höhe Gesamtstrafe (EUR mio.) | Anzahl Geldbußen | Anzahl Settlements | Anzahl Einsprüche | Einspruchs- rücknahmen bislang |
|---|---------------------------------|------------------|--------------------|----------------------|--------------------------------------|
| Hersteller, Weiterverarbeiter und Händler von Edelstahl 12.07.2018 (B12-22/15) | 291.7 | 9 | 9 | 0 | 0 |
| Herstellung von Industriebatterien 19.03.2019, 26.06. und 31.03.2017 (B11 - 13/13) | 24.0 | 2 | 2 | 1 | 1 |
| Lesezirkel 24.01.2019 (B7 - 50/16) | 3.1 | 8 | 8 | 0 | 0 |
| Fahrradgroßhändler (ZEG) 21.12.2018 (B11 - 28/16) | 13.4 | 1 | 1 | 0 | 0 |
| Herstellung von Asphaltmischgut 07.12.2018 (B1 - 189/13) | 1.4 | 1 | 1 | 0 | 0 |
| Regionale Abonnement-Tageszeitungen 03.09.2018 (B7 - 185/17) | ? | 1 | 1 | 0 | 0 |
| Absatz von abgepackten Kartoffeln und Zwiebeln an den Lebensmitteleinzelhandel 30.04.2018 (B11 - 21/15) | 13.2 | 2 | 0 | 2 | 0 |
| Großhandel mit Sanitär-, Heizungs- und Klimaprodukten 21.02.2018 (vorherige Bußgeldbescheide zwischen Dezember 2015 und März 2016 ergangen) (B5 - 139/12) | 23.0 | 10 | 9 | 1 | 0 |
| Schlepp- und Bugsierdienste in Häfen 06.02.2018 (weitere Bußgeldbescheide bereits ab Oktober 2017) (B9 - 44/14) | 17.5 | 4 | 4 | 0 | 0 |
| Herstellung und Vertrieb von Bekleidung 21.07.2017 (B2 - 62/16) | 10.9 | 2 | 2 | 0 | 0 |

| Entscheidung | Höhe Gesamtstrafe (EUR mio.) | Anzahl Geldbußen | Anzahl Settlements | Anzahl Einsprüche | Einspruchs- rücknahmen bislang |
|---|---------------------------------|------------------|--------------------|----------------------|--------------------------------------|
| Herstellung und Vertrieb von Wärmeabschirmblechen für die Automobilindustrie 27.04.2017 (B12 - 16/13) | 9.6 | 3 | 3 | 0 | 0 |
| Vertrieb von Möbeln 15.12., 30.11., 04.11. und 03.08.2016 (B1 - 164/13, 167/13, 87/14, 87/15) | 4.4 | 5 | 5 | 0 | 0 |
| Vertrieb von Bierprodukten über den Lebensmitteleinzelhandel 02.12. und 28.04.2016, 30.12. und 16.06.2015 (B10 - 20/15) | 112.0 | 11 | 9 | 2 | 0 |
| Film- und Fernsehproduktion 26.07.2016 (B12 - 23/15) | 3.1 | 3 | 3 | 0 | 0 |
| Vertrieb von akustisch wirksamen Bauteilen an die Automobilindustrie 24.06.2018 und 18.12.2018 (B12-13/13) | 90.0 | 6 | 6 | 0 | 0 |
| Herstellung und Vertrieb von Lebensmitteln (LEH) - Haribo-Produkte 23.02.2016, 16. und 02.06.2015, 19.12.2014 (B10 - 40/14) | 60.0 | 8 | 8 | 0 | 0 |
| Vertrieb von Röstkaffee (Filterkaffee, Ganze Bohne-Produkte) über den LEH 23.12., 16.06. und 10.06.2015, 19.12.2014 (B10 - 50/14) 28.2.2018 | 50.0 | 5 | 4 | 1 | 0 |
| Fertigaragen 16.06.2015 (B12 - 15/12) | 11.0 | 10 | 10 | 0 | 0 |
| Anbieter von Bergbauspezialarbeiten 28.08.2014 (B12-12/13) | 17.4 | 5 | 5 | 0 | 0 |
| Wurst 27.11.2013 bis 31.07.2014 (B12 - 13/09) OLG Düsseldorf (V-6 Kart 6/17 OWi) noch nicht veröffentlicht | 96.0 | 16 | 10 | 6 | 3 |

| Entscheidung | Höhe Gesamtstrafe (EUR mio.) | Anzahl Geldbußen | Anzahl Settlements | Anzahl Einsprüche | Einspruchs- rücknahmen bislang |
|---|---------------------------------|------------------|--------------------|----------------------|--------------------------------------|
| Herstellung von Süßwaren 31.1.2013 (B11-11/08) | 63.0 | 13 | 6 | 7 | 2 |
| Tapete 25.02.214 OLG Düsseldorf (V-2 Kart 1/17 Owi) | 17.0 | 5 | 2 | 3 | 0 |
| Herstellung von Drogerieartikeln (Bußgeldbescheide von 02/2008 bis 03/2013) B11 - 17/06 | 63.0 | 16 | 10 | 6 | 6 |
| Herstellung und Vertrieb von Lebensmitteln (LEH) - Ritter-Produkte 19.12.2014 (B10 - 41/14) | 34.3 | 3 | 3 | 0 | 0 |
| Herstellung von Bier 31.03.2014 und 27.12.2013 (B10 - 105/11) | 338.0 | 12 | 6 | 7 | 3 |
| Haushaltsgeschirr 16.10.2013 B12 - 14/10 | 0.9 | 4 | 4 | 0 | 0 |
| Hersteller und Lieferanten von Gleisoberbaumaterial (Schienen, Weichen, Schwellen) März 2016 und Juli 2013 (B12 - 16/12, 19/12) | 232.1 | 10 | 9 | 1 | 0 |
| Hersteller von Konsumgütern - HEMA- Vertriebskreis Februar 2011 bis März 2013 (B11 - 12/08) | 57.0 | 4 | 3 | 1 | 1 |
| Herstellung und Absatz von Mehl - Mühlenkartell Oktober 2011 bis Februar 2013 (B11 - 13/06) | 65.0 | 24 | 17 | 6 | 5 |
| gesamt | 1722.0 | 203 | 160 | 44 | 21 |