

ALBRECHT BACH

Verschärfung von Unternehmensbußen – ein gescheiterter Versuch *Zum Verständnis von § 81 Abs. 4 GWB*

Zu den „Jugendsünden“ des Verfassers gehört der Vorwurf an den Jubilar, sein zum Standardwerk gereifter GWB-Kommentar kommentiere das Kartellordnungswidrigkeitenrecht zu knapp, auch hätte die Verzahnung mit dem allgemeinen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht eine eingehendere Darstellung verdient.¹ Ein Beitrag zum Kartellordnungswidrigkeitenrecht ist der Versuch tätiger Reue. Er gilt zugleich einem Bereich, in dem der Jubilar in seiner anwaltlichen Tätigkeit bei der Verteidigung von Unternehmen Maßstäbe gesetzt hat.

I. Neufassung der Regelung für Unternehmensbußen in § 81 Abs. 4 GWB

Selten war der Gesetzgeber gut beraten, wenn er mit kurzfristigen Änderungen versuchte, missliebige Urteile zu korrigieren. In den Beratungen zur 7. GWB-Novelle reagierte der Wirtschaftsausschuss des Bundestages auf ein Urteil des OLG Düsseldorf, das „hohe Anforderungen“ an den Nachweis eines Mehrerlöses stellte und, jedenfalls nach Auffassung des Ausschusses, die Verhängung „abschreckend hoher Bußgelder“ durch Kartellbehörden und Gerichte erschwerte.² Durch eine Neuformulierung wollte der Gesetzgeber erreichen, dass die deutschen Kartellbehörden bei schweren Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht „ausreichend hohe und abschreckende Bußgelder gegen Unternehmen“ verhängen können. Dazu sollte, mit dem Worten des Ausschussberichts, „eine Bußgeldbemessung anhand des im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes ermöglicht“ werden.³

Das Ergebnis der Bemühungen des Wirtschaftsausschusses findet sich in § 81 Abs. 4 GWB. Dieser Absatz beginnt mit einem Bußgeldrahmen, wie er dem deutschen Juristen aus zahlreichen Vorschriften und nicht zuletzt aus § 81 Abs. 2 GWB a.F. vertraut ist. Danach kann die Ordnungswidrigkeit des Kartellverstößes „mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden.“ Die Geldbuße bis 500.000 Euro in § 81 Abs. 2 GWB a.F., von *Bechtold* schon als „außer-

¹ Buchbesprechung in DZWIR 1993, 307.

² Bericht des Abgeordneten Hubertus Heil, BT-Drs. 15/5049, S. 50 unter Verweis auf OLG Düsseldorf v. 8. Januar 2004 Kart 48 und 50/01 OWi und v. 6.5.2004, Kart 41 bis 43 und 45 bis 47/01 OWi = WuW/E DE-R 1315 – „Berliner Transportbeton I“.

³ Bericht des Abgeordneten Hubertus Heil, BT-Drs. 15/5049, S. 50.

ordentlich hoher Bußgeldrahmen“ charakterisiert,⁴ wurde danach verdoppelt. Die Verdoppelung war schon im Regierungsentwurf enthalten. Sie sollte nicht nur der wirtschaftlichen Entwicklung Rechnung tragen, sondern eine wirkungsvolle Ahndung besonders gravierender Verstöße ermöglichen.⁵ Auf den verdoppelten Bußgeldrahmen folgt in § 81 Abs. 4 GWB mit Satz 2 eine Regelung, die sich auch nach mehrmaliger Lektüre nur schwer erschließt. Es heißt dort: „Wird in diesen Fällen [gemeint sind die in Satz 1 bezeichneten Ordnungswidrigkeiten] eine Geldbuße gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung verhängt, so darf die Geldbuße für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen oder jede beteiligte Unternehmensvereinigung über Satz 1 hinaus 10 vom Hundert seines bzw. ihres jeweiligen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen.“

Gelungen ist in dieser Vorschrift eigentlich nur der vom Gesetzgeber beabsichtigte Abschied vom Begriff des Mehrerlöses.⁶ Dagegen entspricht ihr Wortlaut so gar nicht den Erwartungen an einen neuen, nun umsatz- statt mehrerlösbezogenen Bußgeldrahmen. Der Referentenentwurf zur 6. GWB-Novelle hatte damals einen eindeutig umsatzbezogenen Bußgeldrahmen für § 81 Abs. 2 GWB vorgeschlagen. Danach sollte die Ordnungswidrigkeit „mit einer Geldbuße bis eine Million Deutsche Mark, über diesen Betrag hinaus bis zu 10 vom Hundert des von dem Einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes“ geahndet werden.⁷ Diese Regelung war, worauf *Bechtold* in seiner Kommentierung verweist, auch aus rechtstaatlichen Gründen nicht in den Regierungsentwurf zur 6. GWB-Novelle übernommen worden.⁸

II. § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB als Schutzvorschrift für bebußte Unternehmen

Seinem Wortlaut nach enthält § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB eine besondere Schutzvorschrift für Unternehmen, gegen die eine Geldbuße verhängt wird. Die Anwendung der Vorschrift setzt voraus, dass wegen eines (schweren) Verstoßes eine Geldbuße gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung verhängt wird.⁹ Wird eine Geldbuße gegen ein Unternehmen verhängt, so normiert

⁴ *Bechtold*, GWB, 3. Aufl. 2002, § 81 Rdnr. 25. Der Höchstbetrag entspricht demjenigen für Bußgelder gegen juristische Personen im Falle fahrlässiger Straftaten nach § 30 Abs. 2 OWiG.

⁵ Begründung zum Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640, S. 67.

⁶ Auch *Bechtold/Buntscheck* NJW 2005, 2966, 2969 halten den Wortlauf für „verunglückt“.

⁷ Bundesministerium für Wirtschaft, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 22.07.1997, I B 5 – 22 12 00.

⁸ *Bechtold*, GWB, 3. Aufl. 2002, § 81 Rdnr. 25.

⁹ Hier erscheint bereits der erste Bruch zum allgemeinen Ordnungswidrigkeitenrecht. Nach dem OWiG können Geldbußen nicht gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen verhängt werden. Die Festsetzung einer Geldbuße ist nach § 30 OWiG vielmehr nur gegen juristische Personen und Personenvereinigungen möglich. Die Regelung erlaubt gerade nicht die Ver-

§ 81 Abs. 4 Satz 2 GWB eine spezifische Obergrenze für diese Buße. Sie darf „über Satz 1 hinaus“ 10 % des Gesamtumsatzes nicht übersteigen. Unternehmen wird also zugemutet, in jedem Fall eine Geldbuße bis zu 1 Mio. Euro „auszuhalten“. Soll dieser Betrag überschritten werden („über Satz 1 hinaus“), gilt die Kappungsgrenze nach Satz 2. Die Geldbuße darf dann 10 % des Gesamtumsatzes im vorausgegangenen Geschäftsjahr nicht überschreiten. Die Regelung erscheint damit als – notwendig pauschalierender – Versuch, eine übermäßige, in die Substanz und Überlebensfähigkeit der Unternehmen eingreifende Bestrafung zu verhindern. Verkürzt lässt sich von einer spezifischen Ausgestaltung des Übermaßverbotes oder von einer besonderen Form der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse sprechen, wie sie in allgemeiner Form auch nach § 30 OWiG erforderlich wäre.¹⁰

Nach seinem Wortlaut enthält § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB jedenfalls keinen neuen oder zusätzlichen Bußgeldrahmen. Dies zeigt sich zunächst am Vergleich mit den im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht durchweg üblichen Formulierungen für die Bezeichnung des Bußgeldrahmens. Quer durch alle Bereiche des Nebenstrafrechts findet sich formelhaft die aus § 81 Abs. 2 GWB a.F. bekannte Formulierung: „Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des [Verweis auf die Tatbestände] mit einer Geldbuße bis zu [Betrag] geahndet werden.“¹¹ An diese, durchgängig verwandte, Formulierung eines Bußgeldrahmens hatte sich der Referentenentwurf zur 6. GWB-Novelle noch klar und eindeutig gehalten. Dort war auch nicht vorausgesetzt worden, dass ein Bußgeld gegen Unternehmen verhängt wird, das dann in einem zweiten Schritt auf eine Obergrenze beschränkt werden soll. Vielmehr sollte, ganz generell, eine Geldbuße von bis zu 10 % des Umsatzes verhängt werden können.

Ein neuer, umsatzbezogener Bußgeldrahmen kann § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB auch nicht unter Betonung des Merkmals „über Satz 1 hinaus“ entnommen werden. Dieses Merkmal grenzt lediglich diejenigen Bußen vom Anwendungsbereich der besonderen Schutzvorschrift aus, die Unternehmen in jedem Fall zugemutet werden. Über Satz 1 hinausgehende, also 1 Million Euro übersteigende Geldbußen ergeben sich stets dann, wenn § 17 Abs. 4 Satz 2 OWiG zur Anwendung gelangt.

hängung von Geldbußen gegen alle Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform. Vielmehr muss es sich um eine Organisation handeln, denen die Rechtsordnung Rechtsfähigkeit zuerkennt oder bei der es sich um einen nicht rechtsfähigen Verein handelt (*Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz, 14. Aufl. 2006, § 30 Rdnr. 5 f.). Die Verhängung einer Geldbuße gegen Unternehmensvereinigungen kommt danach nur in Betracht, wenn diese als juristische Person, Personengesellschaft oder nicht rechtsfähiger Verein organisiert sind.

¹⁰ Zur Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der juristischen Person oder Personenvereinigung *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz, 14. Aufl. 2006, § 30 Rdnr. 36a.

¹¹ Als Beispiele mögen §§ 378 - 383 AO, §§ 33 Abs. 6, 39 Abs. 4 WpHG, § 56 Abs. 4 KWG, § 144 Abs. 4 GewO, §§ 3 - 5 WirtschaftsStrafG oder § 33 Abs. 6 AWG dienen.

Nach § 17 Abs. 4 OWiG soll die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen wurde. Reicht das gesetzliche Höchstmaß der Geldbuße zu dieser Abschöpfung nicht aus, so kann es nach § 17 Abs. 4 Satz 2 OWiG überschritten werden. Die Vorschrift gilt nach § 30 Abs. 3 OWiG für die Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen entsprechend. Im Bereich des Kartellordnungswidrigkeitenrecht ist allerdings nach § 81 Abs. 5 GWB die Abschöpfung nicht zwingend geboten, sondern nur noch als Kann-Regelung ausgestaltet.¹² Die in § 81 Abs. 5 GWB eröffnete Möglichkeit zur eingeschränkten Anwendung von § 17 Abs. 4 OWiG steht in keinem spezifischen Zusammenhang zu der hier diskutierten Regelung in § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB. Sie war vielmehr schon im Regierungsentwurf für das dort beibehaltene System des mehrerlösabhängigen Bußgeldrahmens vorgesehen.¹³

III. Wortlaut als Auslegungsgrenze

§ 81 Abs. 4 Satz 2 GWB ist Teil der Sanktionsregelungen des Ordnungswidrigkeitenrechts im GWB. Daraus ergeben sich spezifische, verfassungsrechtlich begründete Vorgaben für die Auslegung der Norm. Sie sind Ausfluss des in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen Bestimmtheitsgebots, das uneingeschränkt auch auf Normen des Ordnungswidrigkeitenrechts Anwendung findet.¹⁴ Der *nulla poena*-Grundsatz gilt dabei sowohl für die Bestimmtheit der Tatbestandsvoraussetzungen als auch für die Bestimmtheit der Sanktionsandrohung.¹⁵ Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Strafandrohung so konkret zu umschreiben, dass der Normadressat anhand der gesetzlichen Regelung voraussehen kann, ob und wie sein Verhalten strafbar ist bzw. als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann.¹⁶ Damit soll sichergestellt werden, dass nicht die Verwaltungsbehörde oder der Richter, sondern der Gesetzgeber über die Strafbarkeit, die Bußgeldvoraussetzungen bzw. die Sanktionsandrohung entscheidet.

Art. 103 Abs. 2 GG bildet eine klare verfassungsrechtliche Schranke für die Auslegung von Straf- und Bußgeldvorschriften. Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die

¹² Begründung zum Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640, S. 67.

¹³ Begründung zum Regierungsentwurf, a.a.O. Die Neuregelung zielte darauf ab, die von der Rechtsprechung geforderte Aufteilung in Ahndungs- und Abschöpfungsteil der Geldbuße zu überwinden und reine „Ahndungsbußen“ zu ermöglichen. Vor allem die Berücksichtigung der auf den abgeschöpften wirtschaftlichen Vorteil entfallenden Steuern hatte sich als fehlerträchtig erwiesen.

¹⁴ BVerfGE 71, 108, 114; 38, 348, 371; 41, 314, 319; 55, 144, 152.

¹⁵ BVerfGE 105, 135, 153; 86, 288, 311; 25, 269, 286; 45, 363, 370 ff.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 71, 108 f.

„äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation“.¹⁷ Der mögliche Wortsinn wiederum ist nicht aus Sicht des Richters oder des erfahrenen Kartellanwalts zu bestimmen. Wenn Art. 103 Abs. 2 GG Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit der Bußgeldandrohung für den Normadressaten verlangt, so kann dies nur bedeuten, dass der Wortsinn im Verständnis des normunterworfenen Bürgers zu bestimmen ist.¹⁸

Die Begrenzung auf den Wortsinn aus Sicht des Bürgers hat klare Konsequenzen für die mögliche Auslegung von § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB. Der Bürger erkennt – und versteht – die Sanktionsdrohung im vorangehenden Satz 1, wonach eine bestimmte Handlung mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden kann. Er findet in § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB kein Äquivalent zu dieser Sanktionsdrohung. Die Norm droht keine eigene Sanktion an. Sie erweitert auch nicht die Sanktion nach Satz 1. Sie wählt mit der Formulierung „so darf die Geldbuße ... nicht übersteigen“ vielmehr einen Wortlaut, der sich nur als spezifische Obergrenze für den Fall verstehen lässt, dass aufgrund anderer Bestimmungen eine Geldbuße gegen ein Unternehmen verhängt wird. Statt der „so kann ... verhängt werden“-Formel der Sanktionsdrohung wurde die für eine bloße Begrenzung sprechende „so darf nicht“-Formel gewählt. Der Adressat der Norm kann ihr also nicht entnehmen, dass für Unternehmen ein allgemeiner Bußgeldrahmen eröffnet wird, der bis zu 10% des Gesamtumsatzes reicht.

IV. Der Wille des Gesetzgebers

Der Wille des Gesetzgebers entspricht nicht dem, was sich im Wortlaut von § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB niedergeschlagen hat. Der Wirtschaftsausschuss wollte eine Bußgeldbemessung anhand des im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes. Nach seiner Auffassung entspricht dies dem europäischen Recht.¹⁹

Der Wunsch des Wirtschaftsausschusses nach „effektiver Bußgeldbemessung“²⁰ ist durchaus nachvollziehbar. Es dürfte auch der Erfahrung des Jubilars entsprechen, dass sich Unternehmen vielfach nur durch empfindliche Sanktionen von Kartellverstößen abhalten lassen, die ansonsten, zumindest kurzfristige, wirtschaftliche Vorteile verschaffen.

Bleibt § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB auf seinen bloßen Wortlaut beschränkt, so wären Geldbußen über 1 Million Euro nur noch auf der Basis von §§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG möglich. Danach soll zwar der wirtschaftliche Vorteil durch die Geldbuße überschritten werden. Der wirtschaftliche Vorteil bleibt jedoch deutlich hinter dem Mehrerlös nach § 81 Abs. 2 GWB a.F. zurück. Er entspricht

¹⁷ BVerfGE, a.a.O.; 105, 135, 157; 85, 69, 73; 87, 209, 224.

¹⁸ BVerfGE 71, 108, 115.

¹⁹ BT-Drs. 15/5049, S. 50.

²⁰ A.a.O.

– jedenfalls im Wesentlichen – dem Gewinn und ist im Vergleich der vermögensrechtlichen Gesamtsituationen zu ermitteln, die sich beim Täter bzw. Verband mit und ohne Zuwiderhandlung ergeben.²¹ Der wirtschaftliche Vorteil wird damit regelmäßig deutlich unter dem durch eine Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlös und erst recht deutlich unter dem dreifachen des Mehrerlöses liegen.

Weder das Bedürfnis nach erleichterter Festsetzung hoher Unternehmensbußen noch eine eindeutig beschriebene Absicht des historischen Gesetzgebers können aber zu einer Auslegung von § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB führen, die über den erkennbaren Wortsinn der Vorschrift hinausginge. Dies gilt auch dann, wenn sich als Folge der wegen des Bestimmtheitsgebots eng abgegrenzten Sanktionsdrohung Strafbarkeitslücken oder Einschränkungen ergeben. Im Bereich des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts muss sich der Gesetzgeber, wie das Bundesverfassungsgericht prägnant formuliert, „beim Wort nehmen lassen“.²² Es ist Sache des Gesetzgebers, Tatbestand und Rechtsfolgen von Ordnungswidrigkeiten zu bestimmen. Ebenso ist es seine Sache zu entscheiden, ob er die sich aus dem Bestimmtheitsgrundsatz ergebenden möglichen Strafbarkeitslücken oder Sanktionsdefizite bestehen lassen oder eine neue Regelung schaffen will.²³ Verwaltungsbehörden und Richter dagegen haben Normen des Ordnungswidrigkeitenrechts in den Grenzen des Bestimmtheitsgebots anzuwenden. Sie müssen in Fällen, die vom Wortlaut einer Sanktionsnorm nicht mehr erfasst sind, zum Freispruch gelangen²⁴ und können keine höheren als die gesetzlich bestimmten Sanktionen verhängen.

V. Bußgeldrahmen und Gemeinschaftsrecht

Die aus dem Bestimmtheitsgrundsatz abgeleitete Wortlautgrenze für die Auslegung von § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB lässt sich auch nicht durch Verweis auf Gemeinschaftsrecht überspielen. Der Wirtschaftsausschuss nahm an, mit seiner Formulierung eine Methode der Bußgeldbemessung ermöglicht zu haben, die dem europäischen Recht entspricht.²⁵ Er verwies dabei auf Art. 23 Abs. 2 Satz 2 der VO Nr. 1/2003.²⁶

Der Ausschuss ist dabei einem doppelten Irrtum erlegen. Zum einen entspricht die in § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB gewählte Formulierung gerade nicht Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003. Art. 23 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 setzt nicht voraus, dass

²¹ Zu Einzelheiten vgl. *Göhler*, OWiG, 14. Aufl. 2006, § 17 Rdnrn. 40 ff.; *Achenbach*, in: *Frankfurter Kommentar*, § 81 GWB 1999 Rdnr. 312 ff.

²² BVerfGE 71, 108, 116.

²³ BVerfGE 71, 108, 116; 47, 109, 124.

²⁴ BVerfGE a.a.O.

²⁵ BT-Drs. 15/5049 S. 50.

²⁶ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 v. 4.1.2003.

eine Geldbuße gegen ein Unternehmen verhängt wird. Die Regelung bezieht sich auch nicht auf die Überschreitung eines Bußgeldrahmens in einer anderen Vorschrift. Sie formuliert vielmehr ganz generell eine Obergrenze für die Geldbuße, die die Kommission verhängen kann. Zum anderen irrt der Wirtschaftsausschuss über die Funktion von Art. 23 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 im Gemeinschaftsrecht. Die Vorschrift eröffnet gerade keinen Bußgeldrahmen, sondern normiert eine strikte Obergrenze zum Schutz der betroffenen Unternehmen. Nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zur Vorgängernorm in Art. 15 Abs. 2 VO 17 soll die Grenze von 10% des Umsatzes verhindern, dass die Geldbuße außer Verhältnis zur Größe des Unternehmens steht und von dem Unternehmen voraussichtlich nicht aufgebracht werden kann.²⁷ Die von der Kommission verhängten Bußgelder orientierten sich gerade nicht am Umsatz der betroffenen Unternehmen und schon gar nicht an deren weltweiten Gesamtumsatz. Der Wirtschaftsausschuss scheint insoweit weder die zum Zeitpunkt der Beschlussfassung geltenden Geldbußen-Leitlinien der Kommission²⁸ noch deren Praxis zur Kenntnis genommen zu haben. Die in den Leitlinien 1998 vorgesehenen Ausgangsbeträge orientierten sich allein an der Schwere der Zuwiderhandlung und standen in keinem Verhältnis zu Umsatz oder Größe des betroffenen Unternehmens. Nach den neuen Bußgeldleitlinien 2006 soll sich der Grundbetrag der Geldbuße nach dem mit dem Verstoß in Zusammenhang stehenden Umsatz richten. Dies unterstreicht den Charakter der 10 %-Obergrenze nochmals.

Überspitzt formuliert wollte der Wirtschaftsausschuss mit einer Formulierung, die von der VO 1/2003 abweicht, Übereinstimmung mit einer Praxis des Gemeinschaftsrechts schaffen, die es nicht gibt. Mit derartigen Versuchen der „Europäisierung“ des Kartellordnungswidrigkeitenrechts lässt sich das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot nicht überspielen.

VI. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen umsatzabhängigen Bußgeldrahmen

Wird § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB so ausgelegt, wie dies der Gesetzgeber wünscht, ergeben sich gravierende verfassungsrechtliche Bedenken.²⁹ *Bechtold* hatte auf rechtstaatliche Bedenken schon hinsichtlich des Referentenentwurfs

²⁷ Zuletzt EuG Urt. v. 5.4.2006, T-279/02 – *Degussa/Kommission*, WuW/E EU-R 1043, 1049; EuG Urt. v. 29.11.2005, T-33/02 – *Britannia/Kommission*, WuW/E EU-R 996, 997; EuGH Urt. v. 7.6.1983, Rs. 100/80 - 103/80, *Musique diffusion française u.a./Kommission*, Slg. 1983, 1825, Rdnr. 119 = WuW/E EWG/MUV 617.

²⁸ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Art. 15 Abs. 2 der VO Nr. 17 festgesetzt werden, ABl. 1998 C9/3 (Leitlinien 1998); zu Einzelheiten siehe *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003 Rdnrn. 31 ff.; kritisch *Weitbrecht/Tepe* EWS 2001, 220.

²⁹ Vgl. *Deselaers* WuW 2006, 118, 121.

zur 6. GWB-Novelle hingewiesen³⁰ und die Neuregelung als „rechtstaatlich nicht hinnehmbar“ qualifiziert.³¹ Schon der alte, mehrerlösbezogene Bußgeldrahmen warf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken auf. Zu Recht wurde darauf hingewiesen³², dass die in der kartellrechtlichen Literatur bislang zur Rechtfertigung des mehrerlösbezogenen Rahmens herangezogenen Erwägungen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Vermögensstrafe nach § 43a StGB³³ nicht mehr greifen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss sich der Gesetzgeber auf einen Strafraumen festlegen, aus dem sich die Sanktionsobergrenze entnehmen lässt. Er muss zugleich Wertungskriterien angeben, an die sich die richterliche Entscheidung bei der Ausfüllung des Strafraumens zu halten hat.³⁴ Die Obergrenze des mehrerlösabhängigen Bußgeldrahmens war nicht abstrakt bestimmt, sondern enthielt einen „wandernden“ Bußgeldrahmen, dem mit dem Mehrerlösbegriff ein unscharfes Wertungskriterium zugrunde lag.³⁵ Zur Rechtfertigung des mehrerlösbezogenen Rahmen ließ sich immerhin anführen, dass der Mehrerlös einen konkreten Bezug zur jeweiligen Tat aufweist. Ein solcher Tatbezug fehlt beim Gesamtumsatz nach § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB völlig. Eine Preisabsprache in einem lokalen Markt durch Mitarbeiter weltweit operierender Konzerne weist zu deren jeweiligem Gesamtumsatz keinerlei Beziehung auf. Darüber hinaus fehlte auch einem umsatzbezogenen Bußgeldrahmen die geforderte abstrakte Obergrenze. Die Regelung verzichtete daher, mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts,³⁶ „ohne Not auf die Vorgabe einer allgemeinen Obergrenze“ und eröffnete daher einen weiten, abstrakt uferlosen Strafraumen, der nicht mehr als Orientierung für die konkrete Bußgeldbemessung dienen kann.³⁷ Das vom Wirtschaftsausschuss gewollte Verständnis von § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB wäre daher verfassungswidrig. Es kann schon deshalb kein zulässiges Ergebnis der Normauslegung sein.

VII. Fazit

Die Reform der Unternehmensbußen nach dem GWB ist gründlich misslungen. Hohe Unternehmensbußen wurden nicht erleichtert, sondern durch die Be-

³⁰ *Bechtold*, GWB, 3. Aufl. 2002, § 81 Rdnr. 25.

³¹ *Bechtold/Buntscheck* NJW 2005, 2966, 2969.

³² Insbesondere *Achenbach* WuW 2002, 1154; *ders.*, in: Frankfurter Kommentar, § 81 GWB 1999 Rdnr. 277.

³³ BVerfGE 105, 135.

³⁴ BVerfGE 105, 135, 156.

³⁵ Zu der dadurch begründeten gesetzlichen Unbestimmtheit BVerfGE 105, 135, 166f.

³⁶ BVerfGE 105, 135, 164.

³⁷ Auch *Bechtold* verweist darauf, ganze Passagen des Vermögensstrafe-Urteil des BVerfG ließen sich auf die neue Regelung in § 81 Abs. 4 GWB übertragen; *Bechtold/Buntscheck* NJW 2005, 2966, 2970.

schränkung auf den wirtschaftlichen Vorteil erschwert. Eine Reparaturnovelle ist schon wegen anderer Unzulänglichkeiten des Kartellordnungswidrigkeitenrechts in der Diskussion. Sie wird allerdings aufgrund des Gebots der Meistbegünstigung in § 4 Abs. 3 OWiG erst für solche Taten greifen, die nach ihrem Inkrafttreten begangen werden. Bis dahin eröffnet sich für den Jubilar und seine Kollegen ein weites Feld anwaltlicher Argumentation.