



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 6/2017

Februar 2017

Zu den bußgeldrechtlichen Neuregelungen des Regierungsentwurfs eines 9. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG) – BT-Drs. 18/10207 v. 07.11.2016

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt (Berichterstatter)

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

RA Prof. Dr. Tido Park (Berichterstatter)

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert (Berichterstatterin)

RAin Dr. Annette von Stetten

Prof. Dr. Matthias Jahn (Berichterstatter)

RA Frank Jahnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Neue Zeitschrift für
Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht, wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und
Steuerstrafrecht, KriPoZ Kriminalpolitische Zeitung

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich gegen die bußgeldrechtlichen Regelungen der 9. GWB-Novelle aus. Die in den Neuregelungen vorgesehene massive Ausweitung des Bußgeldzugriffs auf Konzernstrukturen, weitere Rechtsnachfolger und wirtschaftliche Nachfolger, die Einführung eines Ausfallhaftungs-Tatbestandes für bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits beendete Kartelltaten sowie die Erweiterung der Auskunftspflichten erscheinen nicht sachgerecht und begünstigen die staatlichen Interessen, insbesondere Fiskalinteressen übermäßig.

Im Einzelnen:

1. Ausweitung des Bußgeldzugriffs auf Konzernunternehmen, Rechtsnachfolger und wirtschaftliche Nachfolger

Mit den geplanten Neuregelungen der § 81 Abs. 3 a bis c GWB- E soll durch Übernahme des weiten europarechtlichen Unternehmensbegriffs eine Ausweitung des Bußgeldzugriffs über das konkret betroffene Unternehmen hinaus auf Konzernstrukturen sowie über die mit der 8. GWB-Novelle eingefügte Regelung in § 30 Abs. 2 a OWiG hinaus auf Rechtsnachfolger und wirtschaftliche Nachfolger ermöglicht werden. Diese Regelungen sind abzulehnen, weil sie ohne sachliche Rechtfertigung einen übermäßigen Vermögenszugriff auf jegliche Rechtsnachfolger ermöglichen. Zwar erscheint das mit den Neuregelungen verbundene Ansinnen grundsätzlich nachvollziehbar, noch effizienter als bislang zu verhindern, dass sich Unternehmen als Normadressaten der sanktionsbewerten Verbots- und Gebotsbestimmungen des europäischen und nationalen Kartellrechts Bußgeldern entziehen können (Begründung Seite 40). Durch die geplanten Neuregelungen wird jedoch „das Kind mit dem Bade ausgeschüttet“. Denn es wird in bedenklich weiter Weise die Zugriffsmöglichkeit auf Konzernstrukturen, Rechtsnachfolger und wirtschaftliche Nachfolger auch in solchen Fällen eröffnet, in denen gar keine gestalterischen Umgehungsversuche stattgefunden haben. Ohne den Nachweis eines solchen Zusammenhangs besteht indessen für eine derart weitreichende Haftungsverlagerung kein Anlass; sie stellt für redliche Rechtsnachfolger, die in keiner Weise in die Kartelltat verstrickt waren, eine unbillige Härte dar.

Bei der Einfügung des § 30 Abs. 2 a OWiG im Rahmen der 8. GWB-Novelle vom 26.06.2013 hat sich der Gesetzgeber erst jüngst bewusst auf die dort erfassten Gesamtrechtsnachfolge-Konstellationen beschränkt. Insbesondere hat er nur eine Teilregelung getroffen, weil er der zutreffenden Meinung war, dass eine „pauschale und ausnahmslose Verantwortlichkeit von Rechtsnachfolgern ... nicht in Betracht kommt“ (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, BT-Drs. 17/11053, S. 20). Zudem hat der Gesetzgeber davon abgesehen, von der Rechtsträgerhaftung des geltenden Rechts abzuweichen und einen europäischen Unternehmensbegriff zugrunde zu legen, wie dies schon seinerzeit einer Forderung des Bundeskartellamts entsprach (vgl. die Stellungnahme des BKartA zum Referentenentwurf einer 8. GWB-Novelle v. 30.11.2011, S. 13). Weshalb gerade für

Kartellordnungswidrigkeiten nunmehr ein Bedürfnis bestehen soll, in großflächiger Weise nicht nur auf jede Form der Gesamtrechtsnachfolge, sondern auch auf den – rein kartellrechtlich geprägten – Begriff der wirtschaftlichen Nachfolge zuzugreifen, erscheint aus bußgeldrechtlicher Sicht nicht plausibel. Das in dem Entwurf verwendete Argument der Möglichkeit der Umgehung der Bußgeldpflicht durch bewusste gesellschaftsrechtliche Gestaltung bzw. Umstrukturierungen verfährt dabei nicht, weil der Zugriff auf die Rechtsnachfolger und wirtschaftlichen Nachfolger bzw. beherrschenden Unternehmen ohne jeden Bezug zu einer bewussten Umgehungs-Gestaltung erfolgen können soll. Allenfalls durch das Erfordernis des Nachweises eines entsprechenden Zusammenhangs zu einer bewussten Umgehungs-Gestaltung könnte eine maßvolle Erweiterung der Haftungsmasse als gerechtfertigt erscheinen. Bei der in dem Regierungsentwurf geplanten Neuregelung, die auf einen solchen Nachweis verzichten will, ist demgegenüber auch nicht nachvollziehbar, warum die in der 8. GWB-Novelle erst im Juni 2013 bewusst gewählte Begrenzung in § 30 Abs. 2 a Satz 2 OWiG gerade für Kartellordnungswidrigkeiten nicht gelten soll.

Nicht tragfähig erscheint auch die in der Entwurfsbegründung angeführte Behauptung, die Zuweisung der bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit nach den geplanten Absätzen 3a bis 3c des § 81 GWB sei mit dem Schuldprinzip vereinbar, weil die rechtswidrige und vorwerfbare Handlung einer natürlichen Person weiterhin Voraussetzung und Anknüpfungspunkt der Sanktionierung sei und lediglich das Zuweisungssubjekt den wirtschaftlichen Realitäten angepasst werde (Entwurfsbegründung S. 87 f.). Es heißt:

„Die gesamtschuldnerische Haftung derjenigen Rechtsträger, die das Unternehmen (...) als deren Gesamtrechtsnachfolger oder neuer Betreiber fortsetzen, stellt somit keine Haftung für ein „fremdes Verschulden“ dar, sondern folgt vielmehr aus ihrer Eigenschaft als Bestandteil bzw. Repräsentanten der materiell verantwortlichen Gesamtheit Unternehmen (wirtschaftliche Einheit).“

Diese Ausführungen lassen erkennen, dass keine Sanktion für Eigendelinquenz des eintretenden Haftungssubjekts, sondern eine schlichte Übernahme der Haftungsfolge „Geldbuße“ in Rede steht (so schon Rogall in: KK-OWiG, 4. Aufl., § 30 Rn. 54 zur Rechtsnachfolgeregelung des § 30 Abs. 2a OWiG). Die Übernahme einer „Geldbußenlast“ kann indes nur in Betracht kommen, wenn die konzernexterne Umstrukturierung nachweislich die Bußgeldvermeidung zum Ziel hat. Anderenfalls erfolgt eine rein wirtschaftliche Zurechnung, die anerkannten bußgeldrechtlichen Zurechnungsstrukturen in vielen Fällen nicht gerecht werden dürfte. Entgegen der Entwurfsbegründung liegen Friktionen mit dem Schuldprinzip bei derart weitgehenden Zugriffsmöglichkeiten auf der Hand, zumal durch die völlige Trennung des „Zuweisungssubjekts“ von der handelnden natürlichen Person die Gefahr besteht, dass die Verknüpfung zwischen Tatbegehung und Sanktionierung aufgehoben wird. Dies gilt umso mehr, als durch die 9. GWB-Novelle der sehr weitgehende Begriff des wirtschaftlichen Nachfolgers auch bußgeldrechtlich implementiert werden soll. Die bis dato an eine bußgeldrechtliche Haftungsüberleitung angelegten strengen Voraussetzungen der „Nahezu-Identität“-Rechtsprechung sowie des § 30 Abs. 2 a OWiG werden damit in bedenklicher Weise aufgeweicht.

Die Argumentation, das Vermögen, das von der Geldbuße getroffen werden soll, stehe auch nach der Vermögensübertragung – wenngleich in anderer Rechtsträgerschaft – weiterhin zur Verfügung, ist ebenfalls nicht sachgerecht.

Es heißt (Begründung S. 88):

„Kartellrechtliche Geldbußen sollen vielmehr gewährleisten, dass die Geldbuße das zu bestimmten wirtschaftlichen Zwecken eingesetzte Vermögen der Wirtschaftsteilnehmer trifft, die von der Ordnungswidrigkeit profitieren, damit sich kartellrechtliche Absprachen im Ergebnis nicht lohnen (...).“

Besteht aber kein nachweisbarer Zusammenhang zwischen Unternehmensumstrukturierung und Bußgeldvermeidung, ist nicht nachvollziehbar, inwiefern der Rechtsnachfolger von der Ordnungswidrigkeit „profitieren“ können soll. Der Profit läge bei dem Veräußerer.

2. Ausfallhaftungstatbestand des § 81 a GWB-E

U.a. aus den vorgenannten Gründen bestehen auch Bedenken gegen den in § 81 a des Entwurfs vorgesehenen Ausfallhaftungs-Tatbestand. Eine derartige Sonderregelung stellt nicht nur einen Fremdkörper im System allgemeiner bußgeldrechtlicher Neuregelungen dar, sondern opfert auch den Gedanken des Rückwirkungsverbots des Artikel 103 GG rein fiskalischen Interessen der Kartellbehörden.

3. Erweiterung der Auskunftspflichten in § 81 b GWB-E

Der Anwendungsbereich der erst mit der 8. GWB-Novelle eingeführten Vorschrift des § 81 a GWB soll gleichzeitig mit der Verlagerung ihres Standortes in § 81 b GWB erweitert werden.

Diese Erweiterung ist bedenklich. Schon bislang galt, dass mit den durch § 81 Abs. 2 Nr. 7 GWB bußgeldbewehrten Auskunfts- und Herausgabepflichten des § 81a GWB der Gesetzgeber das vormals bestehende Auskunftsverweigerungsrecht zu bestimmten unternehmensbezogenen Tatsachen für juristische Personen und Personenvereinigungen „in verfassungsrechtlich fragwürdiger Weise“ (so Dannecker/Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 81 Rn. 3) eingeschränkt hatte. Diese Fragwürdigkeit ergab sich schon bislang daraus, dass juristischen Personen unter Bezugnahme auf BVerfGE 95, 220 (242) verfassungsrechtlich keine umfassende Selbstbelastungsfreiheit eingeräumt wird (siehe Begr. zur 8. GWB-Novelle, BT-Ds. 17/9852, S. 35). Der nemo tenetur-Grundsatz sei vielmehr Ausfluss der Menschenwürdegarantie, auf die sich juristische Personen oder Personenvereinigungen mangels Wesensgleichheit nicht nach Art. 19 Abs. 3 GG berufen könnten.

Diese Begründung erschöpft das Problem nicht, denn nemo tenetur wird verfassungs-dogmatisch nicht nur auf Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, sondern – und zwar auch in der Rechtsprechung des BVerfG zu anderen Teilgewährleistungen des Persönlichkeitsrechts – zusätzlich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zurückgeführt. Jenes Recht ist aber seinem Wesen nach auf die Korporation anwendbar. So hat auch das BVerfG selbst formuliert, dass das Recht, sich nicht selbst bezichtigen zu müssen, deshalb nicht auf Organisationen erstreckt werden könne, weil der „Zwiespalt, in den ein solcher Zwang den Einzelnen führt [...] vor allem aus Gründen der Menschenwürde vermieden werden“ müsse (BVerfGE 95, 220 [242] – Hervorh. v. hier). Dies lässt ausdrücklich Raum für die Wirkkraft des daneben tretenden allgemeinen

Persönlichkeitsrechts. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht sollte deshalb in Einklang mit der st. Rspr. der Zivilgerichte (umfangreiche Nachw. zur Rspr. des BGH bei Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 78. EL 09/2016, Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 103 Fn. 7) auf juristische Personen erstreckt werden. In dessen Normbereich resortiert damit aber auch der Grundsatz der Freiheit vom Selbstbeziehungszwang.

Der daraus resultierenden Notwendigkeit einer Abwägung der Rechte des Unternehmens vor dem Hintergrund der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG – und damit vor allem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – wird der Entwurf noch nicht gerecht. Das gilt erst recht dann, wenn man nemo tenetur als Verfahrensgrundrecht auf Verteidigung rekonstruiert (so Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 2005, S. 196 ff.; Jahn, in: ders./Schmitt-Leonardy/Schoop, Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, 2016, S. 53 [75]; a. A. v. Freier, Selbstbelastungsfreiheit für Verbandspersonen?, ZStW 122 [2010], 117 [131 ff.]). Der schon aus der 8. GWB-Novelle bekannte Grundsatz, die effiziente Verfolgung besonders sozialschädlicher kartellrechtswidriger Verhaltensweisen stehe einer vergleichsweise wenig umfangreichen Auskunftspflicht gegenüber, wird durch die geplanten Erweiterungen zumindest zum Teil dementiert. Die nunmehr zu erfassenden Auskünfte sind – anders als diejenigen zur Umsatzhöhe (§ 81 a Abs. 1 GWB) – tendenziell eher dem Kernbereich des nemo tenetur-Grundsatzes zuzuordnen, da Gegenstand der Auskunftspflicht im Einzelfall auch „Tatwissen“ des beschuldigten Unternehmens sein kann (zu diesem Kriterium nochmals Dannecker/Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, § 81 Rn. 3 a.E.). So ist es im Einzelfall vorstellbar, dass der aus den vorzulegenden Dokumenten ersichtliche Zweck der „Ausübung“ (§ 81b Nr. 3 GWB-E) gesellschaftsrechtlicher Verbindungen untrennbar mit solchem Wissen verknüpft ist, ebenso wie die Dokumentation der Zielrichtung der „Veränderungen der rechtlichen Ausgestaltung[en]“, wie sie nunmehr in § 81b Nr. 4 GWB-E mit einer erweiterten Auskunftspflicht belegt werden sollen. Es trifft daher jedenfalls in dieser Pauschalität nicht zu, wenn die Entwurfsbegründung (S. 98 f.) behauptet, „dass die Auskunftspflichten nicht den Tatnachweis betreffen, sondern vielmehr die Unternehmensstruktur sowie die Umstände einer wirtschaftlichen und rechtlichen Nachfolge. Es handelt sich somit ebenso wie bei den Umsätzen im Sinne der Nummern 1 und 2 lediglich um tatterne Informationen“.

4. Ausweitung des Informationsaustauschs zwischen Staatsanwaltschaft und Kartellbehörden

Auch die vorgesehene Ergänzung von § 82 GWB um einen neuen Satz 3 ist abzulehnen. Abgesehen davon, dass eine bloße Sollvorschrift lediglich Appellcharakter ohne jede inhaltliche Substanz hätte, besteht auch vor dem Hintergrund der bereits bestehenden Regelung in Nr. 272 RiStBV kein Anlass für eine entsprechende gesetzliche Ergänzung.

- - -