



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

Bonner Kolloquium des FiW am 13. Juli 2010

Oberstaatsanwalt Uwe Mühlhoff

Kartelldezernent der Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

Übersicht

- A. Zum Bestehen einer Sanktionslücke aufgrund des unbeabsichtigten rückwirkenden In-Kraft-Tretens des § 81 GWB 2005**
- B. Welche Konsequenzen hat das In-Kraft-Treten der Art. 101, 102 AEUV für die Anwendung des § 81 Abs. 1 GWB?**
- C. Zur Rechtmäßigkeit und Bedeutung von Nichtverfolgungszusicherungen durch das Bundeskartellamt**
- D. Steuerhinterziehung (§ 370 AO) durch unterbliebene Versteuerung der seitens der Unternehmen geleisteten Zahlungen von Kartellbußen für Betroffene**



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

A. Zum Bestehen einer Sanktionslücke aufgrund des unbeabsichtigten rückwirkenden In-Kraft-Tretens des § 81 GWB 2005

I. Problemaufriss

- Verkündung der 7. GWB-Novelle am 12. Juli 2005
- Zeitpunkt für das In-Kraft-Treten auch des § 81 GWB 2005: 1. Juli 2005
- Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot)

II. Umstrittene Rechtsfolgen

1. In-Kraft-Treten des GWB 2005 am 13. Juli 2005 [oder spätestens am 27. Juli 2005]
2. In-Kraft-Treten erst am 22. Dezember 2007 (Tag nach der Neuverkündung)
 - a) Bis dahin: Fortgeltung des alten Rechts inklusive Mehrerlösbuße
 - b) Bis dahin: maximales Bußgeld: 500.000,- € ohne Mehrerlösbuße



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

3. Sanktionsloser Zustand vom 1. Juli 2005 bis zum 22. Dezember 2007 (so *Thomas, ZWeR 2010, 139 ff.*): Aufhebung des § 81 GWB 1998 und Nicht-In-Kraft-Treten des § 81 GWB 2005

III. Bewirkt die Einführung des Neurechts unabhängig von seiner verfassungsrechtlichen Gültigkeit *stets* auch die Außerkraftsetzung des Altrechts?

- Einem nichtigen Änderungsgesetz kann grundsätzlich keine negative Gestaltungswirkung zukommen!
- Ausnahme: Aus Reformgesetz ergibt sich der Wille des Gesetzgebers, den alten Rechtszustand nicht nur lediglich verbessern oder verändern, sondern auf jeden Fall abschaffen zu wollen!
- Gesetzgeber wollte das Altrecht nicht „coûte que coûte“ abschaffen. Ziel war vielmehr (zu vgl. BT-Drs. 15/3640, S. 21 ff., 42; BT-Drs. 15/5049, S. 50) eine europarechtskonforme Ergänzung und Verschärfung der ursprünglichen Sanktionsnorm, mit dem Ziel, „die Verhängung abschreckend hoher Bußgelder durch die deutschen Kartellbehörden und Gerichte zu erleichtern“!



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

⇒ Die „Vernichtungsthese“ von *Thomas* ist abzulehnen. Eine Sanktionslücke besteht nicht!

IV. Wird der Normadressat durch die Bejahung eines In-Kraft-Tretens am 13. Juli 2005 „getäuscht“ mit der Folge eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG?

- Notwendigkeit der Auslegung von Normen steht ihrer hinreichenden Bestimmtheit nicht entgegen. Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit droht nur dort, wo der sachliche und zeitliche Anwendungsbereich von Normen mit den üblichen Auslegungsmethoden nicht mehr ermittelt werden kann. Auch der Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens einer Vorschrift ist grundsätzlich „auslegungsfähig“ (zu vgl. Art. 82 Abs. 2 Satz 1 GG). Etwaige Zweifel bei der Feststellung des konkreten Zeitpunkts sind dabei nicht geeignet, die Gültigkeit des Gesetzes in Frage zu stellen (zu vgl. *BVerfGE* 42, 263, 285).
- Ausgehend vom Wortlaut der benannten Normen kann für den Normunterworfenen jedenfalls ab Verkündung des GWB 2005 das „Risiko der Sanktionierbarkeit“ etwaigen kartellrechtswidrigen Verhaltens nach dem neuen § 81 GWB 2005 für die Zukunft „nicht wirklich zweifelhaft“ sein!



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

- Wille des Gesetzgebers, das neue Recht zum nächstmöglichen Zeitpunkt in Kraft treten zu lassen, ist trotz des offenkundigen redaktionellen Versehens eindeutig erkennbar.
- Vertrauensschutz nebst Täuschungsfreiheit des Normadressaten wirkt insoweit nur für die Vergangenheit, nicht auch für die - dem Verkündungszeitpunkt nachfolgende - Zukunft.
- Verfassungskonforme Auslegung: In-Kraft-Treten am **13. Juli 2005**, da der Normadressat sein Verhalten auf das neue Gesetz hat einstellen können!
- Rückgriff auf Art. 82 Abs. 2 Satz 2 GG entbehrlich!



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

B. Welche Konsequenzen hat das In-Kraft-Treten der Art. 101, 102 AEUV für die Anwendbarkeit des § 81 Abs. 1 GWB?

I. Ausgangslage

- Gemäß § 81 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 GWB „handelt ordnungswidrig, wer gegen den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Dezember 2002 (ABl. EG Nr. C 325 S. 33) verstößt, indem er vorsätzlich oder fahrlässig
 1. entgegen Artikel 81 Abs. 1 eine Vereinbarung trifft, einen Beschluss fasst oder Verhaltensweisen aufeinander abstimmt oder
 2. entgegen Artikel 82 Satz 1 eine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt.“
 - Seit 1. Dezember 2009: Art. 101, 102 AEUV; noch keine Anpassung des § 81 GWB erfolgt!
 - Ersetzung des Wortes „Gemeinsamer Markt“ in Art. 81, 82 EG durch das Wort „Binnenmarkt“ in Art. 101, 102 AEUV, ansonsten Wortgleichheit
- => keine materiell-rechtliche Änderung des europäischen Rechts zugunsten oder zuungunsten der betroffenen Unternehmen



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

II. Rechtsfolgen

1. § 81 Abs. 1 GWB als statische Verweisung

- § 81 Abs. 1 GWB ist eine Blankettnorm und beinhaltet eine statische Verweisung
 - Mitteilung der konkreten Fassung des EG-Vertrages sowie des Ortes der Bekanntmachung
 - Gesetzgeber steht es frei, auch auf nicht mehr in Kraft befindliche Normen zu verweisen (zu vgl. *BVerfGE* 8, 274, 302; 11, 203, 218).
 - Kein Verstoß gegen Grundsatz, dass ein europarechtlich erlaubtes Verhalten nach nationalem Recht nicht als europarechtlicher Verstoß geahndet werden darf!
- ⇒ § 81 Abs. 1 GWB 2007 verweist derzeit weiterhin auf Art. 81, 82 EG in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Dezember 2002!



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

2. Rechtslage bei Annahme einer dynamischen Verweisung

- Selbst bei Annahme einer dynamischen Verweisung: Ahndbarkeit (+), denn einer Bezugnahme auf Art. 101, Art. 102 AEUV steht Art. 103 Abs. 2 GG nicht entgegen.
- Vertrag von Lissabon bedeutet ausweislich seiner amtlichen Überschrift keine Aufhebung, sondern nur eine Änderung der EU- und EG-Verträge
- Dem verfassungsrechtlichen Gebot der Auffindbarkeit des in Bezug genommenen Textes in einer Blankettvorschrift hat der Vertrag von Lissabon hinreichend Rechnung getragen:
 - Ausdrücklicher Hinweis in Art. 5 der Schlussbestimmungen des Vertrags von Lissabon
 - Übereinstimmungstabellen im Anhang des Vertrags von Lissabon
 - Ergänzung der Überschrift des Art. 101 AEUV durch Zusatz „ex-Artikel 81 EGV“
- Die rein förmliche Inkongruenz führt mithin nicht zur Unwirksamkeit der Blankettnorm!



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

Problem demnächst nur noch theoretischer Natur:

- Anpassung des § 81 GWB an die Art. 101, 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008 (ABl. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47) durch Art. 6 des Gesetzes über die Verwendung von Verwaltungsdaten für Wirtschaftsstatistiken und zur Änderung von Statistikgesetzen vom 8. Juli 2010 in der Fassung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 7. Juli 2010 erfolgt (zu vgl. BT-Drs. 17/2467)
- Voraussichtliches In-Kraft-Treten (nach Beteiligung des Bundesrates): Oktober 2010.



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

C. Zur Rechtmäßigkeit und Bedeutung von Nichtverfolgungszusicherungen durch das Bundeskartellamt

I. Ausgangslage

- Geltung des § 55 StPO im OWi-Verfahren (§ 46 Abs. 1 OWiG).
- Definition der Gefahr der Verfolgung: Das wahrheitsgemäße Aussageverhalten des Zeugen kann eine straf- oder bußgeldrechtliche Verfolgung seiner Person oder seiner Angehörigen nach Wahrscheinlichkeitsgrundsätzen zur Folge haben, ist also nicht völlig auszuschließen. Sichere Erwartung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens nicht erforderlich, bloße Vermutungen oder rein (denk-) theoretische Möglichkeiten reichen nicht aus.
- Prognose im OWi-Verfahren aufgrund des Opportunitätsprinzips schwieriger als in dem vom Legalitätsprinzip beherrschten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren.
- Gefahr ausgeschlossen, wenn *rechtliche* Gründe eine spätere Verfolgung hindern



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

- Auch wenn die Verfolgung *tatsächlich*, d.h. praktisch, ausgeschlossen ist, ist das Bestehen einer Gefahr im Sinne des § 55 StPO nach zutreffender Ansicht (zu vgl. *BGH*, 5 StR 452/55; *Senge*, in: *KK-StPO*⁶, § 55 Rn. 4) zu verneinen.
- Ob eine Verfolgungsgefahr besteht, unterliegt der tatsächlichen Beurteilung durch den Tatrichter, dem insoweit ein vom Revisions- bzw. Rechtsbeschwerdegericht zu achtender Beurteilungsspielraum zukommt (zu vgl. *BVerfG*, 2 BvR 504/08).

II. Zur Rechtmäßigkeit der Nichtverfolgungszusage

- Die Zusage der Nichtverfolgung durch das Bundeskartellamt ist rechtlich zulässig:
 - Ausschließliche Zuständigkeit des Bundeskartellamts (§ 81 Abs. 10 GWB, § 35 OWiG, Art. 23 VO 1/2003), soweit nicht zugleich eine Straftat begangen wird (§§ 35, 40, 42 OWiG)
 - Entscheidung ergeht nach *pflichtgemäßem Ermessen* (§ 47 Abs. 1 OWiG), wobei dem Bundeskartellamt ein weiter Entscheidungsspielraum zusteht.



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

- Aufklärung und Ahndung insbesondere des schweren Unrechts sind wesentliche Aufgaben des rechtsstaatlichen Gemeinwesens (zu vgl. *BVerfGE* 29, 183, 194): Ermöglichung der Aufklärung von (schweren) Kartellabsprachen, die regelmäßig nur von innen aufgedeckt werden können, ist legitime Erwägung und nicht willkürlich.
- Kein Verstoß gegen Vorbehalt des Gesetzes: Der Wille des Gesetzgebers, entsprechende Erwägungen auch im Opportunitätsbereich im Falle von Einzelfallentscheidungen nach entsprechender Prüfung für legitim zu erachten, ist eindeutig!
- Verfahrenseffizienz: Verfolgung sämtlicher an einem Kartell beteiligten Personen würde die Ressourcen des Bundeskartellamts und der Justiz hoffnungslos überlasten!
- § 55 StPO setzt grundsätzlich nur „nemo tenetur“-Grundsatz um; die Erstreckung des Schutzes auf Angehörige soll (nur) den Zeugen vor seelischen Zwangslagen bewahren. Keine Erweiterung auf den Schutz sonstiger Interessen des Zeugen oder Dritter!



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

III. Zur Bindungswirkung der Nichtverfolgungszusage

- Einstellungsentscheidung (z.B. gemäß § 47 Abs. 1 OWiG) hat grundsätzlich keine Bindungswirkung
- Im Falle der Nichtverfolgungszusicherung: Bundeskartellamt zur Wiederaufnahme nur dann verpflichtet, wenn sich ein Festhalten an der Zusage als willkürlich und sachfremd erweisen würde. Ein solcher Fall ist in diesem Zusammenhang praktisch nicht vorstellbar.
- Solange die zulässigen Grenzen des Ermessens nicht überschritten sind, darf die Behörde von der gegebenen Zusicherung nicht wieder abweichen (fair trail, Verstoß gegen Selbstbindung und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens).
- Aufgreifermessen des Bundeskartellamts regelmäßig auf Null reduziert: Von einer Aufnahme von Ermittlungen ist abzusehen! Ein Fall, in dem das Amt seine Zusage nicht eingehalten hätte, ist nicht bekannt.



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

- Von einem rechtswidrigen, ermessensmissbräuchlichen Verhalten des Bundeskartellamts kann insoweit nicht ausgegangen werden.
- ⇒ Der 1. und 4. Kartellsenat des *Oberlandesgerichts Düsseldorf* halten Nichtverfolgungszusicherungen in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren für zulässig und geeignet, eine Verfolgungsgefahr *aus tatsächlichen Gründen* auszuschließen!
- ⇒ Von einer tatsächlichen Verfolgungsgefahr kann nicht ausgegangen werden. Dementsprechend wird der Zeuge regelmäßig zur Aussage verpflichtet sein!
- ⇒ Ob und ggf. in welchem Umfang sich ein Zeuge, der zugleich Unternehmensinhaber bzw. *Organ* ist, auf ein etwaiges einfachgesetzliches Auskunftsverweigerungsrecht der Gesellschaft berufen kann, ist noch nicht abschließend geklärt.



Aktuelle Probleme des deutschen Kartellbußgeldverfahrens

D. Steuerhinterziehung (§ 370 AO) durch unterbliebene Versteuerung der seitens der Unternehmen geleisteten Zahlungen von Kartellbußen für Betroffene

- Ausgangspunkt: Urteil des *Bundesfinanzhofs* vom 22. Juli 2008, VI R 47/06: Die Zahlung des Bußgelds durch den Arbeitgeber ist regelmäßig Arbeitslohn!
- Möglichkeit und ggf. Pflicht zu Kontrollmitteilungen gemäß § 116 AO durch die Generalstaatsanwaltschaft und das Bundeskartellamt – Anfangsverdacht i.S.d. § 152 StPO nicht erforderlich!
- Einleitung von AR-Vorgängen durch die Generalstaatsanwaltschaft teilweise bereits erfolgt; systematische Prüfung soll demnächst beginnen; z.T. bereits Steuernachzahlungen erfolgt!
- Bedeutung der Berichtigungspflicht des § 153 AO auch im Rahmen des § 370 AO!
- Strafbefreiende Selbstanzeige gemäß § 371 AO prüfen!

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!