

# Die 10. GWB-Novelle

Bien / Käseberg / Klumpe / Körber / Ost

2021

ISBN 978-3-406-75848-5

C.H.BECK

**(b) Verfahren.** Gemäß § 50 Abs. 4 S. 3 GWB leitet das Bundeskartellamt die Vollstreckung unverzüglich ein, wenn es nicht beabsichtigt, das entsprechende Amtshilfeersuchen abzulehnen. Die jeweils anzuwendenden Verfahrensvorschriften bestimmen sich danach, ob es um die Vollstreckung einer Bußgeld- oder Zwangsgeldentscheidung geht. Denn während das Bußgeld nach deutschem Recht sowohl repressiven als auch präventiven Zwecken dient und die Hauptsanktion des Ordnungswidrigkeitenverfahrens darstellt,<sup>122</sup> ist das Zwangsgeld ein reines Beugemittel ohne Strafcharakter und dient insbesondere zur Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Verfügungen, die auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind.<sup>123</sup> Die **Vollstreckung von Geldbußen** richtet sich daher nach dem **Ordnungswidrigkeitenrecht**, während **Zwangsgelder** nach den für Entscheidungen von Bundesbehörden einschlägigen Vorschriften des **VwVG** einzuziehen sind. Im Ergebnis verlaufen die Verfahren zur Vollstreckung von Bußgeldern einerseits und Zwangsgeldern andererseits jedoch weitgehend parallel, da § 90 Abs. 1 OWiG für die Vollstreckung von Bußgeldentscheidungen auf das VwVG verweist, sofern das Gesetz (hier insbesondere das OWiG sowie das GWB) keine davon abweichenden Regelungen trifft.

Als **Vollstreckungstitel** dient gem. § 50c Abs. 3 S. 3 GWB nur der einheitliche Titel. Es bedarf für die Zulässigkeit der Vollstreckung keines weiteren Anerkennungsaktes wie der Legalisierung, der Apostille oder einer sonstigen Ergänzung oder Ersetzung.

Die im Zuge der Vollstreckung vereinnahmten Geldbußen fließen der **Bundeskasse** zu (§ 50c Abs. 5 S. 3 GWB). Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz im deutschen Recht (s. § 90 Abs. 2 OWiG, sowie auch § 5 Abs. 1 Einforderungs- und Beitreibungsanordnung). Der Verbleib von im Rahmen der Amtshilfe vollstreckten Sanktionen bei dem Vollstreckungsstaat ist darüber hinaus auch im europäischen Kontext anerkannt. Entsprechende Regelungen finden sich beispielsweise in Art. 13 Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen<sup>124</sup> sowie in Art. 19 RL 2014/67/EU (Durchsetzungsrichtlinie zur Arbeitnehmer-Entsendungsrichtlinie)<sup>125</sup>. Die ECN+-Richtlinie lässt die Frage der Verwendung der vereinnahmten Buß- oder Zwangsgelder dagegen offen.

**ee) Amtshilfeersuchen des Bundeskartellamtes, § 50b Abs. 5 GWB, § 50c Abs. 7 GWB.** Für die Amtshilfeersuchen des Bundeskartellamtes sieht das deutsche Recht eine Besonderheit vor: Den einheitlichen Titel hat das Bundeskartellamt gem. § 50b Abs. 5 GWB bzw. § 50c Abs. 7 GWB in **deutscher Sprache**, ggf. nebst einer Übersetzung in die Amtssprache des Staates der ersuchten Wettbewerbsbehörde an diese zu übersenden. Das Erfordernis, das Ersuchen in deutscher Sprache zu übersenden, beruht auf § 8b Abs. 1 S. 1 VwVfG, der sicherstellen soll, dass die deutsche Amtssprache gewahrt bleibt, dh dass sich alle wichtigen Vorgänge aus der Akte auf Deutsch ergeben.<sup>126</sup> Da die ECN+-Richtlinie zugleich vorsieht, dass das Ersuchen in der Amtssprache des ersuchten Staates übersandt werden muss, ist ggf. (dh immer dann, wenn das Ersuchen nicht lediglich nach Österreich übersandt wird) zugleich auch eine **Übersetzung** in die Amtssprache des ersuchten Staates zu übermitteln. Dem Ersuchen ist die zuzustellende Unterlage bzw. die Unterlage, aus der die Vollstreckung begehrt wird als Anlage beizufügen. Dies ist nach deutschem Recht bei verwaltungsbehördlichen Verfügungen entweder die Urschrift, eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift der jeweiligen Verfügung; eine einfache

<sup>122</sup> KK-OWiG/Mitsch OWiG § 17 Rn. 4, 8 f.

<sup>123</sup> LMRKM/Meyer-Lindemann GWB § 86a Rn. 1; Lemke in Danker/Lemke, Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz, Nomoskommentar, 2012, VwVG § 11 Rn. 1, 2. Dies entspricht auch der Abgrenzung im europäischen Recht, s. MüKoWettbR/Engelsing/Schneider VO (EG) Nr. 1/2003 Art. 23 Rn. 35 ff.

<sup>124</sup> ABl. 2005 L 76, 16.

<sup>125</sup> Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“) v. 15.5.2014, ABl. 2014 L 159, 11.

<sup>126</sup> Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz VwVfG § 8b Rn. 3.

Fotokopie genügt nicht.<sup>127</sup> In der Praxis wird regelmäßig eine **Ausfertigung der Urschrift** zugestellt, die von einem Urkundsbeamten unterschrieben sein und einen mit einem Siegel versehenen Ausfertigungsvermerk enthalten muss.<sup>128</sup> Für die Vollstreckung wird eine ebensolche, als „vollstreckbare Ausfertigung“ bezeichnete Ausfertigung verwendet. Eine zusätzliche Übersetzung der Ausfertigung ist nur erforderlich, wenn das Recht des Staates der ersuchten Behörde dies vorsieht. Das Verfahren der Zustellung bzw. Vollstreckung richtet sich nach dem jeweils anwendbaren nationalen Recht des um Amtshilfe ersuchten Mitgliedstaates.<sup>129</sup>

### c) Kosten der Amtshilfe

- 73 Die neuen Amtshilfavorschriften gewähren dem Bundeskartellamt explizit einen **Anspruch auf Erstattung** der im Zusammenhang mit der Übernahme der Amtshilfe entstandenen und vertretbaren Kosten gegen die das Bundeskartellamt um Amtshilfe ersuchende Behörde. Gleichmaßen erstattet das Bundeskartellamt als ersuchende Behörde der ersuchten Behörde auf deren Antrag hin ihre Kosten. Im Rahmen des Art. 22 Kartellverfahrens-VO ist ein solcher Anspruch auf Kostenerstattung nicht explizit vorgesehen. Ob er sich bereits aus dem Wortlaut „für Rechnung der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats“ ableiten lässt, ist fraglich.<sup>130</sup> Bisher wurde im ECN auf die gegenseitige Geltendmachung von Kosten für Amtshilfehandlungen aber ohnehin verzichtet.<sup>131</sup> Bi- oder multilateral soll ein gegenseitiger Verzicht, zB durch eine Absprache innerhalb des ECN,<sup>132</sup> auch im Rahmen der den Art. 22 Kartellverfahrens-VO ergänzenden Amtshilfe nach § 50a Abs. 1 GWB möglich sein. Im Rahmen der verpflichtenden Amtshilfe hat der Gesetzgeber von einer entsprechenden Einschränkung des Kostenerstattungsanspruchs dagegen abgesehen; die Geltendmachung der Kosten im Einzelfall wird dort jedoch auch dort in das Ermessen der Behörde gestellt.

### d) Bewertung

- 74 Die erweiterten Möglichkeiten zur gegenseitigen Amtshilfe im ECN sind mit Blick auf eine effektive Durchsetzung des Kartellrechts **zu begrüßen**. Erst die grenzüberschreitende Möglichkeit der Vollstreckung, die auch eine wirksame Zustellung der maßgeblichen Dokumente voraussetzt, sowie die Amtshilfe zur Durchsetzung von Mitwirkungspflichten im Rahmen der Aufklärung von Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht führen dazu, dass das Kartellrecht auch EU-weit seine abschreckende Wirkung vollständig entfalten kann.<sup>133</sup> Ob es hierzu wirklich der in §§ 50b und 50c GWB vorgesehenen Verpflichtungen zur Amtshilfe bedurft hätte, ist allerdings fraglich. Denn die Mitgliedstaaten haben im Rahmen der Amtshilfe nach Art. 12 und 22 Kartellverfahrens-VO – auch ohne gesetzliche Verpflichtung – bereits eine wirksame Amtshilfepraxis etabliert.<sup>134</sup> Die nunmehr vorgesehene Verpflichtung zur Amtshilfe lässt vielmehr befürchten, dass die Amtshilfe zum Auto-

<sup>127</sup> Regierungsbegründung VwZG, BT-Drs. 15/5216, 11. Die ECN+-Richtlinie ändert daran nichts. Soweit es in Art. 27 Abs. 2 ECN+-Richtlinie heißt, dass „eine Kopie des zuzustellenden oder zu vollstreckenden Aktes“ zu übermitteln ist, handelt es sich lediglich um eine Mindestvorgabe, die klarstellt, dass nicht zwingend der zuzustellende oder zu vollstreckende Akt, dh das Original der Entscheidung, beigelegt werden muss.

<sup>128</sup> BGH 24.3.1987 – KVR 10/87, GRUR 1987, 745 – Frischemärkte; *Leonhardt* in Kamann/Ohlhoff/Völcker Kartellverfahren-HdB § 17 Rn. 153; Langen/Bunte/*Schneider* GWB § 61 Rn. 19.

<sup>129</sup> Netzwerkbekanntmachung Rn. 29.

<sup>130</sup> Die bejahend LMRKM/*Barthelmes/Rudolf* VO (EG) Nr. 1/2003 Art. 22 Rn. 19, wohl auch Grabitz/*Hilf/Miersch*, 40. Aufl. 2009, VO (EG) Nr. 1/2003 Art. 22 Rn. 5; krit. Immenga/*Mestmäcker/Hennig* VO (EG) Nr. 1/2003 Art. 22 Rn. 25.

<sup>131</sup> S. auch LMRKM/*Barthelmes/Rudolf* VO (EG) Nr. 1/2003 Art. 22 Rn. 19. Dies vermutend Immenga/*Mestmäcker/Hennig* VO (EG) Nr. 1/2003 Art. 22 Rn. 25.

<sup>132</sup> Regierungsbegründung BT-Drs. 19/23492, 103.

<sup>133</sup> So schon Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 41, 2004, 18.

<sup>134</sup> Vgl. auch MüKoWettbR/*Bardong/Stempel* VO (EG) Nr. 1/2003 Art. 12 Rn. 46.

matismus wird. Gerade an wirtschaftsstarke Standorten könnten dann erhebliche Ressourcen der Wettbewerbsbehörde für die Amtshilfe benötigt werden. Wenn diese nicht durch zusätzliche Stellen abgedeckt werden, entsteht die Gefahr, dass es zu einer Verschiebung der Prioritäten kommt und den Wettbewerbsbehörden infolgedessen Ressourcen an anderen Stellen, insbesondere für die Betreibung ihrer eigenen Fälle, fehlen. Eine Möglichkeit zur Ablehnung der begehrten Amtshilfe aus Kapazitätsgründen ist nicht vorgesehen. Die Regelung über den Verbleib der vereinnahmten Beiträge im Vollstreckungsstaat sowie die Möglichkeit zur Geltendmachung der im Zusammenhang mit der Amtshilfe entstandenen Kosten stellen hier aber bereits wichtige Korrekture dar.

## 2. Übermittlung von Kronzeugenerklärungen, § 50d Abs. 2 GWB

### a) Normzweck

In § 50d GWB findet sich nun der in Abs. 1, 3 und 4 GWB im Wesentlichen unveränderte und nur geringfügig angepasste frühere § 50a GWB, der den **Informationsaustausch** im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden für das deutsche Recht regelt. Der bisherige Titel der Vorschrift „Zusammenarbeit im Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden“ wurde aufgrund der mit der 10. GWB-Novelle neu eingefügten §§ 50a – 50c GWB, die ebenfalls Formen der Zusammenarbeit im Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden vorsehen, jedoch zu unspezifisch. Er wurde daher in „Informationsaustausch im Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden“ geändert. Aus Gründen der Systematik wurde die Vorschrift ans Ende der Regelungen über die Zusammenarbeit im ECN verschoben.<sup>135</sup>

In einem neuen § 50d Abs. 2 GWB werden nun, in Umsetzung von Art. 31 Abs. 6 ECN+-Richtlinie, Voraussetzungen und **Beschränkungen** für den Austausch von Kronzeugenerklärungen zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden geregelt. Inhaltlich ist dies nicht neu: Die Beschränkung für den Austausch von Kronzeugenerklärungen zwischen den Wettbewerbsbehörden des ECN galt auch bislang schon; bisher beruhte sie auf Rn. 40 der Netzwerkbekanntmachung. Ihre gesetzliche Verankerung war aber vor dem Hintergrund der infolge der ECN+-Richtlinie notwendig gewordenen gesetzlichen Verankerung des Kronzeugenregimes in §§ 81h ff. GWB geboten (*Roesen* → Rn. 204 ff.). Die Regelung dient insbesondere zur Aufrechterhaltung der **Anreizfunktion der Kronzeugenregelung**, indem der Schutz des Kronzeugen vor anderweitiger Verfolgung auf Grundlage seiner Einlassungen sichergestellt wird. Denn würde eine Kronzeugenerklärung, mit der sich der Kronzeuge regelmäßig auch selbst belastet, im Rahmen des § 50d GWB an eine andere Wettbewerbsbehörde weitergegeben und könnte diese das darin enthaltene Geständnis nutzen, um auch gegen den Kronzeugen ein Bußgeld zu verhängen, so würde dies das Kronzeugenregime in Fällen mit grenzüberschreitender Bedeutung erheblich schwächen. Die Anreizfunktion der Kronzeugenregelung ist aber dringend aufrechtzuerhalten, denn Kronzeugen sind insbesondere für die Aufdeckung von Kartellen von erheblicher Bedeutung.<sup>136</sup> Über lange Zeit hinweg gingen gut die Hälfte aller Kartellverfahren des Bundeskartellamtes auf Kronzeugenanträge zurück,<sup>137</sup> seit einigen Jahren sind die Kronzeugenanträge allerdings rückläufig.<sup>138</sup>

<sup>135</sup> Regierungsbegründung BT-Drs. 19/23492, 128.

<sup>136</sup> S. auch Netzwerkbekanntmachung Rn. 37: Aufdeckungs- und Abschreckungsfunktion.

<sup>137</sup> *Krauß* in Kamann/Ohlhoff/Völcker Kartellverfahren-HdB § 18 Rn. 29; si. auch Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung (Broschüre Dez. 2016), abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Publication/DE/Broschueren/Informationsbrosch%C3%BCre%20-%20Erfolgreiche%20Kartellverfolgung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=12](http://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Publication/DE/Broschueren/Informationsbrosch%C3%BCre%20-%20Erfolgreiche%20Kartellverfolgung.pdf?__blob=publicationFile&v=12), 18 (zuletzt abgerufen am 30.1.2021).

<sup>138</sup> BKartA TB 2017/2018, BT-Drs. 19/10900, VII, 28 f.

**b) Beschränkung der Übermittlung von Kronzeugenerklärungen**

- 77 **aa) Geltungsbereich.** § 50d Abs. 2 GWB beschränkt nur die Zulässigkeit der Übermittlung von Kronzeugenerklärungen zwischen **nationalen Wettbewerbsbehörden**. Die Weitergabe von Kronzeugenerklärungen an die Europäische Kommission oder von der Europäischen Kommission an mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden ist von der Regelung nicht erfasst. In diesen Fällen unterliegen die Weitergabe von Kronzeugenerklärungen sowie die Verwendung von Kronzeugenerklärungen aber weiterhin gem. Rn. 40 f. der Netzwerkbekanntmachung ähnlichen Beschränkungen wie sie § 50d Abs. 2 GWB in Umsetzung der ECN+-Richtlinie für den Austausch zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden vorsieht.
- 78 **bb) „Kronzeugenerklärung“.** Der Begriff der „Kronzeugenerklärung“ wird in Art. 2 Nr. 17 ECN+-Richtlinie legaldefiniert. Die Definition entspricht nahezu wortidentisch der Legaldefinition in Art. 2 Nr. 16 Kartellschadensersatz-Richtlinie<sup>139</sup> und findet sich im deutschen Recht inhaltsgleich in § 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB wieder. Kronzeugenerklärungen sind demnach Dokumente und Aufzeichnungen, „auch über den Inhalt einer Vernehmung im wettbewerbsbehördlichen Verfahren, wenn und soweit darin eine freiwillige Erklärung seitens oder im Namen eines Unternehmens oder einer natürlichen Person gegenüber einer Wettbewerbsbehörde enthalten ist, in der das Unternehmen oder die natürliche Person die Kenntnis von einem Kartell und seine beziehungsweise ihre Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder die Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken“. Der Begriff der Kronzeugenerklärung schließt damit sämtliche Informationen ein, die der Antragsteller der Behörde **freiwillig offengelegt** hat.<sup>140</sup> Beweismittel, die unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen, werden von dem Begriff der Kronzeugenerklärung dagegen nicht erfasst (§ 33g Abs. 4 S. 2 GWB). Ob diese Informationen bereits in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind oder nicht, ist insoweit nicht von Bedeutung.
- 79 **cc) Übermittlungsverbot.** Im Hinblick auf Kronzeugenerklärungen regelt § 50d Abs. 2 GWB grundsätzlich ein Übermittlungsverbot. Der Begriff der „Übermittlung“ ist in diesem Kontext weit zu verstehen; er umfasst auch die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Inhalten einer Kronzeugenerklärung. Dies ergibt sich aus der Schutzrichtung des § 50d Abs. 2 GWB: Dieser soll sicherstellen, dass auch in Fällen von grenzüberschreitender Bedeutung die Privilegierung des Kronzeugen nicht umgangen werden kann. Darüber hinaus dürfte die Beschränkung aber auch für **sämtliche Unterlagen** gelten, die infolge der Informationen **aus dem Kronzeugenantrag gewonnen** wurden. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass der Kronzeuge, der Zugang zu Unterlagen ermöglicht, die ihn selbst belasten, zwar Strafmilderung oder Straffreiheit in einem Mitgliedstaat erhält, dieser Schutz aber dadurch umgangen werden kann, dass im Wege des Informationsaustauschs eine andere Behörde diese Beweismittel gegen den Kronzeugen erhält und diesen, solange er dort keinen Antrag auf Kronzeugenbehandlung gestellt hat, hierfür zur Verantwortung ziehen kann.<sup>141</sup> Das Übermittlungsverbot kann die mit ihm beabsichtigte Aufrechterhaltung des Schutzes des Kronzeugen demnach nur gewährleisten, wenn es umfassend gilt.

<sup>139</sup> Richtlinie 2014/104/EU v. 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349, 1.

<sup>140</sup> Vgl. Netzwerkbekanntmachung Rn. 40.

<sup>141</sup> Netzwerkbekanntmachung Rn. 40; s. auch MüKo WettbR/*Bardong/Stempel* VO (EG) Nr. 1/2003 Art. 12 Rn. 49, die allerdings darauf abstellen, dass nicht alle EU-Mitgliedstaaten über ein Kronzeugenprogramm verfügen. Dies dürfte nach Umsetzung der ECN+-Richtlinie jedoch künftig nicht mehr der Fall sein.

**dd) Ausnahmen von dem Übermittlungsverbot.** § 50d Abs. 2 GWB sieht zwei Ausnahmen von dem Übermittlungsverbot vor: Wenn der Steller des Antrags auf Kronzeugenbehandlung der Übermittlung zugestimmt hat (Nr. 1) oder wenn bei der anderen Wettbewerbsbehörde von demselben Antragsteller ein deckungsgleicher Antrag auf Kronzeugenbehandlung eingegangen ist, dh ein Antrag auf Kronzeugenbehandlung, der sich auf ein und dieselbe Zuwiderhandlung bezieht, sofern es ihm im Zeitpunkt, zu dem die Kronzeugenerklärung weitergeleitet wird, nicht freisteht, die der anderen Behörde übermittelten Informationen zurückzuziehen (Nr. 2). In diesen beiden Fällen darf die Wettbewerbsbehörde Kronzeugenerklärungen an eine andere Wettbewerbsbehörde des ECN weiterleiten und/oder Informationen daraus an diese weitergeben. Sollte eine Übermittlung von Kronzeugenerklärungen zur effektiven Durchsetzung des EU-Kartellrechts notwendig sein, werden die nationalen Wettbewerbsbehörden daher Kronzeugen regelmäßig bitten, der Weitergabe ihrer Kronzeugenerklärung zuzustimmen und bei der anderen Behörde, sofern noch nicht geschehen, ebenfalls einen Antrag auf Kronzeugenbehandlung zu stellen.<sup>142</sup>

#### IV. Mitwirkung von Bediensteten anderer EU-Mitgliedstaaten bei Ermittlungen im Inland, § 50 Abs. 3 GWB

§ 50 Abs. 3 GWB nF betrifft die horizontale Amtshilfe<sup>143</sup> zwischen den Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union bei der Ermittlung von Kartellrechtsverstößen. Die Vorschrift gilt allerdings nur für Untersuchungen nach Art. 22 Abs. 1 Kartellverfahrens-VO, also solche, die sich auf einen möglichen Verstoß gegen das **europäische Kartellverbot** (jetzt Art. 101, 102 AEUV) beziehen. Ermittlungen, die lediglich der Durchsetzung nationalen Kartellrechts dienen, werden von der Vorschrift nicht erfasst. An dieser Stelle ebenfalls nicht geregelt wird die vertikale Zusammenarbeit zwischen Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden; Führt die Kommission im Inland selbst Befragungen durch, sind die nationalen Kartellbehörden gem. Art. 19 Abs. 2 Kartellverfahrens-VO davon zu unterrichten und können die Maßnahme unterstützen, sofern sie auf ihrem Hoheitsgebiet stattfindet. Leisten dagegen nationale Kartellbehörden der Kommission Amtshilfe, dürfen Kommissionsbeamte und andere von ihr ermächtigte Begleitpersonen nach Art. 22 Abs. 2 UAbs. 2 Kartellverfahrens-VO an der erbetenen Ermittlungsmaßnahme teilnehmen. Im hiesigen Kontext geht es dagegen um die **Anwesenheits- und Mitwirkungsrechte** von Bediensteten anderer EU-Mitgliedsstaaten bei von inländischen Behörden durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen (zur Behördenzusammenarbeit im ECN *Sabir* → Rn. 30 ff.). In Umsetzung von Art. 24 Abs. 1 RL (EU) 2019/1 (ECN+-Richtlinie) wurden diese im Zuge der 10. GWB-Novelle gestärkt; aus einer ermessensabhängigen Gestattung (§ 50 Abs. 4 GWB aF) wurde ein Anspruch auf Zulassung (§ 50 Abs. 3 GWB nF).

##### 1. Territorialitätsprinzip und Notwendigkeit der Amtshilfe

Grundlage aller Überlegungen ist das Territorialitätsprinzip. Jeder Staat hat in seinem Staatsgebiet die umfassende und **ausschließliche Zuständigkeit zur Ausübung von Hoheitsgewalt** und einen Anspruch darauf, dass andere Staaten seine Gebietshoheit respektieren;<sup>144</sup> dies gilt auch für die zwischenstaatliche Rechts- bzw. Amtshilfe innerhalb der Europäischen Union. Die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedsstaates darf Hoheitsakte also grundsätzlich

<sup>142</sup> Netzwerkbekanntmachung Rn. 40.

<sup>143</sup> „Rechtshilfe“ findet nach traditionellem Verständnis zwischen Gerichten und Justizbehörden, „Amtshilfe“ zwischen Verwaltungsbehörden statt. Zur wenig zielführenden und international nicht anschlussfähigen Unterscheidung beider Begriffe vgl. allerdings *Vogel/Buchard* in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas Int. Rechtshilfeverkehr, 41 EL. 2017, IRG Vor § 1 Rn. 7.

<sup>144</sup> *Nagel*, Beweisaufnahme im Ausland, 1998, S. 18.

nur auf eigenem Territorium vornehmen, auf fremdem Territorium darf sie nur handeln, wenn der fremde Staat ihr dies vorher gestattet hat. Für die Angehörigen der Kommission selbst gelten bei Kartellermittlungen dagegen die Art. 17 ff. Kartellverfahrens-VO. Für ausländische Staatsbedienstete ist eine solche Erlaubnis die große Ausnahme. Praxisrelevante Beispiele im Schengen-Raum sind die grenzüberschreitende Observation nach Art. 40 SDÜ und die Nacheile nach Art. 41 SDÜ.<sup>145</sup>

- 83 Davon abgesehen besteht insbesondere zwischen Staaten Kontinentaleuropas und Staaten mit *common law*-Tradition Uneinigkeit, welche Arten von Ermittlungsmaßnahmen unter den **Begriff des Hoheitsaktes** fallen. Zweifellos ist dies bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen gem. §§ 58, 59b GWB nF bzw. § 46 Abs. 2 OWiG, §§ 94 ff., 102 ff. StPO gegeben, da diesen in aller Regel Zwangscharakter zukommt. Nach dem Verständnis des kontinentaleuropäischen Rechtskreises fallen aber auch rein informatorische Befragungen und förmliche Vernehmungen von Zeugen oder des Betroffenen gem. § 46 Abs. 2 OWiG, §§ 48 ff., 133 ff. StPO bzw. § 57 GWB nF darunter, selbst wenn sie ohne Zwang vorgenommen werden.<sup>146</sup> Wenngleich entsprechende privat veranlasste Befragungen in den Grenzen des materiellen Straf-, Arbeits- und Datenschutzrechts<sup>147</sup> nicht verboten sind, wird die Sammlung von Beweismaterial nach kontinentalem Verständnis (das sich innerhalb der EU durchgesetzt hat), primär als staatliche Aufgabe begriffen.<sup>148</sup>
- 84 Der **Status des Handelnden** ist bei alledem **nicht entscheidend**: Um einen Hoheitsakt zu vollziehen, braucht die handelnde Person selbst kein Amtsträger zu sein. Eine Souveränitätsverletzung kann auch dann vorliegen, wenn die Ermittlungsmaßnahme in irgendeiner Form kraft Auftrags dem ausländischen Staat als hoheitliches Handeln zuzurechnen ist, etwa bei einer Befragung durch einen staatlich engagierten Vertrauensanwalt (commissioner).<sup>149</sup> In der Regel nicht (Ausnahme: Schweiz)<sup>150</sup> als staatlich veranlasst angesehen werden dagegen grenzüberschreitende kartellrechtliche Selbstkontrollen des Unternehmens sowie repressiv angelegte Kontrollen gegenüber Tochtergesellschaften.<sup>151</sup> Dies gilt ungeachtet dessen, dass solche **unternehmensinternen Ermittlungen** (Internal Investigations) mit Blick auf die Möglichkeit der Verhängung von Milliardengeldbußen (§ 81c Abs. 2 S. 2 GWB nF), das breite Ermessen der Kartellbehörden<sup>152</sup> bei der Bußgeldbemessung sowie die damit verbundene (rechtstaatlich nicht unbedenkliche) „Sanktionsschere“ nicht immer ganz freiwillig erfolgen.

<sup>145</sup> Zu diesem Zweck dürfen ausländische Beamte gem. § 35 Abs. 1a StVO auch Sonderrechte nutzen.

<sup>146</sup> Das Gleiche gilt für die Übersendung von Schriftstücken, etwa einer Ladung eines Zeugen, vgl. Roth NStZ 2014, 551 (552). Hier sieht Art. 5 EURechtsHStrÜ v. 29.5.2000 einen Ausnahmetatbestand vor. Eine grenzüberschreitende Pflicht vor einer ausländischen Behörde oder einem Gericht als Zeuge zu erscheinen, gibt es jedoch nicht.

<sup>147</sup> S. dazu etwa *Wybitul* in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis Investigation Kap. 12 Rn. 1 ff.; *Schuster* in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis Investigation Kap. 12 Rn. 103 ff.; *Mengel* in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis Investigation Kap. 14 Rn. 1 ff.

<sup>148</sup> Etwa *Schuster*, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 24 ff. Dagegen erlauben die in der EU verbliebenen vom *common law* geprägten Staaten Irland und Malta eine Vernehmung zB durch deutsche Konsularbeamte ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Zeugen (vgl. RiVAST-Länderteil).

<sup>149</sup> Etwa *Schuster*, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 25; vgl. auch *Vogel/Buchard* in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas Int. Rechtshilfeverkehr, 41. EL 2017, IRG Vor § 1 Rn. 105 ff.

<sup>150</sup> Diese reagiert sehr empfindlich auf Souveränitätsverletzungen. Zur Strafvorschrift des Art. 271 StGB-CH (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat) im Kontext von „Internal Investigations“ vgl. den Entscheid des Bundesgerichts v. 4.12.2018 – 6B\_804/2018.

<sup>151</sup> Dazu ausf. *Wöllschläger* in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis Investigation Kap. 27 Rn. 3 ff.

<sup>152</sup> Vgl. für Deutschland etwa § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB nF und Nr. 18 der Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, wonach das Nachtatverhalten wesentlicher Zumessungsfaktor ist. Vor Entdeckung des Kartells bieten vor allem die Kronzeugenprogramme (vgl. §§ 81h ff. GWB nF) Anreize zu unternehmensinternen Ermittlungen, wobei das Unternehmen, um Sanktionsfreiheit zu erlangen, auch nach dem Antrag umfassend an der Aufklärung des Sachverhalts mitwirken muss (§ 81j Abs. 1 Nr. 1 GWB). So erklären sich auch die schweizerischen Bedenken, dass es sich nicht um rein privat veranlasste Ermittlungen handele.

## 2. Deutschland in der Rolle des ersuchten Staates und Bedeutung des § 50 Abs. 3 GWB nF

Im Regelfall muss die Wettbewerbsbehörde des einen Staates die Wettbewerbsbehörde des anderen Staates also ersuchen, die Ermittlungsmaßnahme für sie vorzunehmen. 85

### a) Anwendbares Recht und grundsätzliche Rolle der Bediensteten des ersuchenden Staates

Durchgeführt werden die Maßnahmen der **Amts- bzw. Rechtshilfe** durch Bedienstete innerstaatlicher Behörden **nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts** – Grundsatz *locus regit actum*.<sup>153</sup> Das letztgenannte Prinzip erfährt innerhalb der EU zunehmend Durchbrechungen, was auch bei der Verfolgung von Kartellverstößen eine Rolle spielen kann. So kann partiell der Grundsatz *forum regit actum* zur Anwendung kommen, wenn der ersuchende Staat um Einhaltung bestimmter Form- oder Verfahrensvorschriften bittet und innerstaatliches Recht dem nicht entgegensteht.<sup>154</sup> 86

Zudem erweist sich die **Teilnahme von Bediensteten des ersuchenden Staates** in der Regel als zweckmäßig (auch in einem Fall, in dem es nur um den Verstoß gegen das nationale Kartellverbot des ersuchenden Staates geht). Zur Vermeidung von Nachtragsersuchen und mit Blick auf Verwertbarkeitsfragen<sup>155</sup> wird sie auch jenseits des Kartellordnungswidrigkeitenrechts regelmäßig zugelassen; ausdrücklich vorgesehen ist dies in Art. 4 RHÜ 1959 v. 20.4.1959<sup>156</sup> und Art. 9 Abs. 4, 5 EEA-RL (RL 2014/41/EU) v. 3.4.2014<sup>157</sup>. 87

Ob und inwieweit bei der grenzüberschreitenden Verfolgung von Kartellverstößen die Bediensteten der Wettbewerbsbehörde des ersuchenden EU-Mitgliedstaates einen **Anspruch auf Mitwirkung** haben, war allerdings (anders als bei Bediensteten der Kommission, vgl. Art. 22 Abs. 2 UAbs. 2 Kartellverfahrens-VO) nicht explizit geregelt und somit der Entscheidung der nationalen Gesetzgeber überlassen.<sup>158</sup> Der deutsche § 50 Abs. 4 GWB aF sah vor, dass das Bundeskartellamt bei Durchsuchungen und Vernehmungen die Mitwirkung durch Bedienstete der betreffenden nationalen Kartellbehörde nach seinem Ermessen gestatten *kann*. Die Betroffenen waren dann aber zur Duldung verpflichtet.<sup>159</sup> In Art. 24 Abs. 1 ECN+-Richtlinie wird nunmehr bestimmt, dass die Unterstützung durch Bedienstete der ersuchenden Wettbewerbsbehörde oder anderer durch diese ermächtigte Begleitpersonen zu gestatten *ist*, wobei der europäische Normgeber dabei den Empfehlungen des European Competition Network (ECN) gefolgt ist.<sup>160</sup> Diese Neuregelung wurde in Deutschland durch § 50 Abs. 3 GWB nF umgesetzt. 88

<sup>153</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 RHÜ 1959 v. 20.4.1959; dazu etwa *Schuster*, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 29.

<sup>154</sup> Vgl. Art. 4 EURechtsHStrÜ v. 29.5.2000; Art. 9 Abs. 2 EEA-RL v. 3.4.2014; § 91h Abs. 2 IRG; s. auch Schomburg/Lagodny/Trautmann/Zimmermann IRG § 59 Rn. 74; *Schuster* ZIS 2016, 564 (565).

<sup>155</sup> Schomburg/Lagodny/Trautmann/Zimmermann IRG § 59 Rn. 75 und Schomburg/Lagodny/Zimmermann IRG § 91h Rn. 14 ff.

<sup>156</sup> Zu einzelnen Ländern vgl. *Fahrner*, Handbuch Internationale Ermittlungen, 2020, § 13 Rn. 87 f.

<sup>157</sup> Vgl. ferner Nr. 22 Abs. 3, 4 RiVAST, Nr. 138, 139 RiVAST. Auch im allgemeinen Strafrecht geht ua Nr. 138 RiVAST davon aus, dass der deutsche Richter oder Beamte die Amtshandlung grundsätzlich selbst ausführt und der ausländische Staatsbedienstete nur in dem durch die Sachlage gebotenen Umfang in den Gang der Ermittlungen eingreifen soll.

<sup>158</sup> Immenga/Mestmäcker/Hennig VO 1/2003 Art. 22 Rn. 29.

<sup>159</sup> Immenga/Mestmäcker/Rehbinder GWB § 50 Rn. 12; Langen/Bunte/Schneider GWB § 50 Rn. 20; FK-KartellR/Bracher GWB § 50 Rn. 23.

<sup>160</sup> ECN-Empfehlung zur Amtshilfe bei Durchsuchungsmaßnahmen gemäß Art. 22 Abs. 1 Kartellverfahrens-VO, im Internet unter: [www.ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation\\_art\\_22\\_09122013\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_art_22_09122013_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 22.3.2021).



### b) Aktive Mitwirkung ausländischer Bediensteter und deren Grenzen

- 89 Problematisch bleibt jedoch, wie weit der **Begriff der Mitwirkung** in § 50 Abs. 3 GWB nF auszulegen ist. Das Gesetz spricht von „Mitwirkung“ statt bloßer „Begleitung“.<sup>161</sup> Schon bisher konnte und wurde in der Regel über die bloße **Anwesenheit** hinaus auch ein aktives und unmittelbares Tätigwerden im Beisein der Bediensteten der deutschen Kartellbehörde gestattet.<sup>162</sup> Fraglich ist jedoch, inwieweit nun ein Anspruch darauf besteht.
- 90 **aa) Mitwirkung bei der Vernehmung von Zeugen und des Betroffenen.** Zu denken ist dabei an eine direkte Befragung eines Zeugen oder des Betroffenen im Rahmen einer förmlichen Vernehmung gem. § 46 Abs. 2 OWiG, §§ 48 ff., 133 ff. StPO bzw. § 57 GWB nF. An der grundsätzlichen Zulässigkeit braucht man wohl nicht zu zweifeln.<sup>163</sup> Schließlich wäre es eine bloße Förmerei, wenn der ausländische Bedienstete seine Fragen ausnahmslos durch den inländischen Kollegen stellen lassen müsste.
- 91 Auf die Durchführung einer **unmittelbaren Befragung** dürfte seitens der ersuchenden Wettbewerbsbehörde aber weiterhin – im Gegensatz zur bloßen Anwesenheit und zur Möglichkeit, Fragen über den inländischen Bediensteten stellen zu lassen – **kein Anspruch** bestehen. Auch in Art. 24 Abs. 1 ECN+-Richtlinie ist schließlich nur von aktiver „Unterstützung“ die Rede, nicht von der Duldung eines fremden Hoheitsaktes auf eigenem Territorium. Die ausländischen Bediensteten nehmen eher die Rolle eines Sachverständigen<sup>164</sup> ein und stehen dabei unter Aufsicht der Bediensteten des Bundeskartellamts.<sup>165</sup> Unzulässig wäre damit auch eine umfassende Delegation der Vernehmung,<sup>166</sup> denn die Vornahme der Ermittlungsmaßnahme bleibt ein deutscher Hoheitsakt.
- 92 Die inländischen Beamten müssen in der Lage sein, die unmittelbare Befragung durch den ausländischen Bediensteten **jederzeit zu unterbrechen**, wenn es ihnen angezeigt erscheint. Sie haben während der Befragung durch Bedienstete der ausländischen Wettbewerbsbehörde zu sicherzustellen, dass die inländischen Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte bzw. das Schweigerecht des Betroffenen (§§ 53 ff., 55 StPO bzw. § 136 StPO) gewahrt bleiben, welche innerhalb der EU durchaus unterschiedlich ausgestaltet sind.<sup>167</sup> Ferner muss sichergestellt werden, dass die zugehörigen **Belehrungen** erfolgen, etwa nach § 55 Abs. 2 StPO, wenn erst im Rahmen der Vernehmung der Verdacht einer Tatbeteiligung des Zeugen entsteht. Keinesfalls dürfen vom ausländischen Beamten **verbotene Vernehmungsmethoden** iSd § 136a StPO (ggf. iVm § 69 Abs. 3 StPO) angewandt werden. Denkbar im hiesigen Kontext wäre eine Drohung mit unzulässigen Maßnahmen oder das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils. Idealerweise sollte die Aussage möglichst unbeeinflusst erfolgen, also keine Suggestivfragen gestellt werden. Es gilt der Vorrang des Sachberichts gem. § 69 Abs. 1 S. 1 StPO gegenüber einem Verhör gem. § 69 Abs. 2 S. 1 StPO, um den Beweiswert der Aussagen des Zeugen auch für inländische Verfahren zu erhalten.<sup>168</sup>
- 93 **bb) Mitwirkung bei Durchsuchungen.** Entsprechendes gilt für die Durchsuchung, die Sicherstellung und die Beschlagnahme gem. §§ 58, 59b GWB nF bzw. § 81o GWB nF, § 46 Abs. 2 OWiG, §§ 94 ff., 102 StPO.<sup>169</sup> Zu denken wäre an die **Unterstützung der**

<sup>161</sup> LMRKM/Quellmalz GWB § 50 Rn. 5.

<sup>162</sup> Immenga/Mestmäcker/Rehbinder GWB § 50 Rn. 12; zw. Bechtold/Bosch GWB § 50 Rn. 10.

<sup>163</sup> Vgl. auch BGH 8.11.2006 – 1 StR 421/06, NStZ 2007, 344 zu einer polizeilichen Vernehmung, die aufgrund eines österreichischen Rechtshilfeersuchens unter Beteiligung österreichischer Polizeibeamter durchgeführt wurde.

<sup>164</sup> Immenga/Mestmäcker/Rehbinder GWB § 50 Rn. 12.

<sup>165</sup> Ref-E 2020, S. 108.

<sup>166</sup> Begr. 2012, S. 32; Immenga/Mestmäcker/Rehbinder GWB § 50 Rn. 12; FK-KartellR/Bracher GWB § 50 Rn. 21; Kölner Komm KartellR/Scholz GWB § 50 Rn. 15.

<sup>167</sup> Dazu etwa Schuster ZIS 2016, 564 (567 f.).

<sup>168</sup> Fahmer, Handbuch Internationale Ermittlungen, 2020, § 15 Rn. 216.

<sup>169</sup> Allg. zur internationalen Amtshilfe bei kartellrechtlichen Hausdurchsuchungen Öst. OGH NZKart 2017, 385; Hoffer/Kaplenig NZKart 2017, 475.