
Aufsätze

Peter Giese, Dr. Christian Heinichen, Dr. Maximilian Janssen, Dr. Ulrich Klumpp, Dr. Ricarda Schelzke, Dr. Christian Steinle, Stuttgart/München/Düsseldorf/Frankfurt*

Kartellbußgeldrecht in der 10. GWB-Novelle – Teil 1

Der nach langem Warten veröffentlichte Gesetzentwurf der Bundesregierung zur 10. GWB-Novelle ordnet das deutsche Kartellbußgeldrecht neu. Folgender Beitrag, der in zwei Teilen veröffentlicht wird, stellt die geplanten Neuregelungen vor, beleuchtet ihre Konsequenzen für die Praxis und würdigt sie kritisch. Sein erster Teil widmet sich den neuen Bußgeldtatbeständen für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sowie den novellierten Vorschriften über die Höhe und Zumessung von Geldbußen. Sein zweiter Teil, der im Folgeheft erscheint, wird sich mit den besonderen kartellbehördlichen Ermittlungsbefugnissen und dem erstmals gesetzlich geregelten Kronzeugenprogramm auseinandersetzen und das sog. legal privilege, das gerichtliche Kartellbußgeldverfahren sowie die neuen Verjährungsregeln erörtern.

I. Einleitung

Die Bundesregierung hat am 9.9.2020 dem vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorgelegten Entwurf zur 10. GWB-Novelle¹ (nachfolgend: „GWB-RegE“) zugestimmt. Mit dem sog. GWB-Digitalisierungsgesetz soll das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zum einen den Anforderungen an die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaft angepasst werden. Zum anderen sollen die Vorgaben der sog. ECN+-Richtlinie² fristgerecht bis zum 4.2.2021 umgesetzt werden.

Die ECN+-Richtlinie stützt sich auf zwei Säulen: Erstens, die Stärkung der nationalen Wettbewerbsbehörden und ihres Instrumentariums mit dem Ziel einer effektiven dezentralen Anwendung des EU-Kartellrechts. Zweitens, die Garantie der Grundrechte und die Wahrung der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen. Der GWB-RegE adressiert die Richtlinienvorgaben der ersten Säule. Seine Neuregelungen betreffen unter anderem die Sanktionen für Kartellrechtsverstöße, das Kronzeugenprogramm, die kartellbehördlichen Ermittlungsbefugnisse sowie das gerichtliche Bußgeldverfah-

ren. Die Richtlinienvorgaben der zweiten Säule bleiben hingegen unberücksichtigt.

Anpassungsbedarf sieht der Gesetzgeber nicht nur aufgrund der Vorgaben der ECN+-Richtlinie. Insbesondere die derzeit unbestimmten gesetzlichen Regelungen zur Zumessung von Geldbußen haben in der Praxis des Bundeskartellamtes und der Gerichte in den letzten Jahren zu einem massiven Rechtsschutzdefizit geführt. Der Gesetzgeber bemüht sich auch hier um eine Korrektur.

II. Zumessung von Geldbußen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen (§ 81 d GWB-RegE)

1. Zusätzliche Kriterien für die Bußgeldzumessung

Wie bislang schon drohen Unternehmen für materielle Kartellrechtsverstöße auch künftig Geldbußen von bis zu 10% des Unternehmensumsatzes (§ 81 c Abs. 2 GWB-RegE). Bei

* Die Autoren sind praktizierende Rechtsanwälte, die regelmäßig Unternehmen und natürliche Personen in Kartellbußgeldverfahren vertreten. Sie haben sich bereits kritisch mit dem Referentenentwurf auseinandergesetzt und an einer Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e. V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen des Kartellbußgeldrechts mitgewirkt (abrufbar unter https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/8480fe3e9449c15c2e5a99ec1572abff/200213_stuv_stellungnahme_bussgeldrecht_10_gwb_novelle_1412-19_bmwi.pdf, nachfolgend: „Stellungnahme Studienvereinigung“).

1 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz), abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetzentwurf-gwb-digitalisierungsgesetz.pdf>.

2 Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl.EU Nr. L 11/3 vom 14.1.2019.

der Ermittlung des Gesamtumsatzes ist der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen sowie Personenvereinigungen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren (§ 81 c Abs. 5 GWB-RegE).

Für die Festsetzung der konkreten Geldbuße im Einzelfall gibt § 81 d Abs. 1 S. 2 GWB-RegE nun erstmals Kriterien vor, die – neben der Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung – als abzuwägende Umstände insbesondere in Betracht kommen sollen:

- die Art und das Ausmaß der Zuwiderhandlung, insbesondere die Größenordnung der mit der Zuwiderhandlung in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang stehenden Umsätze,
- die Bedeutung der von der Zuwiderhandlung betroffenen Produkte und Dienstleistungen,
- die Art der Ausführung der Zuwiderhandlung,
- vorausgegangene Zuwiderhandlungen des Unternehmens und
- das Bemühen des Unternehmens, die Zuwiderhandlung aufzudecken und den Schaden wiedergutzumachen sowie nach der Zuwiderhandlung getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen.

Diese Konkretisierung der Kriterien der Bußgeldbemessung soll den Kartellbehörden und Gerichten die Ausfüllung des weiten gesetzlichen Rahmens erleichtern und die Einheitlichkeit der herangezogenen Zumessungskriterien fördern.³ Die gesetzliche Konkretisierung erscheint dem Gesetzgeber vor dem Hintergrund der möglichen Weite des gesamtumsatzbezogenen Bußgeldrahmens „sinnvoll“ und in Anbetracht der Systematik des deutschen Verfahrensrechts bei Kartellordnungswidrigkeiten auch „zweckmäßig“: Im Fall der Einlegung eines Rechtsbehelfs trifft die gerichtliche Tatsacheninstanz eine eigene Entscheidung, während die frühere Entscheidung der Kartellbehörde gegenstandslos wird. Kartellbehörden und Gerichte treffen hierbei unter Berücksichtigung der gesetzlich vorgegebenen Kriterien jeweils eigenständige Zumessungsentscheidungen. Die Neuregelung ist somit nicht unmittelbar von der ECN+-Richtlinie veranlasst.

2. Notwendigkeit einer Konkretisierung des weiten gesetzlichen Bußgeldrahmens

a) *Einführung der 10%-Grenze mit der 7. GWB-Novelle und Interpretation durch den Bundesgerichtshof.* Die 10%-Grenze für Unternehmensgeldbußen (§ 81 Abs. 4 S. 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.⁴

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 26.2.2013 in Sachen *Grauzement* die 10%-Grenze „in verfassungskonformer Auslegung“ nicht als Kappungsgrenze, sondern als Bußgeldrahmen interpretiert. In diesem Zusammenhang erinnerte 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 Bundeskartellamtes oder der Europäischen Kommission ersetzt werden.⁵

b) *Modifizierte Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit.* Das Bundeskartellamt hat in Reaktion auf den *Grauzement*-Beschluss des Bundesgerichtshofs seine Bußgeldleitlinien modifiziert. Zur Wah-

lung des Gebots angemessenen Sanktionierens sei bei der Bußgeldzumessung neben der Ahndungsempfindlichkeit des Unternehmens, die durch eine am Gesamtumsatz orientierte Bußgeldobergrenze abgebildet werde, auch das Gewinn- und Schadenspotenzial der Tat zu berücksichtigen. Das Gewinn- und Schadenspotenzial werde durch den tatbezogenen Umsatz zum Ausdruck gebracht. Der tatbezogene Umsatz wird (zu Recht) als sachgerechter Anknüpfungspunkt für die Bußgeldbemessung angesehen.⁶ 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.

c) *Praxis der Bußgeldzumessung durch die zuständigen Gerichte.* Die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes binden indes nicht die Gerichte, die im deutschen Verfahrensrecht bei Kartellordnungswidrigkeiten eine eigenständige Entscheidung über das Ob und die Höhe einer Sanktion treffen. Tatsächlich folgen die Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs keiner den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes vergleichbaren Systematik der Bußgeldzumessung. Stattdessen wird die Tat innerhalb des weiten gesetzlichen Bußgeldrahmens im Rahmen einer Gesamtabwägung aller schärfenden und mildernden Faktoren – einschließlich der Schwere und Dauer der Tat – eingeordnet (vgl. § 81 Abs. 4 S. 6 GWB, § 17 Abs. 3 OWiG).

d) *Rechtsschutzdefizit als Folge fehlender Bestimmtheit der gesetzlichen Zumessungskriterien.* Die unterschiedliche Herangehensweise des Bundeskartellamtes einerseits und der Gerichte andererseits hat dazu geführt, dass es nach Einsprüchen gegen Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamtes teilweise zu einer Vervielfachung der Bußgelder kam, die vom Bundeskartellamt als tat- und schuldangemessen erachtet worden waren. Betroffene Unternehmen müssen befürchten, dass die Inanspruchnahme des Rechtswegs, falls sich der Tatvorwurf bestätigt, allein aufgrund einer unterschiedlichen Zumessungssystematik zur drastischen Erhöhung des Bußgeldes führt, selbst wenn im gerichtlichen Verfahren keine neuen, erschwerenden Umstände hinzukommen. Sogar dann, wenn der Tatvorwurf vor Gericht in Teilen ausgeräumt werden kann, muss mit einer Erhöhung des Bußgeldes gerechnet werden.⁷

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 GWB-RegE angedeutet⁸ –

3 Begründung GWB-RegE, S. 150.

4 BT-Drs. 15/5049, S. 50. 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-Drs. 16/7156, S. 11).

5 BGH, Beschl. v. 26.2.2013, KRB 20/12 – *Grauzementkartell*, Rn. 51 ff., 57.

6 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 1.9.2006, Rn. 12 ff.).

7 Vgl. nur OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.10.2017, 2 Kart 1/17 (OWi) – *Tapeten*; Urt. v. 26.1.2017, V-4 Kart 6/15 (OWi) – *Süßwaren*; weitere Nachweise bei *Mäger*, NZKart 2019, 361 f.

8 Begründung GWB-RegE, S. 150.

keineswegs um Einzelfälle. Die abschreckende Wirkung, die sich aus der Divergenz der Bußgeldzumessung von Bundeskartellamt einerseits und OLG Düsseldorf und Bundesgerichtshof andererseits ergibt, lässt sich empirisch belegen. Eine Auswertung von 30 Bußgeldverfahren des Bundeskartellamtes ergibt ein eindeutiges Bild: In diesen Bußgeldverfahren wurden gegen 203 Nebenbetroffene Bußgelder verhängt, die sich nach den Angaben des Bundeskartellamtes auf mehr als ca. EUR 1,7 Mrd. summieren. Von den 203 Bußgeldadressaten haben lediglich 44 Einspruch 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.⁹ Richterliche Hinweise, die dieses Verböserungsrisiko kurz vor Beginn der mündlichen Verhandlung nochmals betonen, tragen ihren Teil zur Abschreckung bei.¹⁰

Die aktuelle gesetzliche Regelung und ihre Auslegung durch die Rechtsprechung führen somit zu einem Rechtsschutzdefizit, das mit dem in Art. 19 Abs. 4 GG ebenso wie mit dem in Art. 3 ECN+-Richtlinie garantierten Recht, einen wirksamen Rechtsbehelf einlegen zu können, kaum zu vereinbaren ist. 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 diesem Bußgeldrahmen jeder Bezug zu Unrecht und Schuld fehlt, sind den Gerichten verlässliche Wertungskriterien für die konkrete Bußgeldzumessung an die Hand zu geben.¹¹ Dieser Verpflichtung ist der Gesetzgeber in § 81 Abs. 4 GWB bislang nicht hinreichend nachgekommen.¹²

3. Auswirkungen der neuen Kriterien auf die Praxis der Bußgeldbemessung

Die zusätzlichen gesetzlichen Kriterien für die Bußgeldzumessung sollen „eine im Ausgangspunkt weitgehend harmonisierte Systematik bei der Zumessung“ bewirken, auch wenn eine nach vorab im Gesetz festgelegten Regeln vorzunehmende mathematische Ermittlung der Bußgeldhöhe wegen der Maßgeblichkeit der Umstände des Einzelfalles ausscheidet.¹³ Sofern Kartellbehörden und Gerichte dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, werden sie mithilfe dieser Zumessungskriterien eine solchermaßen harmonisierte Zumessungssystematik zu entwickeln haben.

a) *Art und Ausmaß der Zuwiderhandlung, insbesondere Größenordnung des „tatbezogenen“ Umsatzes.* Natürlicher Ausgangspunkt für die Festsetzung der tat- und schuldangemessenen Geldbuße innerhalb des gesetzlichen Bußgeldrahmens ist der tatbezogene Umsatz (§ 81 d Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB-RegE). Er gibt in besonderem Maße Aufschluss über das konkrete Ausmaß der Zuwiderhandlung der beteiligten Unternehmen.¹⁴ In ihm spiegelt sich die sachliche, räumliche und zeitliche Reichweite der Zuwiderhandlung wider, wobei die zeitliche Komponente bereits über das Kriterium der Dauer in Satz 1 erfasst wird. Im Verhältnis der jeweiligen tatbezogenen Umsätze der beteiligten Unternehmen zueinander drückt sich im Regelfall die Verantwortung jedes Beteiligten für die Zuwiderhandlung aus.

Dem tatbezogenen Umsatz kommt somit eine besondere Bedeutung für die Entwicklung einer harmonisierten Zumessungssystematik von Kartellbehörden und Gerichten zu. Nicht ohne Grund wählen die meisten Kartellrechtsordnungen den tatbezogenen Umsatz als Ausgangspunkt der Bußgeldbemessung.¹⁵ Nur so wird der erforderliche Bezug zur konkreten Tat in hinreichendem Maße hergestellt. Nach § 81 d Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB-RegE ist es daher geboten, einen Ausgangsbetrag der Geldbuße als Anteil des tatbezogenen Umsatzes zu bestimmen, dessen Höhe von der Art der Zuwiderhandlung abhängig ist. Ihrer Art nach besonders gravierende Wettbewerbsbeschränkungen, wie z.B. Preis-, Quoten-, Gebiets- oder Kundenabsprachen, führen dabei zu einem höheren Ausgangsbetrag als etwa ein bloßer Informationsaustausch.

Ein Ansetzen am tatbezogenen Umsatz führt auch nicht zu einer mathematischen Berechenbarkeit der Bußgeldhöhe. Mithilfe weiterer erschwerender und mildernder Umstände bleibt in jedem Einzelfall genügend Raum für eine schuldangemessene Geldbuße. Dabei können Ab- und Zuschläge mit Blick auf den Bußgeldrahmen des betreffenden Unternehmens vorgenommen werden, um einerseits übermäßig hohe Geldbußen für Einproduktunternehmen zu vermeiden und andererseits auch bei diversifizierten Großkonzernen eine hinreichende Präventionswirkung zu erzielen.

Eine exakte Berechnung des tatbezogenen Umsatzes ist nicht erforderlich. Nach § 81 d Abs. 1 S. 3 GWB-RegE kann die geschätzte Größenordnung des tatbezogenen Umsatzes zugrunde gelegt werden. Dabei sind jedoch Sicherheitsabschläge vorzunehmen. Welche Umsätze mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, ist eine Frage des Einzelfalles. In besonders gelagerten Ausnahmefällen können einem Unternehmen auch fiktive Umsätze zugewiesen werden, etwa wenn absprachebedingt zugunsten eines anderen Kartellbeteiligten auf die Erzielung von Umsatzerlösen verzichtet wurde.¹⁶ Aufgrund des Auswirkungsprinzips und der parallelen Zuständigkeiten der Wettbewerbsbehörden in der EU dürfen allerdings lediglich inländische Umsätze berücksichtigt werden.¹⁷

b) *Bedeutung der betroffenen Produkte und Dienstleistungen.* Bei der Bedeutung der von der Zuwiderhandlung betroffenen Produkte und Dienstleistungen kann unter ande-

9 Siehe zu den Ergebnissen der Auswertung auch Stellungnahme Studienvereinigung, S. 30 ff.

10 Vgl. BKartA, Fallbericht v. 16.9.2014 – *Schlossrunde*, der einen solchen richterlichen Hinweis dokumentiert.

11 Vgl. BVerfG, Urt. v. 20.3.2002, 2 BvR 794/95, Rn. 76 (juris), BVerfGE 105, 135 – *Vermögensstrafe*.

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

13 Begründung GWB-RegE, S. 150.

14 Nach der Rechtsprechung wird eine Orientierung am tatbezogenen Umsatz der Maßgeblichkeit des Unrechtsgehalts der Bezugstat für die Bestimmung des Ahndungsanteils gerecht (BGH, Beschl. v. 17.10.2013, 3 StR 167/13, WM 2014, 1254).

15 Vgl. neben den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes etwa die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission (ABL 2006 C 210/2). Siehe auch Art. 3 der Schweizer Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen („Der Basisbetrag der Sanktion bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat“) und die US Sentencing Guidelines (USSG § 2R1.1 (d) (1): „use 20 percent of the volume of affected commerce“).

16 Vgl. Europäische Kommission, Beschl. v. 10.7.2013, AT.39748 – *Kabelbäume*, Rn. 127 ff.

17 Weitergehend Begründung GWB-RegE, S. 151: „Je nach Fallkonstellation kann aber in Einzelfällen auch die Einbeziehung ausländischer Umsätze geboten sein, um die Auswirkungen im Inland bewerten zu können.“

rem die volkswirtschaftliche Bedeutung, aber auch die Bedeutung des betreffenden Produkts oder der betreffenden Dienstleistung für den Verbraucher maßgeblich sein.¹⁸ Eng damit zusammen hängt die wirtschaftliche Lage der betreffenden Branche. Ist diese nachweislich schwierig (etwa infolge des Strukturwandels oder verschärfter regulatorischer Anforderungen), muss dies mildernd berücksichtigt werden.¹⁹ Gleiches gilt beispielsweise, wenn sich die Zuwiderhandlung auf Märkte bezieht, deren Wertschöpfungstiefe gering ist und auf denen nur sehr geringe Margen erwirtschaftet werden.²⁰

c) *Art der Ausführung der Zuwiderhandlung.* Die Art der Ausführung der Zuwiderhandlung soll sowohl tatbezogen als auch täterbezogen zu verstehen sein. Ein bußgeldschärfender hoher Organisationsgrad des Kartells kann z.B. bei häufigen Treffen oder der systematischen Überwachung des absprachegemäßen Verhaltens von tatbeteiligten Unternehmen angenommen werden.²¹ Auch der Grad der Marktabdeckung des Kartells ist bußgeldrelevant, zumal er ganz entscheidend ist für die Fähigkeit des Kartells zur Erzielung eines Preisaufschlags.²²

Der jeweils eigene Tatbeitrag kann unter anderem bei einer sehr aktiven oder zentralen Rolle im Kartell (z.B. als Anstifter oder Anführer) besonders gravierend sein.²³ Umgekehrt ist es mildernd zu berücksichtigen, wenn ein Unternehmen innerhalb des Kartells eine eher untergeordnete Rolle spielte (z.B. passive oder nur gelegentliche Teilnahme an Treffen).

d) *Vorausgegangene Zuwiderhandlungen des Unternehmens.* Vorausgegangene Zuwiderhandlungen des Unternehmens können zu einer Erhöhung der Geldbuße führen, wobei sich zahlreiche komplexe Fragen stellen, die hier nur angerissen werden können.

Vorausgegangen ist eine Zuwiderhandlung nur dann, wenn sie nicht nur begangen, sondern auch geahndet wurde, bevor die neuerliche Zuwiderhandlung begangen wurde. Dies folgt aus Sinn und Zweck dieses erschwerenden Umstands, nämlich Unternehmen, die bereits eine Neigung zur Verletzung des Kartellrechts gezeigt haben, zur Änderung ihres Verhaltens zu veranlassen,²⁴ und denjenigen härter zu sanktionieren, der sich trotz früherer Pflichtenmahnung erneut über das Kartellrecht hinwegsetzt.

Im Konzern kann zudem nur diejenige Gesellschaft als Wiederholungstäterin angesehen werden, der gegenüber die vorausgegangene Zuwiderhandlung festgestellt wurde. Dies ist zur Wahrung der Verteidigungsrechte geboten. War die zu ahndende Konzerngesellschaft nicht selbst Adressatin der früheren Bußgeldentscheidung, so hatte sie keine Gelegenheit, sich dagegen zu verteidigen. Sie kann für diese frühere Zuwiderhandlung nicht verantwortlich gemacht werden. Eine Verantwortlichkeit ergibt sich auch nicht allein dadurch, dass sie damals mit der bebußten Konzerngesellschaft eine wirtschaftliche Einheit und damit ein einziges Unternehmen gebildet hat. Dass beide zum Zeitpunkt der späteren Bußgeldentscheidung ein und dasselbe Unternehmen darstellen, genügt somit nicht, um eine Wiederholungstäterschaft als erschwerenden Umstand zu berücksichtigen.²⁵

Ferner können nur ähnliche Zuwiderhandlungen einen Wiederholungstäterzuschlag rechtfertigen. Ein früherer Verstoß gegen das fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot oder gegen das Missbrauchsverbot vermag keine Bußgelderhöhung in einem späteren Kartellfall zu rechtfertigen. Schließlich kann eine sehr lange zurückliegende frühere Verurteilung nicht zu einer Bußgelderhöhung führen, wobei ein zeitlicher

Abstand von weniger als zehn Jahren zwischen früherer Bußgeldentscheidung und neuerlicher Tatbegehung nicht ausreichen soll.²⁶

e) *Schadenswiedergutmachung und Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung.* Schließlich kann auch das Nachtatverhalten, das in der Gesamtschau zu würdigen ist, im Rahmen der Bußgeldbemessung Bedeutung erlangen. Ein positives Nachtatverhalten kann sich insoweit bußgeldmildernd auswirken. Die Vorschrift ermöglicht ausdrücklich eine Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen, die nach der Tat ergriffen wurden, insbesondere um durch die Tat aufgezeigte Defizite der Compliance zu beheben. Zugleich erlaubt die Norm die Berücksichtigung von Schadenswiedergutmachung und von Maßnahmen des Unternehmens zur Aufklärung der Zuwiderhandlung. Die aktive Kooperation eines Unternehmens kann ein Indiz für die Ernsthaftigkeit solcher Bemühungen sein.²⁷

Tatsächlich berücksichtigt das Bundeskartellamt bereits bislang bußgeldmildernd, wenn ein Unternehmen nach Beendigung der Zuwiderhandlung Compliance-Maßnahmen ergriffen oder diese weiter verbessert hat.²⁸ Da der Kriterienkatalog des § 81 d Abs. 1 S. 2 GWB-RegE seinem klaren Wortlaut nach („insbesondere“) nicht abschließend ist, verbietet sich ein Umkehrschluss dahingehend, dass ein zum Tatzeitpunkt bestehendes Compliance-Programm nicht bußgeldmildernd zu berücksichtigen ist. Insbesondere wenn die involvierte Leitungsperson entgegen ausdrücklicher Weisungen des Unternehmens gehandelt hat und das Compliance-Programm zur Aufklärung der Zuwiderhandlung beigetragen hat (z.B. durch eine interne Untersuchung nach Bekanntwerden des Verdachts) ist die Buße entsprechend zu mildern.²⁹

Bei der Schadenswiedergutmachung stellt sich die Frage, inwiefern diese auch nachträglich noch zu einer Bußgeldreduzierung führen kann, wenn sie erst nach Abschluss des Bußgeldverfahrens erfolgt.³⁰ Da mit Kartellschadensersatzansprüchen neben der Wiedergutmachung mehr und mehr eine präventive Wirkung (Abschreckung) bezweckt wird,³¹ ist – wie von *Weller* überzeugend dargelegt – das aus dem ne bis in idem-Grundsatz folgende Anrechnungsprinzip zu beachten. Danach sind pönale Sanktionen, die in mehreren Verfahren für dieselbe Tat verhängt werden, aufeinander anzurechnen. Dabei kann es wertungsmäßig keinen entscheidenden Unterschied machen, ob die Geldbuße die Erst- oder Zweitsanktion ist. Daher muss es möglich sein, auch nach-

18 Begründung GWB-RegE, S. 150.

19 Siehe z.B. jüngst BKartA, Fallbericht v. 21.10.2020, B10-22/15 – *Pflanzenschutzmittel*; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.2.2014, V-4 Kart 5/11, Rn. 523 (juris).

20 Bsp. Handel mit Pflanzenschutzmitteln (siehe vorige Fn.); vgl. auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.2.2014, V-4 Kart 5/11, Rn. 523 (juris).

21 Begründung GWB-RegE, S. 150.

22 Vgl. *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. (2018), S. 28 f.

23 Begründung GWB-RegE, S. 150.

24 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.2.2007, C-3/06 – *Groupe Danone/Kommission*, Rn. 39.

25 Vgl. EuG, Urt. v. 23.1.2014, T-391/09 – *Evonik Degussa und Alchem/Kommission*, Rn. 153-156 m. w. N.

26 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.2.2007, C-3/06 P – *Groupe Danone/Kommission*, Rn. 34, 40.

27 Begründung GWB-RegE, S. 151.

28 Vgl. z.B. BKartA, Pressemeldung v. 12.1.2016 („Bundeskartellamt sanktioniert vertikale Preisbindung bei LEGO“); jüngst BKartA, Fallbericht v. 21.10.2020, B10-22/15 – *Pflanzenschutzmittel*.

29 Vgl. in diesem Sinne BGH, Urt. v. 9.5.2017, 1 StR 265/16, Rn. 118; US Sentencing Commission, Guidelines Manual, § 8C2.5, § 8D1.4.

30 Vgl. dazu *Weller*, ZWeR 2008, 170, 185 ff.

31 Siehe EuGH, Urt. v. 14.3.2019, C-724/17 – *Skanska Industrial Solution*, Rn. 45.

trägliche Schadensersatzleistungen auf die Geldbuße anzurechnen.³²

4. Kriterienkatalog im GWB-RegE kann die bestehenden Defizite nur unzureichend beseitigen

Die mit dem GWB-RegE 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 § 81 d GWB-RegE, insbesondere Abs. 1 S. 2, dieses angestrebte Ziel, das nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist, nicht erreichen. Die katalogartige Erwähnung von abzuwägenden Umständen, die bei der Bußgeldzumessung „insbesondere in Betracht“ kommen, kann das Erfordernis, den Gerichten und Kartellbehörden eine einheitliche Systematik der Bußgeldzumessung an die Hand zu geben, nicht erfüllen. Das bestehende Bestimmtheitsdefizit innerhalb des weiten umsatzbezogenen Bußgeldrahmens bleibt bestehen.

Kartellbehörden und Gerichte sind aufgerufen, die in der Gesetzesbegründung angestrebte, aber in § 81 d GWB-RegE nur unzureichend umgesetzte harmonisierte Systematik der Bußgeldzumessung zu gewährleisten. Dabei hilft eine Orientierung am tatbezogenen Umsatz als Ausgangspunkt der Bußgeldbemessung.

III. Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen (§ 81 b, § 81 c Abs. 4 GWB-RegE)

Die Möglichkeit, Bußgelder gegen Unternehmensvereinigungen zu verhängen, bestand bislang schon. Mit dem neuen § 81 b GWB-RegE und § 81 c Abs. 4 GWB-RegE sollen die Sanktionsmöglichkeiten der Kartellbehörde nun deutlich erweitert werden.

1. Erweiterung des Bußgeldrahmens und Ausfallhaftung der Mitglieder für Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen

Bei den in § 81 c Abs. 2 GWB-RegE genannten Verstößen kann die Kartellbehörde wie bisher Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen in Höhe von bis zu 10% ihres Gesamtumsatzes verhängen. Hängen die Verstöße mit Tätigkeiten der Mitglieder der Unternehmensvereinigung zusammen, soll die Geldbuße nach der neuen Regelung in § 81 c Abs. 4 GWB-RegE darüber hinaus bis zu 10% des Gesamtumsatzes der Mitglieder betragen können, die auf dem betroffenen Markt tätig waren. Umsätze von Mitgliedern, gegen die bereits eine individuelle Geldbuße festgesetzt oder denen nach der Kronzeugenregelung die Geldbuße erlassen wurde, dürfen dabei nicht berücksichtigt werden (§ 81 c Abs. 4 S. 2 GWB-RegE).

Neben dieser Ausweitung des Bußgeldrahmens für Unternehmensvereinigungen sieht § 81 b GWB-RegE eine Ausfallhaftung der Mitglieder vor, falls die Unternehmensvereinigung zahlungsunfähig ist. Die Kartellbehörde soll eine Frist setzen können, binnen derer die Unternehmensvereinigung von ihren Mitgliedern Beiträge zur Zahlung der Geldbuße verlangen muss. Wenn daraufhin die erforderlichen Beiträge nicht entrichtet werden, kann die Kartellbehörde die Zahlung direkt von jedem Unternehmen verlangen, dessen Vertreter den Entscheidungsgremien der Unternehmensvereinigung zum Zeitpunkt der Begehung des Verstoßes angehört haben (§ 81 b Abs. 2 GWB-RegE). Ersatzweise kann die Kartellbehörde die Zahlung von jedem Mitglied der Unter-

nehmensvereinigung verlangen, das auf dem betroffenen Markt tätig war (§ 81 b Abs. 3 GWB-RegE).

Diese Ausfallhaftung greift allerdings dann nicht, wenn ein Unternehmen darlegen kann, dass es erstens von der Existenz des Geldbuße begründenden Beschlusses der Unternehmensvereinigung keine Kenntnis hatte bzw. sich vor Einleitung des Bußgeldverfahrens aktiv von diesem Beschluss distanziert hat, und zweitens den Beschluss der Unternehmensvereinigung nicht umgesetzt hat (§ 81 b Abs. 4 GWB-RegE). Für das einzelne Mitglied ist die Ausfallhaftung insofern gedeckelt, als der zu zahlende Betrag 10% des eigenen Gesamtumsatzes nicht übersteigen darf (§ 81 b Abs. 5 GWB-RegE). Schließlich ist vorgesehen, dass die Regelungen über die Ausfallhaftung dann keine Anwendung finden, wenn gegen ein Unternehmen eine eigenständige Geldbuße verhängt wurde bzw. wenn diesem Unternehmen die Geldbuße erlassen wurde.

Als Begründung für die Ausweitung der Kompetenzen bei der Verhängung von Bußgeldern gegen Unternehmensvereinigungen verweist der Regierungsentwurf auf die Vorgaben der ECN+-Richtlinie.³³ Zudem wird auf Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003 verwiesen, der eine entsprechende Regelung für das Verfahren der Europäischen Kommission enthält. Die Regierungsbegründung betont, dass die Kartellbehörde ein Ermessen hat, inwiefern sie Mitglieder von Unternehmensvereinigungen im Wege der Ausfallhaftung in Anspruch nimmt.³⁴ Welche Kriterien bei der Ausübung dieses Ermessens leitend sein sollten, wird allerdings nicht gesagt. Soweit die Begründung die Tatbestandsvoraussetzungen wiedergibt, kann darin kein Aspekt für die Ermessensausübung gesehen werden. Gleiches gilt für die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen und Begrenzungen, die die Verhältnismäßigkeit sicherstellen sollen.

2. Neue Regelung geht über Vorgaben der ECN+-Richtlinie hinaus

Die neuen Vorschriften in § 81 c Abs. 4 und § 81 b GWB-RegE gehen auf die Vorgaben in Art. 15 sowie Art. 14 Abs. 3 und 4 ECN+-Richtlinie zurück. Art. 15 Abs. 1 ECN+-Richtlinie schreibt vor, dass die Mitgliedstaaten die Kompetenz haben müssen, gegen Unternehmensvereinigungen Geldbußen zu verhängen, deren Höchstbetrag mindestens 10% des weltweiten Gesamtumsatzes der Unternehmensvereinigung beträgt. Nach Art. 15 Abs. 2 ECN+-Richtlinie müssen sie bei Verstößen, die mit Tätigkeiten der Mitglieder im Zusammenhang stehen, darüber hinaus Geldbußen verhängen können, deren Höchstbetrag mindestens 10% der Summe des weltweiten Gesamtumsatzes der Mitglieder, die auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt tätig waren, beträgt.

Aus Erwägungsgrund 48 der ECN+-Richtlinie ergibt sich in Ergänzung dazu, dass die erweiterte Kompetenz der Kartellbehörde, Bußgelder gegen Unternehmensvereinigungen verhängen zu können, insofern begrenzt sein soll, dass die Bußgeldbemessung in Abhängigkeit von den Umsätzen der Mitglieder an den „mit der Zuwiderhandlung in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehenden Gesamtumsatz mit Waren und Dienstleistungen der Mitglieder“ anknüpfen soll. Der Richtlinienggeber hatte also eine Geldbuße vor Augen, die auf die tatbezogenen Umsätze der Mitglieder abstellt. Umsätze, die mit der vorgeworfenen Zu-

32 Näher Weller, ZWeR 2008, 170, 189.

33 Begründung GWB-RegE, S. 147.

34 Begründung GWB-RegE, S. 147.

widerhandlung nicht in Zusammenhang stehen, sollen nach den Vorstellungen der Verfasser der Richtlinie nicht zu einer Ausweitung des Bußgeldrahmens für Unternehmensvereinigungen führen. Der Wortlaut von § 81 c Abs. 4 GWB-RegE geht demnach über die Vorgaben aus der ECN+-Richtlinie hinaus. Eine entsprechende Begrenzung des Bußgeldrahmens in Abhängigkeit von den tatbezogenen Umsätzen der Mitglieder findet sich weder im Gesetzestext noch in der Begründung des Regierungsentwurfs.

3. Praktische Auswirkungen des erweiterten Bußgeldrahmens und verfassungskonforme Anwendung

Die Neuregelung in § 81 c Abs. 4 GWB-RegE führt nicht nur zu einer massiven Ausweitung des Bußgeldrahmens für Unternehmensvereinigungen. Vielmehr fehlt es dem erweiterten Bußgeldrahmen auch an einem hinreichenden Bezug zu Täter und Tat.

Die zeigt folgendes Beispiel: Angenommen, die zu ahndende Unternehmensvereinigung erzielt Einnahmen in Höhe von EUR 10 Mio. im Jahr. Sie hat 20 Mitglieder, die auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt tätig sind. Diese Mitglieder kommen auf einen durchschnittlichen Konzernumsatz von EUR 500 Mio. Damit ergibt sich nach § 81 c Abs. 4 GWB-RegE ein Bußgeldrahmen von EUR 1 Mrd. Der Bußgeldrahmen beträgt also das Hundertfache des Umsatzes der zu sanktionierenden Unternehmensvereinigung. Er ist tausendfach höher als der bislang vorgesehene Bußgeldrahmen.

Mit dem Grundsatz schuldangemessenen Sanktionierens lässt sich ein derart weiter Bußgeldrahmen nicht mehr in Einklang bringen. Er führt dazu, dass jegliche Vorhersehbarkeit der drohenden Sanktion verloren geht. Wie das Schweigen der Begründung des GWB-RegE zeigt, besteht auch überhaupt kein Bedarf für einen derart weiten Bußgeldrahmen. Die Vorgaben der ECN+-Richtlinie zwingen den Gesetzgeber nicht dazu, einen Bußgeldrahmen zu schaffen, der sich vom tatbezogenen Umsatz der Mitgliedsunternehmen löst.

Hinzu kommt, dass eine nach § 81 c Abs. 4 GWB-RegE festgesetzte Geldbuße die finanzielle Leistungsfähigkeit der Unternehmensvereinigung in vielen Fällen deutlich überschreiten wird. Auch ohne die Regelungen zur Ausfallhaftung trifft die Geldbuße dann letztlich alle Mitglieder, denen gar nichts anderes übrig bleibt, als die entsprechenden Mittel zur Verfügung zu stellen, soll die Unternehmensvereinigung erhalten bleiben. Damit würden die Mitglieder de facto doppelt bestraft, soweit gegen sie auch eine individuelle Geldbuße verhängt wird. Und Mitglieder, die nicht an der Zuwiderhandlung beteiligt waren, würden letztlich mitbestraft, obwohl sie überhaupt keine Schuld trifft.

Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere dem Bestimmtheitsgebot und dem Schuldprinzip, gerecht zu werden, muss die neue Vorschrift in § 81 c Abs. 4 GWB-RegE angepasst werden, und zwar dahingehend, dass eine Erhöhung des Bußgeldrahmens für Unternehmensvereinigungen allenfalls auf Basis der mit der Zuwiderhandlung in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehenden Umsätze der Mitglieder der Unternehmensvereinigungen vorgenommen werden kann. Eine solche Anpassung stünde auch mit den Vorgaben der ECN+-Richtlinie in Einklang.

4. Ausfallhaftung darf Mitwirkungs- und Verteidigungsrechte der Unternehmen nicht begrenzen

Die mit § 81 b GWB-RegE normierte Ausfallhaftung stößt ebenfalls auf verfassungsrechtliche Bedenken. Weder die neue Norm noch die Regierungsbegründung geben Auskunft darüber, wie sich Mitglieder von Unternehmensvereinigungen gegen den Vorwurf der Zuwiderhandlung und die daran anknüpfende Festsetzung einer Geldbuße gegen die Unternehmensvereinigung zur Wehr setzen können.

Zu einer Ausfallhaftung soll es zwar dann nicht kommen, wenn das Unternehmen darlegt, dass es den kartellrechtswidrigen Beschluss der Unternehmensvereinigung nicht gekannt bzw. sich davon aktiv distanziert hat, und wenn es diesen auch nicht umgesetzt hat. Ob das Mitglied einer Unternehmensvereinigung im Verfahren gegen die Unternehmensvereinigung die Rechte eines Betroffenen hat, lässt das Gesetz dagegen offen.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt jedoch, dass ein Mitglied einer Unternehmensvereinigung nicht haftbar gemacht werden kann, wenn es keinerlei Verfahrensrechte hat. Will die Kartellbehörde von der Befugnis Gebrauch machen, die Mitglieder einer Unternehmensvereinigung zur Zahlung einer Geldbuße zu verpflichten, die der Unternehmensvereinigung auferlegt wurde, muss sie dem Mitglied dieselben Mitwirkungs- und Verteidigungsrechte einräumen, wie sie ein betroffenes Unternehmen hat.

Auch die ECN+-Richtlinie verpflichtet den deutschen Gesetzgeber nicht dazu, das Rechtsstaatsprinzip außer Acht zu lassen. Im Gegenteil betont Art. 3 Abs. 2 ECN+-Richtlinie ausdrücklich, dass die Verteidigungsrechte der Unternehmen gewahrt sein müssen.

5. Konsequenzen für Mitglieder von Unternehmensvereinigungen

Die erweiterten Sanktionsbefugnisse gegenüber Unternehmensvereinigungen und ihren Mitgliedern sollte all diejenigen Unternehmen aufmerken lassen, die sich – aktiv oder passiv – in Verbänden betätigen. Es trifft zwar zu, dass auf europäischer Ebene mit Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003 eine entsprechende Regelung schon seit geraumer Zeit existiert. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift ist bislang jedoch begrenzt. Daraus kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass auch das Bundeskartellamt von den neuen Befugnissen keinen Gebrauch machen wird. Deshalb sollten Unternehmen im Rahmen ihrer Compliance-Anstrengungen auch die Mitgliedschaft in Unternehmensvereinigungen kritisch hinterfragen und die Aktivitäten von Verbänden, denen sie angehören, sorgfältig überprüfen.

IV. Geldbußen für Verstöße gegen Verfahrenspflichten (§ 81 c GWB-RegE)

§ 81 c Abs. 3 GWB-RegE betrifft Geldbußen wegen bestimmter Verstöße gegen Verfahrenspflichten in Kartellverwaltungs- und Kartellbußgeldverfahren des Bundeskartellamtes. Die Vorschrift ist im Zusammenhang mit § 81 Abs. 2 Nr. 2 b, 3, 6-11 GWB-RegE zu lesen und ersetzt den bisherigen § 81 Abs. 4 S. 5 GWB.

1. Substanzielle Erhöhung des Bußgeldrahmens

Die Neuregelung der Bebußung von Verfahrensverstößen wird zu einer substanziellen Erhöhung der Geldbußen führen. Nach geltendem Recht kommen für Verfahrensverstöße Bußgelder bis zu einer Maximalhöhe von EUR 100.000 in

Betracht. § 81 c Abs. 3 GWB-RegE erweitert diesen Bußgeldrahmen erheblich, indem künftig für Verstöße im Zusammenhang mit einem kartellrechtlichen Ermittlungsverfahren³⁵ ein umsatzbezogener Bußgeldrahmen von bis zu 1% des konzernweiten Vorjahresumsatzes gelten soll. Dies gilt unter anderem für Verstöße im Zusammenhang mit der Beantwortung eines Auskunftsverlangens nach § 59 Abs. 2 oder Abs. 4 GWB-RegE, der Vorlage von geschäftlichen Unterlagen nach § 59 a Abs. 2 GWB-RegE sowie der Beantwortung eines Auskunftsverlangens im Rahmen von Durchsuchungen nach § 59 b Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB-RegE. Der erweiterte Bußgeldrahmen gilt ferner im Fall des Nichterscheidens zu einer Befragung nach § 59 Abs. 1 S. 6 GWB-RegE, der Verhinderung von Durchsuchungen nach § 59 b Abs. 5 S. 2 GWB-RegE und des Siegelbruchs.

2. Umsetzungsauftrag nach der ECN+-Richtlinie

§ 81 c Abs. 1 GWB-RegE geht auf die Vorgaben in Art. 13 Abs. 2 ECN+-Richtlinie zurück, der die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, für die dort einzeln aufgezählten Verfahrensverstöße eine Bußgeldregelung einzuführen, die an die Unternehmensumsätze anknüpft.

Nach Art. 13 Abs. 2 S. 1 ECN+-Richtlinie muss es sich dabei um wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Geldbußen handeln. Keine Vorgaben jedoch macht die Richtlinie zu der Höhe dieser umsatzbezogenen Bußgeldregelung. Die Richtlinie macht insbesondere keine Vorgaben, die auf eine Vollharmonisierung der Bußgeldhöhe abzielen. Die Höhe der Geldbuße kann daher vom nationalen Gesetzgeber grundsätzlich frei bestimmt werden.

3. Praktische Auswirkungen

Die im Regierungsentwurf vorgesehene deutliche Anhebung des Bußgeldrahmens für Verfahrensverstöße wird erhebliche praktische Auswirkungen haben. Zunächst wird die Erhöhung – naturgemäß – zu deutlich höheren Bußgeldern für „weniger bedeutsame Ordnungswidrigkeiten“³⁶ führen, wie folgendes Beispiel verdeutlicht:

Bei einem mittelständischen Unternehmen mit einem weltweiten Gesamtumsatz von EUR 1 Mrd. ergäbe sich nach heutigem Recht für die nicht rechtzeitige Beantwortung eines Auskunftsverlangens nach § 59 Abs. 2 GWB ein Bußgeldrahmen von maximal EUR 100.000, im Falle der Fahrlässigkeit nur EUR 50.000.³⁷ Nach der Neuregelung ergäbe sich für denselben Fall ein Bußgeldrahmen von bis zu EUR 10 Mio. Es ist stark zu bezweifeln, dass sich das Bundeskartellamt und die Gerichte bei der konkreten Bußgeldzumessung künftig am untersten Ende des Bußgeldrahmens orientieren werden.

Darüber hinaus hat die erhebliche Erhöhung des Bußgeldrahmens auch – jedenfalls mittelbare – Auswirkungen auf das kartellrechtliche Ermittlungsverfahren insgesamt. Dies beruht darauf, dass ein Unternehmen wegen der empfindli-

chen Sanktionsdrohung künftig sehr sorgfältig überlegen wird, ob es sich einer konkreten – für unzulässig gehaltenen – Ermittlungsmaßnahme, etwa der Beantwortung von Auskunftsverlangen im Rahmen einer Durchsuchung, widersetzt oder auch nur eine Diskussion über die Zulässigkeit der Ermittlungsmaßnahme anstrengt.

4. Kritik

Die Begründung des Regierungsentwurfes verhält sich zu der erheblichen Erhöhung des Bußgeldrahmens für Verfahrensverstöße überraschend kurz. Im Wesentlichen wird darauf verwiesen, dass sich die Höhe des Bußgeldrahmens an der Parallelvorschrift des Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 orientiert.³⁸

Es ist fraglich, ob die erhebliche Erhöhung des Bußgeldrahmens für Verfahrensverstöße dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit genügt. Dabei fällt besonders ins Gewicht, dass die Verletzung der in Bezug genommenen Verfahrensvorschriften gerade nicht denselben Unrechtsgehalt und vergleichbare Auswirkungen aufweist, wie dies für Verstöße gegen materielles Kartellrecht der Fall ist.

Zu bedenken ist außerdem, dass der Bußgeldtatbestand künftig auch bei der im Grunde legitimen Wahrnehmung von Verteidigungsrechten verwirklicht sein kann. Zu denken ist hier insbesondere an das Schweigerecht, wenn eine Antwort auf ein Auskunftsverlangen des Bundeskartellamtes nach § 59 b Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB-RegE nur mit der Offenlegung selbstbelastender Tatsachen möglich ist.

Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen und gleichzeitig dem Erfordernis des Art. 13 Abs. 2 ECN+-Richtlinie nach wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Bußgeldern gerecht zu werden, wäre ein deutlich geringerer umsatzbezogener Bußgeldrahmen festzulegen. Dieser sollte jedenfalls deutlich unter 1% des Vorjahresumsatzes liegen. Zu erwägen wäre ein Bußgeldrahmen von bis zu 0,5%. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass bereits die bislang geltende Regelung in der Praxis eine hinreichend abschreckende Wirkung erzielte. Eine Angleichung des Bußgeldrahmens an Art. 23 Abs. 1 VO Nr. 1/2003 ist weder erforderlich noch angemessen. Ein Bußgeldrahmen von bis zu 0,5% des Vorjahresumsatzes wäre auch besser geeignet, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Ahndungs- und Abschreckungsinteresse einerseits und dem teilweise sehr geringen Unrechtsgehalt der geahndeten Verfahrensverstöße andererseits zu erreichen. ■

35 Darüber hinaus wird auch der Bußgeldrahmen für eine nicht richtige oder nicht vollständige Fusionskontroll-Anmeldung auf den neuen Bußgeldrahmen in Höhe von 1% des Vorjahresumsatzes angepasst (vgl. § 81 c Abs. 3 i.V.m. § 81 Abs. 2 Nr. 3 GWB-RegE).

36 *Raum*, in Langen/Bunte, Kartellrecht Bd. 1 – Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 81 Rn. 189.

37 Vgl. § 17 Abs. 2 OWiG.

38 Begründung GWB-RegE, S. 149.