

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 2

Der nach langem Warten veröffentlichte Gesetzentwurf der Bundesregierung zur 10. GWB-Novelle ordnet das deutsche Kartellbußgeldrecht neu. Dieser 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, der im November-Heft (NZKart 2020, 562) veröffentlicht wurde, widmete sich den neuen Bußgeldtatbeständen für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sowie den novellierten Vorschriften über die Höhe und Zumessung von Geldbußen. Vorliegender zweiter Teil setzt sich mit den besonderen kartellbehördlichen Ermittlungsbefugnissen und dem erstmals gesetzlich geregelten Kronzeugenprogramm auseinander und erörtert das sog. *legal privilege*, das gerichtliche Kartellbußgeldverfahren sowie die neuen Verjährungsregeln.

### I. Besondere Ermittlungsbefugnisse (§ 82 b GWB-RegE)

§ 82 b GWB-RegE regelt besondere Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden in Bußgeldverfahren. Im Folgenden sollen drei besonders praxisrelevante Aspekte dieser Norm näher dargestellt werden.

### 1. Auskunftsverlangen und Befragungen bei Durchsuchungen

a) § 82 b Abs. 1 i.V.m. § 59 und § 59 b Abs. 3 S. 1 GWB-RegE. Gemäß § 82 b Abs. 1 GWB-RegE sollen den Kartellbehörden wesentliche Rechte des kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens auch in Bußgeldverfahren zustehen. So gilt in Bußgeldverfahren grundsätzlich auch § 59 GWB-RegE, wonach Unternehmen und natürliche Personen den Kartellbehörden Auskunft erteilen müssen. Zudem müssen Mitarbeiter bei der Durchsuchung des Unternehmens Fragen beantworten (§ 59 b Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB-RegE).

Natürliche Personen dürfen sich aber – insoweit unterscheidet sich die Regelung von der für kartellrechtliche Verwal-

\* 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](https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/8480fe3e9449c15c2e5a99ec1572abff/200213_stuv_stellungnahme_bussgeldrecht_10_gwb_novelle_1412-19_bmwi.pdf), nachfolgend: „Stellungnahme Studienvereinigung“).

tungsverfahren<sup>1</sup> – in Bußgeldverfahren bei Auskunftersuchen und bei Befragungen anlässlich von Durchsuchungen grundsätzlich auf § 55 StPO berufen, unabhängig davon, ob die Auskunft von einem Unternehmen oder aber direkt von einer natürlichen Person verlangt wird. Das heißt, die Person darf die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung sie selbst oder einen ihrer Angehörigen in die Gefahr bringen würde, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. 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.

b) *Kollision mit dem nemo tenetur-Grundsatz.* Die vorgesehene Regelung zwingt die Auskunftsperson dazu, gegen sich selbst auszusagen, wenn allein die Gefahr der Verfolgung im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren besteht und die Kartellbehörde eine Nichtverfolgungszusage erteilt hat, obwohl diese Zusage die Auskunftsperson nicht ausreichend vor einer Verfolgung wegen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten schützt.

Die Nichtverfolgungszusage ist nämlich selbst für die Kartellbehörde nicht bindend, wenn sie die Grenzen des zulässigen Ermessens überschritten hat.<sup>2</sup> Die Nichtverfolgungszusage schützt die Auskunftsperson somit schon nicht ausreichend vor der Verfolgung wegen kartellrechtlicher Ordnungswidrigkeiten. Die Nichtverfolgungszusage einer Kartellbehörde bewahrt den Betroffenen außerdem nicht vor der Verfolgung wegen anderer Ordnungswidrigkeiten und sogar Straftaten, die mit den Kartellordnungswidrigkeiten (häufiger) zusammenhängen – wie beispielsweise wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB), Betrug (§ 263 StGB) oder Untreue (§ 266 StGB). 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 Verfahrens kaum absehbar. Es ist auch nicht unwahrscheinlich, dass erst durch die Aussage der Auskunftsperson ersichtlich wird, dass diese auch eine Straftat oder eine andere Ordnungswidrigkeit verwirklicht hat.

Solange eine Nichtverfolgungszusage der Kartellbehörde nicht derart gesetzlich geregelt ist, dass die Auskunftsperson wirksam vor einer Verfolgung wegen sämtlicher Ordnungswidrigkeiten und Straftaten, die mit der von ihr verlangten Aussage in Bezug stehen, geschützt wird, kollidiert die vorgeschlagene Regelung mit dem verfassungsrechtlichen nemo tenetur-Grundsatz. Dieser Grundsatz, wonach eine Person nicht verpflichtet werden darf, gegen sich selbst auszusagen, 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.<sup>3</sup> Auf europäischer Ebene gilt dieser Grundsatz ebenfalls – sowohl aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EMRK als auch nach Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 GRCh.<sup>4</sup>

## 2. Weitreichende Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz

a) § 82 b Abs. 3 GWB-RegE. Nach dem Unmittelbarkeitsgrundsatz, der grundsätzlich auch im Bußgeldverfahren gilt,<sup>5</sup> soll die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Strafgericht

selbst erfolgen und das Urteil auf möglichst zuverlässige Beweismittel und damit auf die richtige Tatsachengrundlage gestützt werden.<sup>6</sup>

Der Gesetzentwurf sieht in § 82 b Abs. 3 GWB-RegE eine erhebliche Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz vor, indem Auskünfte, die aufgrund von Auskunftsverlangen oder bei Befragungen anlässlich von Durchsuchungen erteilt wurden, im gerichtlichen Verfahren als Urkunden verlesen werden dürfen – auch gegen den Willen des Betroffenen und seiner Verteidigung.

Diese Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ist besonders weitreichend, weil auch noch während des Hauptverfahrens das Gericht Auskünfte verlangen darf (§ 82 b Abs. 2 GWB-RegE) und das Gericht es so in der Hand hat, Zeugenvernehmungen überflüssig zu machen.

b) *Beteiligung an Auskunftersuchen und Beweisantrag auf Vernehmung des Zeugen.* Als Rechtsanwalt einer von dem Kartellbußverfahren betroffenen natürlichen oder juristischen Person sollte man sich, auch wenn dies das GWB-RegE nicht ausdrücklich vorsieht, schon frühzeitig darum bemühen, an Auskunftsverlangen der Kartellbehörden beteiligt zu werden.

In der Hauptverhandlung sollte die Verteidigung außerdem darüber nachdenken, die Vernehmung des Zeugen, der die Auskunft erteilt hat, zu beantragen, um diesen selbst befragen und die Glaubhaftigkeit seiner Angaben überprüfen zu können. Darauf, dass das Gericht aufgrund seiner Aufklärungspflicht die wesentlichen Zeugen selbst laden wird,<sup>7</sup> sollte sich die Verteidigung nicht verlassen.

## 3. Einbestellung von Unternehmensvertretern zur Befragung

Gemäß § 82 b Abs. 1 i.V.m. § 59 Abs. 1 S. 6 GWB-RegE kann die Kartellbehörde Unternehmensvertreter zur Befragung einbestellen. Wenn der Unternehmensvertreter zur Befragung nicht erscheint, handelt er gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 7 GWB-RegE ordnungswidrig, sodass die Kartellbehörde ein Bußgeld verhängen kann.

§ 82 b Abs. 1 i.V.m. § 59 Abs. 1 S. 6 GWB-RegE begründet keine eigenständige Pflicht zur Aussage.<sup>8</sup> Betroffene sind nicht zur Aussage verpflichtet und Zeugen können sich ggf. auf ihr Auskunftsverweigerungsrecht berufen (§ 2, § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 136 Abs. 1 S. 2 bzw. § 55 StPO), ohne dass es darauf ankäme, ob die Kartellbehörde der

1 Siehe dazu § 59 Abs. 3 S. 3 und 4, Abs. 4 GWB-RegE.

2 Zu der fehlenden Bindungswirkung der Nichtverfolgungszusage siehe auch *Weiters*, ZWeR 2010, 210, 211 ff. Dass die Nichtverfolgungszusage nicht verbindlich ist, erkennt auch die Begründung des Gesetzentwurfes (S. 137).

3 Siehe dazu nur BVerfG, Beschl. v. 26.2.1997, 1 BvR 2172/96, Rn. 81 ff. (juris), BVerfGE 95, 220; BVerfG, Beschl. v. 27.4.2010, 2 BvL 13/07, Rn. 2 (juris) m.w.N.

4 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. Aufl. 2016, Art. 48 GRCh Rn. 31 m.w.N.; vgl. zur GRCh auch *Meyer/Hölscheidt-Eser/Kubicel*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 48 GRCh Rn. 12 m.w.N.

5 *LR-Cirener/Sander*, 27. Aufl. 2019, § 250 StPO Rn. 2 m.ausf.w.N.; *KK-Senge*, 5. Aufl. 2018, § 77 a OWiG Rn. 1.

6 Näher dazu *LR-Cirener/Sander*, 27. Aufl. 2019, § 250 StPO Rn. 2 m.ausf.w.N.

7 So Begründung GWB-RegE, S. 164, zu § 82 b Abs. 3 GWB-RegE.

8 Vielmehr heißt es auf S. 134 der Begründung zum GWB-RegE, dass „im Übrigen die Vorschriften über die Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten Anwendung finden“.

natürlichen Person eine Nichtverfolgungszusage erteilt hat. Zudem hat der Unternehmensvertreter das Recht auf Anwesenheit seines Zeugenbeistands bzw. seines Verteidigers bei der Befragung (§ 2, § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 68 b StPO bzw. § 137 StPO).

Dass bei Nichterscheinen des Unternehmensvertreters zur Befragung ein Bußgeld verhängt werden darf, ist als eine abschließende Sonderregelung zu den allgemeinen Bestimmungen, welche Folgen es haben kann, wenn Zeugen oder Betroffene zur Vernehmung nicht erscheinen, zu verstehen. Denn der Gesetzentwurf hält diese allgemeinen Bestimmungen – insb. § 2, § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 161 a Abs. 2 S. 1 StPO bzw. § 163 a Abs. 3 S. 2, §§ 133 f. StPO<sup>9</sup> – im Hinblick auf die umzusetzende Richtlinie gerade für ungeeignet, weil diese nicht weitgehend genug seien.<sup>10</sup>

## II. Kronzeugenprogramm

In Umsetzung der Art. 17-23 ECN+-Richtlinie kodifizieren die §§ 81h-81n GWB-RegE zukünftig das kartellrechtliche Kronzeugenprogramm. Bislang war es lediglich in einer Bekanntmachung des Bundeskartellamts geregelt. Nunmehr findet es unmittelbar Eingang in den Gesetzestext.

### 1. Inhalt der Neuregelung

§ 81 h GWB-RegE definiert den Anwendungsbereich des kartellrechtlichen Kronzeugenprogramms. Es gilt – über die Vorgaben von Art. 17 ECN+-Richtlinie hinaus – nicht nur für geheime Kartelle, sondern für alle horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen werden von ihm weiterhin nicht erfasst. Dies wirft schwierige Abgrenzungsfragen auf, da im Zuge der Digitalisierung zunehmend Vertriebsmodelle auftreten, die horizontale und vertikale Elemente miteinander kombinieren.

Die §§ 81h-81n GWB-RegE gelten nur im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren. Die Gerichte sind unverändert nicht daran gebunden. Die Wertungen der §§ 81h-81n GWB-RegE sollen zwar nach der Begründung zum RegE im Rahmen der gerichtlichen Bußgeldzumessung nach § 17 Abs. 3 OWiG berücksichtigt werden. Lagen die Voraussetzungen für einen Bußgelderlass im behördlichen Verfahren vor, geht die Begründung zum RegE davon aus, dass ein Verfahrenshindernis im gerichtlichen Verfahren besteht, das zur Verfahrenseinstellung (nach § 260 Abs. 3 StPO im Hauptverfahren bzw. § 206 a StPO im Zwischenverfahren) führt.<sup>11</sup> Mangels Bindungswirkung wird aber erst die Entscheidungspraxis zeigen, ob die Gerichte diesen Vorgaben der Gesetzesbegründung folgen.

§ 81 j GWB-RegE regelt die allgemeinen Voraussetzungen für eine Kronzeugenbehandlung. Zu ihnen gehört jetzt auch, dass ein Antragsteller, während er die Stellung des Antrags auf Kronzeugenbehandlung erwägt, Informationen über oder Beweise für das Kartell weder vernichtet, noch verfälscht oder unterdrückt (§ 81 j Abs. 1 Nr. 4 lit. a) GWB-RegE). Kooperationspflichten werden damit in den Zeitraum weit vor der Antragstellung vorverlagert. Da die Norm zudem nicht auf vorsätzliches oder fahrlässiges Vernichten, Verfälschen oder Unterdrücken beschränkt ist, steigen die Anforderungen an interne Ermittlungen und deren Dokumentation.

§ 81 k Abs. 3 GWB-RegE schließt einen Erlass der Geldbuße aus, wenn der Kartellbeteiligte Schritte unternommen hat, um andere Kartellbeteiligte zur Beteiligung am oder zum

Verbleib im Kartell zu zwingen. Ausweislich der Begründung zum RegE genügt bereits die versuchte Zwangsausübung. Die Norm setzt Art. 17 Abs. 3 ECN+-Richtlinie wortlautgetreu um. Um die Attraktivität der Kronzeugenregelung nicht zu gefährden, wird der Begriff Zwang jedoch restriktiv zu interpretieren sein. Zwang ist deutlich mehr als Druck. Andernfalls hätte bereits der – praktisch regelmäßig auftretende – Hinweis auf die Nachteile eines Abweichens von der Kartellabsprache zur Folge, dass ein derart Druck ausübendes Unternehmen keinen Bußgelderlass mehr erlangen kann.

### 2. Unvollständige Umsetzung der ECN+-Richtlinie

Den Vorteil einer Kronzeugenbehandlung soll nach § 81 j Abs. 1 Nr. 3 GWB-RegE nur derjenige erlangen, der umfassend mit der Kartellbehörde kooperiert. Dies entspricht Art. 19 lit. b) ECN+-Richtlinie. Zugleich verpflichtet Kapitel II ECN+-Richtlinie die Mitgliedstaaten aber ebenso, im Rahmen einer Kronzeugenbehandlung auch die Verteidigungsrechte, insbesondere Grundrechte und Verfahrensgarantien, zu gewährleisten.

Die Praxis kennt Sachverhalte, in denen eine Kooperationsbereitschaft kartellbehördlich infrage gestellt wurde, weil Kronzeugen ihre Verteidigungsrechte wahrnahmen. 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.

Das Beispiel zeigt einen praktisch öfter auftretenden Konflikt zwischen der umfassenden Kooperationspflicht, wie sie das Kronzeugenprogramm fordert, und der Gewährleistung von Grundrechten (hier: Anspruch auf Gewährung effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes) sowie strafprozessualen Verfahrensgarantien. Kapitel II ECN+-Richtlinie löst diesen Konflikt ausdrücklich zugunsten der Verteidigungsrechte auf. Grundrechte und Verfahrensgarantien stehen auch einem Kronzeugen zu. Weder der RegE noch dessen Begründung setzen sich mit diesem Richtlinienauftrag auseinander.

### 3. Kein Schutz natürlicher Personen vor strafrechtlicher Verfolgung

§ 81 h Abs. 1 GWB-RegE erstreckt den Kreis derjenigen, die einen Antrag auf Kronzeugenbehandlung stellen können, auf Unternehmen, Unternehmensvereinigungen und natürliche Personen. Die Norm setzt Art. 23 Abs. 1 ECN+-Richtlinie um. Sie privilegiert primär antragstellende Unternehmen, obwohl diese für ihre Kooperation im Rahmen des Kronzeugenprogramms auf die Mitwirkung der kartellbeteiligten natürlichen Personen angewiesen sind. Deshalb ist es konsequent, dass der Kronzeugenantrag eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung nach § 81 i Abs. 2 S. 2 GWB-RegE ebenso für die Mitglieder von Aufsichts- und Leitungsorganen sowie für Mitarbeiter des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung gilt.

Kartellverstöße begründen aber nicht selten auch das Risiko einer Strafbarkeit, etwa nach § 298 StGB oder § 263 StGB.

<sup>9</sup> Die Kartellbehörden haben insoweit gemäß § 46 Abs. 2 i.V.m. § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG i.V.m. § 81 Abs. 10 GWB (bzw. § 82 Abs. 1 GWB-RegE) die Rechte und Pflichten der Staatsanwaltschaft.

<sup>10</sup> So Begründung GWB-RegE, S. 134, zu § 59 Abs. 1 S. 6 GWB-RegE.

<sup>11</sup> Begründung GWB-RegE, S. 155.

Der Anreiz zur Kooperation ist für eine natürliche Person daher begrenzt, wenn sie mit ihrer Kooperation zwar die Chance auf den Erlass oder die Reduktion einer von der Kartellbehörde zu verhängenden Geldbuße erhält, sich gleichzeitig aber das Risiko ihrer strafrechtlichen Verfolgung erhöht.

Die §§ 81h-81n GWB-RegE gewähren natürlichen Personen, die vom Schutzbereich eines Antrags auf Kronzeugenbehandlung erfasst sind, unverändert keinen verlässlichen Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung. Im Gegensatz dazu sieht Art. 23 Abs. 2 ECN+-Richtlinie einen solchen Schutz natürlicher Personen vor in strafrechtlichen Verfahren verhängten Sanktionen vor, wenn diese Sanktionen mit Straftatbeständen im Zusammenhang stehen, mit denen – wie mit § 298 StGB – vorrangig dieselben Ziele wie mit Art. 101 AEUV verfolgt werden. Diesen Richtlinienauftrag setzt der RegE nicht in nationales Recht um.

In Anlehnung an Art. 23 Abs. 3 ECN+-Richtlinie weist die Begründung zum RegE darauf hin, dass Staatsanwaltschaften bei der Verfolgung natürlicher Personen im Rahmen von § 298 StGB nicht an die §§ 81h-81n GWB-RegE gebunden sind. Sie haben eine Kooperation natürlicher Personen eigenständig zu würdigen und können das Verfahren nach §§ 153, 153a StPO einstellen oder im Strafbefehlsverfahren eine ermäßigte Strafe beantragen.<sup>12</sup> Diese Maßnahmen stehen allerdings im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Mangels gesetzlicher Vorgaben für die Ermessensausübung bleibt für die betroffenen natürlichen Personen eine erhebliche Rechtsunsicherheit bestehen.

### III. Legal Privilege

Während der RegE die Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden erheblich erweitert<sup>13</sup> und damit die Verteidigungsrechte der Unternehmen einschränkt, klammert er ein Thema gänzlich aus, das gerade bei kartellrechtlichen Durchsuchungsmaßnahmen stets aktuell ist. Gemeint ist das sog. „legal privilege“, das heißt die Reichweite des Schutzes von Anwaltskorrespondenz und Anwaltsunterlagen vor Einsichtnahme und Beschlagnahme im Rahmen von kartellbehördlichen Ermittlungen.

#### 1. Umsetzungsauftrag nach der ECN+-Richtlinie?

Eine ausdrückliche Vorgabe zu einer Regelung des Schutzes von Anwaltskorrespondenz und Anwaltsunterlagen macht die ECN+-Richtlinie zwar nicht. Allerdings ist zu beachten, dass EuGH und EuG in gefestigter Rechtsprechung Mindeststandards für die Reichweite dieses Schutzes aufgestellt haben. Bei ihnen handelt es sich um allgemeine Grundsätze des Unionsrechts. Der bereits mehrfach erwähnte Art. 3 Abs. 1 ECN+-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Einhaltung dieser Grundsätze. Da der Schutz von Anwaltskorrespondenz in Deutschland bislang hinter diesen Grundsätzen zurückbleibt, besteht auch diesbezüglich Anpassungsbedarf im GWB, der durch den GWB-RegE nicht umgesetzt wird.

#### 2. Keine Berücksichtigung im GWB-RegE

Im GWB-RegE finden sich keine entsprechenden Regelungen zum *legal privilege*. Dabei hätte gerade die Neuregelung der kartellbehördlichen Ermittlungsbefugnisse in den §§ 59 ff. GWB-RegE die Gelegenheit geboten, eine entsprechende Regelung aufzunehmen, beispielsweise in Form eines § 59c GWB-RegE.<sup>14</sup> In der Praxis regelmäßig vorkommende Meinungsverschiedenheiten über den Umfang geschützter An-

waltskorrespondenz bzw. geschützter Anwaltsunterlagen könnten damit weitgehend minimiert werden.

### 3. Erforderlicher Schutzzumfang

Der Gesetzgeber sollte zumindest den Schutz von Anwaltskommunikation und Anwaltsunterlagen festschreiben, wie er von den europäischen Gerichten gewährt wird. Im Einklang mit den Vorgaben von EuGH und EuG sollte daher für den persönlichen, sachlichen und zeitlichen Schutzbereich des *legal privilege* Folgendes geregelt werden:

a) *Persönlicher Schutzbereich*. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist lediglich Korrespondenz mit einem unabhängigen, in einem EU-Mitgliedstaat zugelassenen Rechtsanwalt geschützt.<sup>15</sup> Nicht umfasst von dem persönlichen Schutzbereich ist die Kommunikation mit unternehmensinternen Rechtsanwälten.

b) *Sachlicher und zeitlicher Schutzbereich*. 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 wurden<sup>16</sup> und in einem sachlichen Zusammenhang mit einem Kartellverfahren stehen.<sup>17</sup> Danach sind folgende Unterlagen vor einer Einsichtnahme oder gar Beschlagnahme durch die Kartellbehörden geschützt:

- Kommunikation mit einem externen Rechtsanwalt im Zusammenhang mit dem Verfahrensgegenstand;
- Kommunikation mit einem externen Rechtsanwalt nach Eröffnung des Verfahrens;
- interne Kommunikation innerhalb eines Unternehmens, die den Rechtsrat eines externen Rechtsanwaltes reflektiert oder zusammenfasst; und
- interne Unterlagen eines Unternehmens, die (ausschließlich) zu dem Zweck erstellt wurden, Rat eines externen Rechtsanwaltes zur Ausübung von Verteidigungsrechten einzuholen.<sup>18</sup>

Eine entsprechende gesetzliche Regelung hätte weitgehend klarstellende Funktion. Es würde aber deutlich, dass auch solche Verteidigungsunterlagen schutzwürdig sind, die zeitlich vor der Eröffnung eines Kartellbußgeldverfahrens, jedoch zum Zwecke der Ausübung von Verteidigungsrechten erstellt wurden.<sup>19</sup> Bereits im Verfahren AM&S/Kommission im Jahr 1982 hatte der EuGH festgestellt, dass es auch möglich sein muss, den Schutz von Anwaltskorrespondenz

12 Begründung GWB-RegE, S. 155.

13 Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter I.

14 Vgl. hierzu auch die Forderung mitsamt eines Gesetzesvorschlags in der Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen – Verwaltungsverfahren/Schadensersatz/Fusionskontrolle vom 26.2.2020, abrufbar unter: [https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/67b4e1a541bd1af1e25ac7e6eb9824fc/200213\\_stuv\\_stellungnahme\\_verwverfahren\\_schadensersatz\\_fuko\\_10\\_gwb\\_novelle\\_bmwi.pdf](https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/67b4e1a541bd1af1e25ac7e6eb9824fc/200213_stuv_stellungnahme_verwverfahren_schadensersatz_fuko_10_gwb_novelle_bmwi.pdf), zuletzt abgerufen am 8.10.2020.

15 Vgl. bereits EuGH, Urt. v. 18.5.1982, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 ff., Rn. 21, 25 – AM&S/Kommission.

16 Vgl. EuGH, Urt. v. 18.5.1982, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 ff., Rn. 21 – AM&S/Kommission.

17 Vgl. EuGH, Urt. v. 18.5.1982, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 ff., Rn. 23 – AM&S/Kommission; EuG, Beschl. v. 4.4.1990, T-30/89, Slg. 1990, II-163 ff., Rn. 13 – Hilti/Kommission; EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-125/03 und T-253/03, Slg. 2007, II-3523 ff., Rn. 117 – Akzo Nobel Chemicals & Akros Chemicals/Kommission.

18 Vgl. EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-125/03 und T-253/03, Slg. 2007, II-3523 ff., Rn. 123 – Akzo Nobel Chemicals & Akros Chemicals/Kommission.

19 Vgl. auch Kamann, in Kamann/Ohloff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 9 Rn. 24.

auf Unterlagen auszudehnen, die zwar vor Verfahrenseröffnung erstellt wurden, jedoch mit dem Verfahrensgegenstand im Zusammenhang stehen.<sup>20</sup> Eine entsprechende gesetzliche Regelung würde auch die Tendenzen aus der jüngeren deutschen Rechtsprechung nachvollziehen.<sup>21</sup>

Dies wäre auch sachgerecht, da kartellrechtliche Beratung häufig zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu welchem ein späteres Kartellverfahren, jedenfalls für den potenziellen (Neben-)Betroffenen, noch nicht konkret absehbar ist. Unterlagen, die aus diesem Verfahrensstadium stammen, sind nach Auffassung einzelner mit Kartellbußgeldsachen befasster Gerichte<sup>22</sup> 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 Kronzeugenantrags 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, ist deshalb nicht auszuschließen.

Entsprechend den Vorgaben des EuGH und EuG sollte eine gesetzliche Regelung klarstellend auch die verfahrensrechtliche Absicherung mittels eines Beweisverwertungs- und Kenntnisnahmeverbotes enthalten.<sup>23</sup> Insbesondere ein Kenntnisnahmeverbot stellt sicher, dass die Verteidigungsrechte des betroffenen Unternehmens hinreichend gewahrt werden. Im Zuge der Kodifikation des *legal privilege* hätte der Gesetzgeber auch die Möglichkeit, das Verfahren festzulegen, das durchzuführen ist, wenn es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Bundeskartellamt und einem Unternehmen über die Frage kommt, ob ein Dokument beschlagnahme- bzw. kenntnisnahmefrei ist oder nicht.

#### IV. Bußgeldverfahren nach Einspruchseinlegung (§ 82 a Abs. 1 GWB-RegE)

##### 1. Inhalt der Neuregelung

§ 82 a Abs. 1 GWB-RegE regelt die Befugnisse und Zuständigkeiten im Verfahren nach Einlegung des Einspruchs gegen kartellbehördliche Bußgeldentscheidungen grundlegend neu. Bislang gingen die Aufgaben als Verfolgungsbehörde mit dem Eingang der Akten auf die Staatsanwaltschaft über. Sie wurde zur alleinigen „Herrin des Verfahrens“. Zukünftig bleibt die Kartellbehörde Verfolgungsbehörde. Der Staatsanwaltschaft wird ihre bisher umfassende Überprüfungs-kompetenz entzogen. Sie ist nicht mehr befugt, das Bußgeldverfahren im Zwischenverfahren einzustellen. Vielmehr hat sie die Akten an das zuständige Gericht zu übersenden. Im gerichtlichen Bußgeldverfahren verfügt die Kartellbehörde zukünftig über dieselben prozessualen Rechte wie die Staatsanwaltschaft. Lediglich im Verfahren vor dem Bundesgerichtshof wird das öffentliche Interesse weiterhin allein vom Generalbundesanwalt vertreten.

##### 2. Umsetzung der ECN+-Richtlinie

§ 82 a Abs. 1 GWB-RegE dient der Umsetzung von Art. 4 Abs. 1-2, Art. 30 Abs. 2 ECN+-Richtlinie. Zur Sicherung der kartellbehördlichen Unabhängigkeit und der kartellbehördlichen Pflichtenstellung im Rechtsbehelfsverfahren haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass die nationalen Kartellbehörden uneingeschränkt befugt sind, sich eigenständig als Verfolgungsbehörde an gerichtlichen Verfah-

ren gegen Entscheidungen zu beteiligen, die diese Kartellbehörden in Anwendung der Art. 101, 102 AEUV getroffen haben. Ihnen müssen dabei dieselben Rechte wie den anderen öffentlichen Parteien des Verfahrens zustehen.

##### 3. Praktische Auswirkungen

§ 82 a Abs. 1 GWB-RegE nimmt dem Zwischenverfahren einen wesentlichen Teil seiner bisherigen Funktion. Hilft die Kartellbehörde einem zulässigen Einspruch gegen ihre Bußgeldentscheidung, ggf. nach weiteren Ermittlungen, nicht ab, übermittelt sie die Akten an die Staatsanwaltschaft, die sie an das zuständige Gericht weiterzuleiten hat. Entscheidungserhebliche Fragen, ob ein hinreichender Tatverdacht besteht, ob die Verfolgung nach § 47 Abs. 1 OWiG geboten ist und ob ihr Verfahrenshindernisse entgegenstehen, kann die Staatsanwaltschaft zwar auch noch im Regelungsgefüge des § 82 a Abs. 1 GWB-RegE untersuchen. Ihre Beantwortung und Entscheidung sind aber nicht mehr zur alleinigen Disposition der Staatsanwaltschaft gestellt.

Im gerichtlichen Verfahren tritt die Kartellbehörde neben die Staatsanwaltschaft. Sie kann zukünftig förmliche Anträge, insbesondere Beweisanträge, stellen. Sie hat das Recht, Fragen an Zeugen, Sachverständige und Betroffene zu richten und zu beanstanden. Sie kann Rechtsbehelfe gegen gerichtliche Entscheidungen einlegen. Musste bislang nur die Staatsanwaltschaft bestimmten Verfahrensschritten zustimmen, ist zukünftig auch eine Zustimmung der Kartellbehörde erforderlich. Dies gilt – vorbehaltlich § 75 Abs. 2 OWiG – insbesondere für die Zustimmung zur Verfahrenseinstellung (§ 47 Abs. 2 OWiG), zur Rücknahme des Einspruchs nach Beginn der Hauptverhandlung (§ 303 S. 1 StPO) und zu einer Verständigung (§ 257 c Abs. 3 S. 4 StPO).

##### 4. Kritik

§ 82 a Abs. 1 GWB-RegE folgt dem zwingenden Umsetzungsauftrag der ECN+-Richtlinie. Der deutsche Gesetzgeber hat die Unabhängigkeit der Kartellbehörden bei der Anwendung des EU-Kartellrechts zu gewährleisten. Er hat zudem sicherzustellen, dass die Kartellbehörde im gerichtlichen Bußgeldverfahren über die gleichen Rechte wie die Staatsanwaltschaft verfügt. Ein Gestaltungsspielraum steht ihm insoweit nicht zu.

§ 82 a Abs. 1 GWB-RegE kann zu einer Beschleunigung des gerichtlichen Kartellbußgeldverfahrens führen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Kartellbehörde im gerichtlichen Verfahren weitestgehend an die Stelle der Staatsanwaltschaft tritt. Im Gesetzestext ist dies nicht angelegt. Nach § 82 a Abs. 1 GWB-RegE tritt die Kartellbehörde neben die Staatsanwaltschaft und verfügt über dieselben Rechte. § 82 S. 1 GWB kennt eine solche Parallelzuständigkeit bereits. Ungeachtet Nr. 242 RiStBV führt sie *de lege lata* zu Doppelermittlungen und einem erheblichen Abstimmungsaufwand. Die Begründung des RegE adressiert dieses Problem, indem sie unter Verweis auf § 75 Abs. 1 S. 1 OWiG eine Teilnahme der Staatsanwaltschaft an der Hauptverhandlung nur dann

20 Vgl. EuGH, Urt. v. 18.5.1982, Rs. 155/79, Slg. 1982, 1575 ff., Rn. 23 – *AM&S/Kommission*.

21 Vgl. bspw. AG Köln, Beschl. v. 8.10.2019, 503 Gs 1630/19; LG München I, Beschl. v. 11.12.2018, 6 Qs 16/18; LG Hamburg, Beschl. v. 17.8.2016, 618 Qs 30/16.

22 Vgl. bspw. LG Bonn, Beschl. v. 21.6.2012, 27 Qs 2/12, Rn. 46 (juris).

23 Vgl. EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-125/03 und T-253/03, Slg. 2007, II-3523 ff., Rn. 85 ff. – *Akzo Nobel Chemicals & Akros Chemicals/Kommission*.

für notwendig erachtet, wenn sich Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat ergeben.<sup>24</sup>

§ 82 a Abs. 1 GWB-RegE bringt das bisherige System der *checks and balances* im Kartellbußgeldverfahren aus dem Gleichgewicht. De lege lata kontrolliert die Staatsanwaltschaft im Zwischenverfahren die Ermittlungstätigkeit der Kartellbehörde. Sie überprüft das kartellbehördliche Ermittlungsverfahren auch auf Verfahrensfehler, insbesondere auf Verstöße gegen die Pflicht zur möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung und auf eine Verletzung der Verteidigungsrechte.<sup>25</sup> Diese Kontrollinstanz entfällt zukünftig, wenn der Staatsanwaltschaft im Zwischenverfahren und – entsprechend der Begründung zum RegE – auch im gerichtlichen Bußgeldverfahren nur noch eine Statistenrolle zukommt, soweit nicht Anhaltspunkte für Kartellstraftaten bestehen. Die Kartellbehörde ist zwar ebenfalls zur Objektivität verpflichtet. Im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft ist sie aber kein Organ der Strafrechtspflege. 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.

## V. Verjährung (§ 81 g GWB-RegE)

### 1. Abschaffung der absoluten Verjährung in Gerichtsverfahren

In § 81 g GWB-RegE ist eine Neuregelung der absoluten Verjährung vorgesehen. Im Grundsatz tritt diese gemäß § 81 g Abs. 4 S. 1 GWB-RegE weiterhin spätestens mit dem Tag ein, an dem die doppelte Verjährungsfrist verstrichen ist. Allerdings verlängert sich diese Frist gemäß § 81 g Abs. 4 S. 2 GWB-RegE abweichend von § 33 Abs. 3 S. 2 OWiG um den Zeitraum, in dem die Bußgeldentscheidung Gegenstand eines bei Gericht anhängigen Verfahrens ist. Diese „Verlängerung“ ist nicht begrenzt, so dass es sich faktisch um die Abschaffung der Verjährung im gerichtlichen Verfahren handelt. Mit Anhängigkeit bei Gericht soll es künftig keine Einstellung wegen Eintritts der absoluten Verjährung mehr geben.

Zur Begründung heißt es im RegE, aufgrund der Besonderheiten kartellrechtlicher Verfahren sei eine Abweichung von den allgemeinen Regeln des Ordnungswidrigkeitenrechts berechtigt. Denn sowohl im behördlichen als auch im gerichtlichen Verfahren seien kartellrechtliche Bußgeldverfahren wesentlich aufwendiger als andere OWiG-Verfahren, wodurch die Gefahr eines nicht gerechtfertigten Eintretens der absoluten Verjährung drohe.

### 2. Umsetzungsauftrag nach der ECN+-Richtlinie zweifelhaft

Die Begründung des GWB-RegE verweist auf Art. 29 Abs. 2 ECN+-Richtlinie, wonach die Verjährungsfrist gehemmt bzw. unterbrochen wird, solange die Entscheidung der nationalen Wettbewerbsbehörde Gegenstand eines bei einer Rechtsmittelinstanz anhängigen Verfahrens ist. Anders als in Art. 29 Abs. 1 S. 2 ECN+-Richtlinie sei hier nicht vorgesehen, dass absolute Verjährungsfristen des nationalen Rechts von dieser Vorgabe unberührt bleiben. Die Hemmung bzw. Unterbrechung müsse sich deswegen auch auf die absolute Verjährung auswirken.<sup>26</sup>

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Anordnung in Art. 29 Abs. 1 ECN+-Richtlinie, wonach die nationalen Verjährungsfristen unberührt bleiben, als allgemeinere Regelung zu verstehen ist, die sich auch auf Art. 29 Abs. 2 ECN+-Richtlinie bezieht.<sup>27</sup> Aus dem Schweigen des Art. 29 Abs. 2 ECN+-Richtlinie lässt sich daher kein Umsetzungsauftrag zur Abschaffung der absoluten Verjährung in nationalen Gerichtsverfahren ableiten. Dafür spricht auch Erwägungsgrund 70 der ECN+-Richtlinie: „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.“<sup>28</sup> In Deutschland ist dies de lege lata nicht der Fall. Im Gegenteil, die geplante faktische Abschaffung der absoluten Verjährung würde ihrerseits eine wirksame Durchsetzung des Kartellrechts gefährden, da Taten nicht mehr zwingend innerhalb eines begrenzten Zeitraums ab Tatbeendigung durch rechtskräftigen Bußgeldbescheid oder erstinstanzliches Urteil geahndet werden müssen.<sup>29</sup>

### 3. Praktische Auswirkungen der geplanten Neuregelung

Die Konsequenzen der geplanten Abschaffung der absoluten Verjährung in gerichtlichen Verfahren sind weitreichend. Zunächst würde das Zwischenverfahren als Kontrollinstanz, in der eine umfassende Prüfung des Einspruchs in formeller und materieller Hinsicht erfolgen soll, entwertet werden. Denn jedenfalls in Fällen, in denen im Zwischenverfahren die absolute Verjährungsfrist abzulaufen droht, ist zu erwarten, dass das Verfahren ohne hinreichende Überprüfung bei Gericht anhängig gemacht wird, um eine Einstellung zu vermeiden. Damit besteht die Gefahr, dass unzureichend (nach)ermittelte Verfahren bei Gericht anhängig gemacht werden.

Mit Anhängigkeit bei Gericht gehen jegliche Anreize verloren, das Verfahren zügig zu beenden. Hauptverhandlungen werden tendenziell später beginnen und länger dauern. Dies wiederum wird die Wahrheitsfindung vor Gericht beeinträchtigen. Gegenstand der Beweisaufnahme können künftig Sachverhalte sein, bei denen die Tatbeendigung über zehn Jahre zurückliegt. Damit müssten Zeugen vermehrt von Vorgängen berichten, die sich vor 15 oder 20 Jahren ereignet haben, mit entsprechenden Konsequenzen für die Erinnerungsfähigkeit. Zudem droht der Verlust von Sachbeweisen (insb. Urkunden), die nicht zur Verfahrensakte genommen wurden. Die zu erwartende Ausdehnung des gerichtlichen Verfahrens stellt somit nicht nur eine erhebliche Belastung für die Einspruchsführer dar, sondern geht auch zu Lasten der vom Gericht von Amts wegen durchzuführenden Sachverhaltsaufklärung.

Eine (noch) längere Verfahrensdauer wäre bei der Bemessung der Geldbußen zu berücksichtigen. Neben der bloßen

<sup>24</sup> Begründung GWB-RegE, S. 162.

<sup>25</sup> Instruktiv Mühlhoff, in Rübenstahl/Hahn/Voet van Vormizeele, Kartell Compliance, 10. Kap., Rn. 50 ff.

<sup>26</sup> Begründung GWB-RegE, S. 154 f.

<sup>27</sup> Steinberg/Wirtz, WuW 2020, 8, 13.

<sup>28</sup> Der Grundsatz der Verjährung dient der Rechtssicherheit, wie der Unionsgesetzgeber bei Einführung der Verfolgungsverjährung im Jahr 1974 betont (vgl. Verordnung (EWG) Nr. 2988/74, ABl. EG Nr. L 319/1 vom 29.11.1974).

<sup>29</sup> Meyer-Lindemann, WuW 2020, 16, 19, der auch auf eine Beeinträchtigung des Private Enforcement durch Fehlen einer Entscheidung mit Bindungswirkung gemäß § 33 b GWB hinweist.

Verfahrensdauer und dem Zeitraum zwischen Tatbeendigung und Urteil wird künftig noch häufiger eine vermeidbare rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung mildernd zu berücksichtigen sein.

#### 4. Kritik

Eine praktische Notwendigkeit für die Abschaffung der absoluten Verjährung besteht nicht. Zwar heißt es in der Begründung des RegE, dass im gerichtlichen Verfahren „vielfach die Gefahr einer absoluten Verjährung“ bestünde und dies selbst bei einer „zügigen Verfahrensführung der Verfolgungsorgane“<sup>30</sup>. Tatsächlich gab es jedoch nur einen einzigen Fall, in dem ein Gericht das Verfahren wegen absoluter Verjährung eingestellt hat.<sup>31</sup> In dem dortigen Einzelfall hätte die geplante Neuregelung die Verfahrenseinstellung indes nicht verhindert, weil die absolute Verjährung zur Überzeugung des Senats schon vor Anhängigkeit bei Gericht eingetreten war. Die Begründung des RegE proklamiert damit eine praktische Notwendigkeit, die aus empirischer Sicht nicht existiert.

Die geplante Neuregelung ist zudem aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch. Eine faktische Abschaffung der Verjährung ist schwerlich vereinbar mit dem in Art. 47 Abs. 2 GRCh und in Art. 6 EMRK verankerten fair trial-Grundsatzes, der zu einer Verhandlung „innerhalb einer angemessenen Frist“ zwingt. Eine äußerste Frist gäbe es künftig nicht mehr. Ein Betroffener müsste damit leben, dass auch 20 Jahre nach Tatbeendigung weder ein rechtskräftiger Bußgeldbescheid noch eine gerichtliche Entscheidung vorliegen. Es bestehen verfassungsrechtliche Bedenken, 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“<sup>32</sup> entfallen würde. Damit drängen sich Wertungswidersprüche zu Wirtschaftsstrafverfahren auf, für die es – trotz qualitativ schwererem Schuldvorwurf und ähnlicher bzw. höherer Komplexität – bei der allgemeinen Regelung des § 78 c Abs. 3 S. 2 StGB bleibt. Letztlich ist die geplante Neuregelung damit ein

unnötiger, nicht zu rechtfertigender Sonderweg des Kartellbußgeldrechts.

#### VI. Fazit

Die im GWB-RegE vorgeschlagenen Änderungen führen zu einer weiteren Verschärfung des deutschen Kartellbußgeldrechts. Dies gilt für die sanktionsrechtlichen Änderungen, insbesondere die Erhöhung des Bußgeldrahmens für Verfahrensverstöße und für Sanktionen gegen Unternehmensvereinigungen; letzteres ergänzt um eine gravierende Ausfallhaftung der Mitglieder einer Unternehmensvereinigung. Dies gilt aber auch für die zahlreichen Änderungen des Kartellbußgeldverfahrens, die zu einer erheblichen Ausweitung kartellbehördlicher Befugnisse führen. Damit setzt der GWB-RegE den Richtlinienauftrag zur Stärkung der Kartellbehörden um. Der korrespondierende Richtlinienauftrag, nämlich die Garantie der Grundrechte und die Wahrung der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen, bleibt allerdings unberücksichtigt. Im Gegenteil, der Entwurf schränkt die Rechte betroffener Unternehmen und natürlicher Personen sogar weiter ein.

Der GWB-RegE verpasst damit eine Chance, in der Praxis häufig auftretende, das Kartellbußgeldverfahren belastende und verzögernde Meinungsverschiedenheiten über die Reichweite von Grundrechten und Verfahrensgarantien gesetzlich zu klären. Wird der Entwurf unverändert Gesetz, obliegt es der Praxis, insbesondere den Gerichten, dessen rechtsstaatliche Defizite durch eine entsprechende Auslegung der gesetzlichen Regelungen zu beheben. Dies gilt auch für die neuen Regelungen zur Bußgeldzumessung, die unverändert einer weiteren – hoffentlich einheitlichen – Konkretisierung durch Kartellbehörden und Gerichte bedürfen. ■

30 Begründung GWB-RegE, S. 154.

31 Es handelt sich um den Fall *Carlsberg*, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.4.2019, V 4 2/16 (OWi). Das Urteil wurde kürzlich durch den BGH aufgehoben und zurückverwiesen (BGH, Beschl. v. 13.7.2020, KRB 99/19).

32 MüKoStGB/Mitsch, 4. Aufl. 2020, StGB § 78 Rn. 3.