

# Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa

Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag

von

Dr. jur. Thomas Ackermann, Prof. Dr. Johannes Köndgen

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 68002 1

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

strenge allein auf weiter Flur.<sup>98</sup> Dessen ungeachtet haben sich Praxis und Theorie mit ihr überwiegend angefreundet oder zumindest arrangiert. Zur Begründung heißt es verbreitet, dass zwingendes Aktienrecht gegenwärtige wie zukünftige Aktionäre vor unliebsamen Überraschungen schütze und die Handelbarkeit der Aktie als standardisiertes Rechtsprodukt verbessere.<sup>99</sup> Ob ein aktueller Grundsatzbeschluss des österreichischen OGH, der nicht börsennotierten Gesellschaften größere Satzungsautonomie gewährt<sup>100</sup>, geeignet ist, die rechtspolitische Diskussion um eine Lockerung der Satzungsstrenge auch hierzulande zu beleben, bleibt abzuwarten.<sup>101</sup>

#### 4. Mitgliedschaftliche Treuepflicht

Hervorhebung verdient viertens das Bestehen einer mitgliedschaftlichen Treuepflicht zwischen den Aktionären. Die ältere Rechtsprechung hatte Auseinandersetzungen unter Aktionären nur nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der §§ 226, 242 BGB beurteilt und ergänzend das Sittengebot der §§ 138, 826 BGB bemüht.<sup>102</sup> Im Jahre 1988 vollzog der BGH dann den rechtsfortbildenden Schritt zur Anerkennung einer Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs gegenüber den Minderheitsaktionären.<sup>103</sup> Unter Berufung auf Vorarbeiten in der Rechtslehre führte er zur Begründung aus, dass ein Mehrheitsaktionär auch in der AG die Möglichkeit habe, durch Einflussnahme auf die Geschäftsführung die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, sodass hier als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht zu fordern sei, auf jene Interessen Rücksicht zu nehmen. In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1995 hat der BGH seine Rechtsprechung dahin ergänzt, dass auch dem Minderheitsaktionär eine Treuepflicht gegenüber dem Mehrheitsaktionär und gegenüber anderen Minderheits- oder Kleinaktionären obliegt.<sup>104</sup> International ist dies ein bemerkenswerter Schritt, der zwar eine gewisse Parallele in den fiduciary duties des Mehrheitsgesellschafters in den Vereinigten Staaten findet<sup>105</sup>, aber im britischen Recht bis heute auf strikte Ablehnung gestoßen ist.<sup>106</sup> Auch in der Schweiz wird eine Treuepflicht des gewöhnlichen Aktionärs gegenüber seinen Mitaktionären überwiegend abgelehnt<sup>107</sup> und allenfalls bei stark personalistisch strukturierten

<sup>98</sup> Näher *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502, 517: „Aus der Rechtsvergleichung wissen wir, daß die rigide Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG international ein Solitär, aber gewiss kein Edelstein ist.“

<sup>99</sup> Repräsentativ etwa Hüffer/*Koch*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 23 Rn. 34.

<sup>100</sup> Vgl. OGH, AG 2013, 716.

<sup>101</sup> Eingehend dazu *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693, 699 ff.

<sup>102</sup> Einzelnachweise bei *Fleischer*, in Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 53a Rn. 49.

<sup>103</sup> Vgl. BGHZ 103, 184, 194 ff. – Linotype.

<sup>104</sup> Vgl. BGHZ 129, 136, 142 ff. – Girmes.

<sup>105</sup> Vgl. *Cox and Hazen*, The Law of Corporations (3rd edn, Aspen 2010) § 11:11.

<sup>106</sup> Vgl. *Davies*, Introduction to Company Law (2nd edn, Clarendon 2010) S. 238: „In the US company laws have long regarded majority shareholders as directly subject to fiduciary duties by virtue of their controlling position, which duties they owe both to the company and, more important here, to minority shareholders. British law has never taken this step. [...] British law has thus focused on the fiduciary duties of directors, not shareholders.“

<sup>107</sup> Vgl. *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rn. 659 ff.

Gesellschaften anerkannt<sup>108</sup>. In Frankreich greift man stattdessen auf das Institut des Rechtsmissbrauchs zurück.<sup>109</sup>

## 5. Beschlussmängelklagen

Was fünftens die Rechtsdurchsetzungsmechanismen im deutschen Aktienrecht anbelangt, spielen Aktionärsklagen – wiewohl in § 148 AktG kodifiziert – in der Rechtspraxis nahezu keine Rolle.<sup>110</sup> Wegen des hohen Kostenrisikos und mangels finanzieller Anreize ziehen rational handelnde Aktionäre sie erst gar nicht in Betracht. Stattdessen bilden Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse nach §§ 241 ff. AktG die wichtigste Waffe in den Händen der Minderheitsaktionäre. Gemäß § 245 Nr. 1 AktG kann jeder in der Hauptversammlung erschienene Aktionär mit nur einer einzigen Aktie mittels einer Beschlussmängelklage rügen, dass ein Hauptversammlungsbeschluss gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt. Auf eine persönliche Verletzung des Aktionärs in seinen Mitgliedschaftsrechten kommt es nach h.M. nicht an. Man spricht daher auch von der *institutionellen* Funktion der Anfechtungsklage<sup>111</sup>, die einerseits ein wirksames Kontrollinstrument darstellt, andererseits aber beträchtliches Erpressungspotential birgt.<sup>112</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat durch verschiedene Reformen in den vergangenen 20 Jahren versucht, dieses Erpressungspotential einzudämmen.<sup>113</sup> In der internationalen, stark angelsächsisch dominierten Diskussion um den Schutz der Kleinaktionäre wird die Bedeutung des Beschlussmängelrechts kontinentaleuropäischer Prägung häufig übersehen.<sup>114</sup> Dies ist zwar insofern verständlich, als das Vereinigte Königreich kein allgemeines Recht jedes Aktionärs auf Überprüfung von Hauptversammlungsbeschlüssen kennt und den Gesellschaftsgesetzen der US-amerikanischen Gliedstaaten ein dogmatisch durchgebildetes Beschlussmängelrecht nach dem Muster der §§ 241 ff. AktG ebenfalls fremd ist.<sup>115</sup> Ein beklagenswertes Defizit vieler angelsächsischer Analysen, die vollmundig die vermeintliche Überlegenheit der common law-Jurisdiktionen betonen, bleibt es dennoch.

## 6. Konzernrecht

Eine letzte deutsche Spezialität bildet das Aktienkonzernrecht, das häufig als unübersetztes Lehnwort Eingang in die internationale Literatur findet. Deutsch-

---

<sup>108</sup> In diesem Sinne *Baudenbacher*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, Art. 620 Rn. 35.

<sup>109</sup> Monographisch *Champetier de Ribes-Justeau*, Les abus de majorité, de minorité et d'égalité, 2010.

<sup>110</sup> Zu Reformüberlegungen zuletzt *Bachmann*, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, E 88 ff.

<sup>111</sup> Vgl. etwa *Lutter*, ZGR 1978, 347, 349 f. und 378 f.

<sup>112</sup> Umfassend zuletzt *Mathieu*, Der Kampf des Rechts gegen erpresserische Aktionäre, 2014.

<sup>113</sup> Näher dazu *Fleischer*, in: *Fleischer/Kalss/Vogt*, Aktuelle Entwicklungen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschaft- und Kapitalmarktrecht 2012, 2013, S. 67, 119 ff.

<sup>114</sup> Darauf hinweisend auch *Gelter*, [2012] 37 Brooklyn J. Int. L. 843.

<sup>115</sup> Eingehend dazu *Fleischer*, AG 2012, 765, 768 ff.

land gilt weltweit als *das* „Konzernland“<sup>116</sup>. Die Vorschriften der §§ 291 ff. AktG über den Vertragskonzern und der §§ 311 ff. AktG über den faktischen Konzern sind eine Kunstschöpfung des Aktiengesetzgebers von 1965, der mit ihnen die weltweit erste Konzernrechtskodifikation vorlegte.<sup>117</sup> Sie sind vielerorts auf großes akademisches Interesse gestoßen, haben als Modell für eine Konzernrechtsharmonisierung in Europa aber überwiegend Ablehnung erfahren.<sup>118</sup> Auf dem Vormarsch scheint stattdessen eine Anerkennung des Gruppeninteresses nach dem Vorbild der französischen Rozenblum-Doktrin.<sup>119</sup>

#### IV. Allmähliche Erosion der deutschen Besonderheiten im Aktienrecht

Zur Abrundung des Gesamtbilds sei schließlich ein Blick auf neuere Entwicklungstendenzen geworfen, die zu einer fortwährenden Erosion deutscher Besonderheiten geführt haben. Als Referenzpunkt eignet sich eine 1998 erschienene Monographie zu Harmonisierungsschranken im Aktienrecht. Sie hat es auf breiter rechtsvergleichender Grundlage unternommen, wesensbildende Kernbereiche der nationalen Aktienrechte herauszuarbeiten<sup>120</sup>, und für Deutschland drei rechtskulturell tief verwurzelte Strukturelemente identifiziert: das duale Führungssystem von Vorstand und Aufsichtsrat, die zwingende unternehmerische Mitbestimmung und die Sitztheorie im Internationalen Gesellschaftsrecht.<sup>121</sup> Was ist hiervon 15 Jahre später geblieben? Im Jahre 1999 hat die Centros-Entscheidung des EuGH<sup>122</sup> einen Paradigmenwechsel eingeleitet, der jedenfalls für EU-Auslandsgesellschaften den Wechsel von der Sitz- zur Gründungstheorie erzwang. Zwei Jahre später hat der Gipfel von Nizza den Weg für die Europäische Aktiengesellschaft geebnet, die ein monistisches Verwaltungssystem gestattet und Verhandlungen über die Ausgestaltung der Mitbestimmung vorsieht.<sup>123</sup> Inzwischen enthalten die §§ 20 ff. des SE-Ausführungsgesetzes Vorschriften über den monistischen Verwaltungsrat, von dem heute knapp die Hälfte der deutschen SEs – 134 an der Zahl – Gebrauch

<sup>116</sup> *Druey*, in: Lutter, Konzernrecht im Ausland, 1994, S. 310, 338.

<sup>117</sup> Dazu – nicht ohne Stolz – *Gefßler*, JBl 1966, 169, 179: „Diese Regelung hat in der aktienrechtlichen Gesetzgebung der Welt kein Vorbild. Sie dürfte als die reformerische Tat des deutschen AktG. von 1965 anzusehen sein.“

<sup>118</sup> Zusammenfassend *Habersack/Vérse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 4 Rn. 15 f.

<sup>119</sup> Eingehend zuletzt *Conac*, [2013] ECFR 194.

<sup>120</sup> Zusammenfassend *M. Ulmer*, Harmonisierungsschranken des Aktienrechts, 1998, S. 189: „Auf der Grundlage des Befunds der vergleichenden Gegenüberstellung problemorientiert ausgewählter Rechtsbereiche ist das rechtskulturelle Umfeld nationaler Regelungen zu bestimmen, dem neben rechtlichen Wertungen und rechtssystematischem Verständnis alle eine Rechtsordnung tatsächlich prägenden Elemente zuzuordnen sind. Eine auf diese Weise beschriebene Rechtskultur bestimmt Kernbereich nationalen Rechts, befestigt diese bei deren tiefer rechtskulturellen Verwurzelung zu einem *ordre public* nationalen Rechts, der ihn ignorierenden Harmonisierungsvorhaben auf europäischer Ebene entgegenstehen muß.“

<sup>121</sup> Vgl. *M. Ulmer* (o. Fußn. 120), S. 17 ff., 52 ff., 84 ff. und *passim*.

<sup>122</sup> Vgl. *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459.

<sup>123</sup> Eingehende Würdigung unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit bei *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502, 521 ff., 533 ff.

machen.<sup>124</sup> Zudem haben verschiedene deutsche SEs die Möglichkeit zur Verschlankung ihres Aufsichtsrats genutzt<sup>125</sup>, da die Mindestgrößen des – zwingenden – § 7 MitbestG für eine deutsche SE nicht gelten. So haben etwa Allianz und BASF ihren Aufsichtsrat von 20 auf 12 Mitglieder verkleinert. Schließlich finden sich in den neuesten Vorschlägen der Europäischen Kommission zur Änderung der Aktionärsrechte-Richtlinie<sup>126</sup> verschiedene Regelungen, welche den Aufsichtsrat in einem dualen Führungssystem viel stärker treffen als den Verwaltungsrat in einem einheitlichen Leitungsorgan: Hierzu gehören insbesondere das bindende Votum der Hauptversammlung zur Managervergütung und ihre stärkere Einbeziehung bei Transaktionen mit nahestehenden Personen.<sup>127</sup> Es hat daher den Anschein, als sollten die Eigenheiten des hiesigen Aktienrechts vom unablässigen Strom unionsrechtlicher Harmonisierung allmählich abgeschliffen werden – ob zum Guten oder zum Schlechten, bietet reichlich Stoff für weitere Reflexionen.

---

<sup>124</sup> Dazu die Statistik bei *Schuberth/von der Höh*, AG 2014, 439, 442.

<sup>125</sup> Auch dazu *Schuberth/von der Höh* (o. Fußn. 124), 443.

<sup>126</sup> COM (2014) 213 final.

<sup>127</sup> Kritisch dazu *Seibt*, DB 2014, 1910, 1913 ff.; *Fleischer*, BB 2014, 2691 ff.

KLAUS FERDINAND GÄRDITZ

## Die strafprozessuale Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts im Bußgeldverfahren\*

### *I. Die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts durch Ordnungswidrigkeitenrecht*

Schon in Zeiten, als der Europäisierung des Prozessrechts jedenfalls im Öffentlichen Recht bestenfalls beiläufige Aufmerksamkeit zuteilwurde,<sup>1</sup> hat der Jubilar die bedeutende Rolle der nationalen Gerichte betont, das europäische Wettbewerbsrecht praktisch wirksam durchzusetzen.<sup>2</sup> Mit der verfahrensrechtlichen Dezentralisierung des Vollzugs des europäischen Kartellrechts durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003<sup>3</sup> sind dann schlagartig im Zuge einer konsequenten Entlastung der Kommission<sup>4</sup> die nationalen Kartellbehörden und damit auch Gerichte in die Rolle primärer Akteure bei der Durchsetzung der in Art. 101 f. AEUV niedergelegten Wettbewerbsregeln eingerückt (vgl. Art. 5f VO 1/2003; § 50 GWB).<sup>5</sup> Die Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung hängt entscheidend auch vom einschlägigen Organisations-, Verfahrens- und Prozessrecht ab, das die Regeln der Rechtsanwendung aufstellt und damit den Vorgang der entscheiden-

---

\* Vorüberlegungen sind im Rahmen des „Expertenkreises Kartellsanktionenrecht“ beim Bundeskartellamt entstanden. Der Verfasser dankt sehr herzlich den am Arbeitskreis beteiligten Mitarbeitern des Amtes.

<sup>1</sup> Erste gründlichere Untersuchungen hierzu vor allem: *Burgi*, Verwaltungsprozeß und Europarecht, 1996; *Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996; *Ehlers*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, 1999; *Schoch*, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000; *Tönne*, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1997. Bestandsaufnahme über die langsame Europäisierung der Justiz bei *Mangoldt*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011, S. 384 ff. Auch im Zivilrecht hat eine systematisierende Diskussion vergleichsweise spät eingesetzt, weil hier offenbar weniger die mittelbare Strukturdetermination als die konkrete Normsetzung aufgegriffen wurde. Vgl. hierzu *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2011; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2009; *Mayr*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2011; *Rauscher*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: Kommentar, 4. Aufl. 2014.

<sup>2</sup> *W.-H. Roth*, [1991] 28 CMLRev. 137, 168. Die Leistungsfähigkeit nationaler Gerichte hat er im Übrigen eher mit nüchterner Skepsis betrachtet, vgl. *W.-H. Roth*, NJW 2000, 1313, 1313.

<sup>3</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABIEG L 1, S. 1).

<sup>4</sup> Vgl. *W.-H. Roth*, WRP 2013, 257, 258.

<sup>5</sup> Zum Dezentralisierungskonzept *Fuchs*, in: *Schneider/Schwarze/Müller-Graf*, Vollzug des europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung, 2005, S. 77 ff.; *Hossenfelder/Lutz*, WuW 2003, 118 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 5 Rn. 17 ff., § 13 Rn. 9 ff., § 19 Rn. 7 ff.; *Weitbrecht*, EuZW 2003, 69 ff.

den Tatsachenkonstruktion kompetenzrechtlich strukturiert, was im Unionsverwaltungsrecht stets mit besonderer Sensibilität wahrgenommen wurde.<sup>6</sup>

## 1. Beharrungskräfte kraft Tradition im nationalen Prozessrecht

Entsprechend dem unionsrechtlichen Trennungsmodell<sup>7</sup> obliegt auch die gerichtliche Kontrolle nationaler Wettbewerbsbehörden beim Vollzug des EU-Wettbewerbsrechts nationalen Gerichten nach nationalem Prozessrecht.<sup>8</sup> Unionsrechtliche Effektivitätserwartungen reiben sich daher nicht selten an den Eigentümlichkeiten nationaler Institutionen der Rechtsanwendung. Aus gutem Grund hat daher der Jubilar jüngst die Frage aufgeworfen, wie es um den viel beschworenen Grundsatz des *effet utile* im europäischen Kartellrecht steht.<sup>9</sup> Die eindrücklich beschriebene Beharrungskraft tradiert Entwicklungspfade im nationalen Recht<sup>10</sup> – „das auf eingelebter Gewohnheit beruhende Beharrungsvermögen etablierter Muster“<sup>11</sup> – ist im Prozessrecht besonders stark. Denn die Struktur gerichtlicher Verfahren ist unmittelbares Abbild hintergründiger staatstragender Gesellschaftsmodelle und ihrer institutionalisierten Rollenfunktionen,<sup>12</sup> weshalb sich im Prozessrecht weiterhin disparate rechtskulturelle Eigenheiten – wie etwa die divergierenden Philosophien adversatorischer und inquisitorischer Verfahrensmodelle verdeutlichen<sup>13</sup> – trotz aller Annäherung im materiellen Recht mit besonderer Schärfe ventilieren.<sup>14</sup>

## 2. Divergente Prozessinfrastruktur im europäischen Bußgeldrecht

Während die verwaltungsprozessuale Kontrolle wettbewerbsbehördlicher Maßnahmen durch die ordentlichen Gerichte und die Effektivität des Rechtsschutzes schon häufiger Gegenstand von Auseinandersetzungen war,<sup>15</sup> sind die Bedingungen der Rechtsverwirklichung im Bußgeldverfahren bislang kaum kritisch hinterfragt worden. Auf Unionsebene ist die Sanktionierung von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht ein anerkanntes Instrument der Rechtsdurchsetzung (Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV, Art. 23 VO 1/2003); die Anfechtung von Sanktionsbescheiden der Kommission erfolgt – ungeachtet der Streitigkeit um ihren Charakter zwischen

<sup>6</sup> Etwa von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 345 ff.; Kahl, Die Verwaltung 29 (1996), 341 ff.; Rengeling, VVDStRL 53 (1994), 202, 207 ff., 217 ff.; Schmidt-Aßmann, EuR 1996, 270 ff.; ders., FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht 2003, S. 487 ff.

<sup>7</sup> Gärditz, in: Böse, Europäisches Strafrecht, 2013, § 24 Rn. 2; Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, 2004, S. 359 ff.; Rademacher, Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union, 2014, S. 265; Sauer, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, 2014, S. 156 ff.; Siegel, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, 2012, Rn. 425 f.

<sup>8</sup> Weiß, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 20 Rn. 22 ff.

<sup>9</sup> W.-H. Roth, WRP 2013, 257 ff.

<sup>10</sup> Wahl, JZ 2013, 269, 378.

<sup>11</sup> Ackermann, ZWeR 2010, 325, 352.

<sup>12</sup> Damaška, The Faces of Justice and State Authority (Yale University Press 1986) 47 ff.

<sup>13</sup> Instrukktiv Langbein, The Origins of Adversarial Criminal Trial (OUP 2003).

<sup>14</sup> Skeptisch auch Castillo de la Torre, in: Ehlermann/Marquis (eds), The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases (Hart Publishing 2011) 319, 339 f.

<sup>15</sup> Stellvertretend Müller-Terpitz, in: Löwer, Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt, 2008, S. 69 ff.

Verwaltungssanktion und Strafe – im Wege der regulären Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV), also in einem Verwaltungsprozess nach den grundsätzlich gleichen Regeln, die auch bei der Anfechtung einer Verbotsverfügung gelten.<sup>16</sup> Im deutschen Prozessrecht divergieren die Rechtsschutzmodelle indes grundlegend: Die Anfechtung von Verwaltungsakten der Kartellbehörden im Kartellbeschwerdeverfahren (§§ 63 ff. GWB) ist im Wesentlichen dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht nachgebildet.<sup>17</sup> Erlässt das Bundeskartellamt (im Folgenden: BKartA) oder eine Landeskartellbehörde hingegen einen Bußgeldbescheid nach § 81 GWB, richtet sich der Rechtsschutz nach dem strafrechtlich geprägten Ordnungswidrigkeitenrecht. Das Einspruchsverfahren gegen behördlich verhängte Bußgelder (§§ 67 ff. OWiG) übernimmt daher zwar die – von Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 47 GRCh geforderte – Aufgabe, repressiven Individualrechtsschutz gegen die Verwaltung zu gewährleisten und hebt sich hierdurch vom regulären Strafprozess ab, bei dem ein gerichtliches Verfahren präventiv einer möglichen Sanktionsverhängung vorgeschaltet wird, bedient sich aber qua Verweis (§ 46 Abs. 1 bzw. § 71 Abs. 1 OWiG) strafprozessualer Formen. Dies führt zur bemerkenswerten Konsequenz, dass die streng formalisierte StPO nunmehr als Instrument der effektiven Durchsetzung des unionalen Wettbewerbsrechts dienen soll. Konflikte sind vorprogrammiert. Zwei Problemereiche – die Gründung von Entscheidungen ausschließlich auf unmittelbar in die mündliche Hauptverhandlung eingebrachten Beweismitteln und die Rolle der Staatsanwaltschaft – sollen hier herausgegriffen werden.

## II. Kartellsanktionen als Rechtsdurchsetzungsinstrument

Die detaillierte Regelung über die Verhängung von Sanktionen zur Durchsetzung der Art. 101 f. AEUV in Art. 23 VO 1/2003 ermächtigt lediglich die Kommission. Aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003 ergibt sich jedoch, dass die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, die die Art. 101 f. AEUV in Einzelfällen anwenden, hierzu von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde auch Entscheidungen erlassen, mit denen „Geldbußen, Zwangsgelder oder sonstige im innerstaatlichen Recht vorgesehene Sanktionen verhängt werden“. Hieraus folgt zunächst, dass das Sanktionsrecht mitgliedstaatliches Recht ist, das durch mitgliedstaatliche Gesetzgebung in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, die sehr unterschiedliche Formen der Verwaltungssanktionen kennen, eingepasst wird; mangels hinreichend bestimmter Rechtsfolgen<sup>18</sup> ist Art. 5 VO 1/2003 ungeachtet Art. 288 AEUV insoweit keine unmittelbar anwendbare Ermächtigung. Zugleich lässt sich der Regelung aber auch entnehmen, dass das mitglied-

<sup>16</sup> Eine Besonderheit bildet lediglich Art. 31 VO 1/2003, wonach der Gerichtshof auch unbeschränkt die im Ermessen der Behörde stehende Sanktionshöhe nachprüfen und in eigenem Ermessen verändern kann.

<sup>17</sup> Grundlegend *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, 1977.

<sup>18</sup> Vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/ders.*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV Rn. 20, 21. In den Konsequenzen wie hier *Ost*, [2014] 5 *Journal of European Competition Law & Practice* 125, 132.

staatliche Recht Sanktionen zur effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts vorsehen *muss*.<sup>19</sup> Sanktionsziel ist vornehmlich die (negative) Generalprävention.<sup>20</sup> Zwar verpflichtet Art. 5 VO 1/2003 nicht, in jedem Einzelfall, in dem eine verschuldete Verletzung der Art. 101 f. AEUV festgestellt wird, auch eine Sanktion zu verhängen. Eine Sanktionierung muss aber zum einen gesetzlich *möglich* sein.<sup>21</sup> Zum anderen ist sie im Rahmen der fallbezogenen Rechtsanwendung auch der Regelfall: „Zur Sicherstellung der wirksamen Anwendung von Art. 101 AEUV im Allgemeininteresse [...] ist es [...] erforderlich, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden, wenn ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen diese Bestimmung verstoßen hat, nur in Ausnahmefällen von der Verhängung einer Geldbuße absehen“.<sup>22</sup> Schließlich ergibt sich hieraus, dass die Sanktionen – unabhängig von der Rechtsnatur der punitiven Sanktionsanordnung<sup>23</sup> – Instrumente der administrativen Rechtsdurchsetzung sind, also verwaltungsrechtliche Zwangsmittel, von denen das Unionsrecht sehr unterschiedliche kennt<sup>24</sup> und die hier in erster Linie eine Einhaltung der Wettbewerbsregeln erzwingen sollen. Dies zeigt bereits der Regelungskontext des Art. 5 VO 1/2003, der die Bußgelder funktional gleichwertig und austauschbar neben sonstigen Zwangsmaßnahmen der Verwaltung (nicht zuletzt die Abstellung von Zuwiderhandlungen) positioniert.<sup>25</sup> Dieser unionsrechtliche Auftrag wird im deutschen Recht durch die Sanktionsbestimmung des § 81 GWB und das Verfahrensrecht nach OWiG und StPO umgesetzt.

Die Rechtsnatur der Ordnungswidrigkeit ist seit langem umstritten.<sup>26</sup> Materiale Abgrenzungsversuche bemühen sich meist eines sozialetischen Unwerturteils, das – im Einzelnen freilich mit fragwürdiger Begründung – allein der Kriminalstrafe zugeschrieben wird,<sup>27</sup> oder überhöhen das Kriminalstrafrecht durch vermeintlich

<sup>19</sup> Ritter, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 – EU/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 5 VO 1/2003 Rn. 1.

<sup>20</sup> EuGH, Urt. v. 15.7.1970 – Rs. 41/69, Slg. 1970, 661, Rn. 172/176 – ACF Chemiefarma; EuG Urt. v. 8.7.2004 – Rs. T-44/00, Slg. 2004, II-2223, Rn. 242 – Mannesmann Röhrenwerke; Wahl, in: Sieber/Brüner/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2011, § 7 Rn. 72.

<sup>21</sup> So wohl EuGH, NJW 2013, 3083 Rn. 35.

<sup>22</sup> EuGH, NJW 2013, 3083 Rn. 46.

<sup>23</sup> Überwiegend werden diese als Strafrecht im weiteren Sinne verstanden und mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht verglichen, etwa Dannecker, Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1995, S. 41; ders./Fischer-Fritsch, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989, S. 7, 78; Hecker, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 4 Rn. 64; Zuleeg, JZ 1992, 761, 763 f. Kartellsanktionen werden daher systembildend im Rahmen des Allgemeinen Teils eines europäischen Strafrechts diskutiert, vgl. Stuckenberg, in: Böse (o. Fußn. 7), § 10 Rn. 12. Mit dem Anspruch auf klinische Reinhaltung eines metaphysisch begründeten Kriminalstrafrechts kategorial ablehnend demgegenüber Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 232, 375 f. Keine Einbeziehung etwa bei Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, S. 343 ff.

<sup>24</sup> Eingehend Vogel, in: Sieber/Brüner/Satzger/von Heintschel-Heinegg (o. Fußn. 20), § 6 Rn. 8–58.

<sup>25</sup> Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 172; eingehend Koch, JZ 2013, 390 ff.

<sup>26</sup> Hierzu stellvertretend nur Braum (o. Fußn. 23), S. 279–364; Erhardt, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994, S. 59 ff.; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd. II, 1982, S. 5 ff.; Waldhoff, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 46 Rn. 194 ff.

<sup>27</sup> Etwa BVerfGE 123, 267, 408.