

1. Kapitel Überblick

Prof. Dr. Hans Achenbach

Übersicht		Rn	
	Rn		
A. Struktur und Standort des deutschen Wettbewerbsstrafrechts	1	C. Die Erneuerung der Rechtsgrundlagen des deutschen Wettbewerbsrechts	6
I. Unlauterkeits- und Kartellstrafrecht (i.w.S.)	1	I. UWG	7
II. Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht	2	II. GWB	8
III. Standort	3	D. Praktische Bedeutung	9
B. Das Kartellbußgeldrecht der EU als unmittelbar anwendbare europäische Regelung	5	I. Lauterkeitsstrafrecht	10
		II. Kartellstrafrecht- und -ordnungswidrigkeitenrecht	11

Literatur: *Pichler* Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht, 2009; *Schwipps* Wechselwirkungen zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht, 2009.

A. Struktur und Standort des deutschen Wettbewerbsstrafrechts

I. Unlauterkeits- und Kartellstrafrecht (i.w.S.)

Als Wettbewerbsstrafrecht fassen wir, entsprechend der Gliederung des Wettbewerbsrechts, zwei Rechtsgebiete mit unterschiedlicher Zielsetzung und Ausprägung zusammen:¹

1. das *Unlauterkeitsstrafrecht*, d.h. die Rechtsnormen, welche die Ahndung von Verstößen gegen die Lauterkeit des Wettbewerbs zum Ziel haben, sowie
2. das Recht der ahndenden Sanktionen gegen die von der Rechtsordnung nicht zugelassenen Beschränkungen des Wettbewerbs, also das *Kartellstrafrecht* (i.w.S., s. sogleich).

II. Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht

Im Blick auf die Art der möglichen Rechtsfolgen erweist sich der gesamte Komplex als **Strafrecht im weiteren Sinne**. Denn neben genuinen **Straftaten**, also Verhaltensweisen, für welche Strafe als die spezifisch kriminalrechtliche, mit einem staatlichen Unwerturteil über den Täter verbundene Rechtsfolge angedroht wird², finden sich namentlich auf dem Gebiet des Kartellrechts weithin **Ordnungswidrigkeiten** – freilich solche, die mit Geldbußen von erheblicher Höhe bedroht werden, nämlich nach § 81 Abs. 4 S. 1 GWB bis zu 1 Mio. € bzw. gemäß § 81 Abs. 3a-3e. Abs. 4 S. 2-4, Abs. 4a S. 1 GWB bei Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen (3. Teil 6. Kap. Rn. 50 f.) bis zu 10 v.H. des in dem der Behördenentscheidung (also der Zustellung des Bußgeldbescheids) vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Umsatzes der gesamten weltweit operierenden wirtschaftlichen Einheit.

¹ Ebenso *Tiedemann* WiStrR, Rn. 150. Abweichend will *Pichler* S. 187 ff., 422 ff., freilich ohne auf die strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Ahndung einzugehen, eine weitgehende Konvergenz beider Materien annehmen. Trotz Befürwortung einer Identität der Schutzzwecke von Lauterkeits- und Kartellrecht schreibt *Schwipps* S. 99 ff., 228 f., ihnen dagegen unterschiedliche Regelungsbereiche zu.

² Vgl. *BVerfGE* 22, 49, 80.

III. Standort

- 3 Der Standort dieser Rechtsmaterien hat sich im Laufe der Rechtsentwicklung differenziert. Lange Zeit handelte es sich um einen reinen **Gegenstand des Nebenstrafrechts**: Das Unlauterkeitsstrafrecht fand sich traditionell im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), dessen erste Fassung vom 27.5.1896³ bald ersetzt worden war durch das UWG vom 7.6.1909⁴. Die ahndenden Sanktionen gegen die Beschränkungen des Wettbewerbs nach deutschem Recht (s. aber u. Rn. 5) waren und sind geregelt im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), das für die eigentlichen Kartellrechtsverstöße von Anfang an, d.h. seit der ursprünglichen Fassung vom 27.7.1957⁵, allein Bußgeldtatbestände enthielt und heute noch enthält (zunächst in den §§ 38, 39, seit 1.1.1999 in § 81 des Gesetzes⁶).
- 4 Seit den neunziger Jahren des 20. Jhdts. finden sich wettbewerbsstrafrechtliche Tatbestände aber auch im **Kernstrafrecht** des StGB. Zunächst erklärte der BGH in einem Aufsehen erregenden Urteil vom 8.1.1992⁷ den Betrugstatbestand des § 263 StGB für prinzipiell anwendbar auf die Abgabe abgesprochener überhöhter Angebote in Submissionsverfahren und begründete damit trotz heftiger literarischer Kritik eine inzwischen gefestigte ständige Rechtsprechung (u. 3. Teil 5. Kap. Rn. 5 ff.). Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.8.1997⁸ schuf dann im StGB einen ganzen neuen 26. Abschnitt unter der Überschrift „Straftaten gegen den Wettbewerb“ und stellte dort den als § 298 StGB neu geschaffenen Straftatbestand der „wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen“ ein, der schon die bloße Abgabe eines abgesprochenen Angebots mit wettbewerbsbeschränkender Zielsetzung – unabhängig von der Reaktion auf Seiten des Ausschreibungsveranstalters und einem etwaigen Vermögensschaden – unter Strafe stellt (dazu näher u. 3. Teil 5. Kap. Rn. 11 ff.). Auf der anderen Seite wurde § 12 UWG a.F. unter der Bezeichnung „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr“ als § 299 in das StGB übernommen; der Tatbestand blieb indes im Sachgehalt unverändert und wurde lediglich in der Abfolge der Absätze an die §§ 331 ff. StGB angepasst (s. näher u. 3. Teil 2. Kap.). Zu dieser Norm hat der Gesetzgeber in den §§ 300–302 StGB ergänzende Regeln formuliert, die zu einem Teil ebenfalls aus dem UWG übernommen worden sind. Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen hat 2016 in den §§ 299a und 299b StGB die Tatbestände der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen daneben gestellt, für die ebenfalls die Vorschrift des § 300 StGB über besonders schwere Fälle gilt (dazu eingehend u. 3. Teil 4. Kap.).

B. Das Kartellbußgeldrecht der EU als unmittelbar anwendbare europäische Regelung

- 5 Beide Teilgebiete des Wettbewerbsrechts stehen unter starkem Einfluss des **Europarechts**, das wesentliche inhaltliche Maßstäbe für die Ausformung der deutschen Regelungen vorgibt. Im Kartellrecht der EU finden sich jedoch Normen, welche es ermöglichen, für Sachverhalte mit Inlandsberührung unmittelbar europarechtlich geregelte ahndende Sanktionen zu verhängen: das **Kartellbußgeldrecht der Europäischen Union**. Dieses gibt in Fällen, deren Auswirkungen über das Gebiet eines einzelnen Mitgliedstaates der EU hinausreichen, eine europarechtliche

3 RGL., 145.

4 RGL., 499.

5 BGBl. I, 1081.

6 Zur Entwicklung im Einzelnen ausführlich *Achenbach* in: FK-KartR, § 81 GWB Rn. 208 ff.

7 *BGHSt* 38, 186; vollständige Fassung in: *wistra* 1992, 98.

8 BGBl. I, 2038.

Grundlage für die Festsetzung von Geldbußen zur Sanktionierung bestimmter Verstöße. Dabei ist wiederum zu unterscheiden:

- Die Sanktionen für Verstöße gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen u.Ä. (Art. 101 AEUV = ex-Art. 81 EGV) und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV = ex-Art. 82 EGV)⁹ sowie darauf bezogener Verfahrensverstöße finden sich seit 1.5.2004 in der auf ex-Art. 83 EGV = Art. 103 AEUV beruhenden **KartellverfahrensVO** (EG) Nr. 1/2003 des Rates¹⁰. Diese Verordnung hat einen grundlegenden Wechsel im Prüfungsansatz mit sich gebracht, nämlich einen Übergang von dem bisherigen zentralen Anmeldesystem zu einem Legalausnahmesystem¹¹ (s. dazu näher u. 3. Teil 7. Kap. Rn. 13).
- Die Sanktionen für Verstöße gegen das Verbot von Unternehmenszusammenschlüssen, die mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar sind, und darauf bezogener Verfahrensverstöße finden sich seit dem 1.5.2004 in der **EG-FusionskontrollVO** Nr. 139/2004 des Rates¹².

Zwar betonen diese Regelungen jeweils ausdrücklich, die Entscheidungen über die Festsetzung von Geldbußen hätten „keinen strafrechtlichen Charakter“ (Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003) bzw. sie seien „nicht strafrechtlicher Art“ (Art. 14 Abs. 4 VO 139/2004). Jedoch spiegelt dieser Vorbehalt nur die nach vorherrschender und zutreffender Auffassung fehlende Rechtssetzungskompetenz der EU für das Strafrecht im engeren Sinne¹³ und hindert es nicht, das EU-Kartellbußgeldrecht doch in den wissenschaftlich-systematischen Zusammenhang des Wettbewerbsstrafrechts i. w. S. einzubeziehen. S. dazu u. 3. Teil 7. Kap.

C. Die Erneuerung der Rechtsgrundlagen des deutschen Wettbewerbsrechts

In der letzten Zeit ist das deutsche Wettbewerbsrecht **grundlegend erneuert** worden, und zwar sowohl das Lauterkeits- als auch das Kartellrecht. 6

I. UWG

Das Recht des unlauteren Wettbewerbs findet seither seine Grundlage in dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (**UWG**) vom 3.7.2004¹⁴. Es hat nicht nur die zivilrechtlichen Regelungen durchgreifend neu gefasst, sondern auch Veränderungen bei den Strafvorschriften gebracht. Der frühere Tatbestand der geschäftlichen Verleumdung (§ 15 UWG a.F.) wurde gestrichen, weil der Gesetzgeber ihm neben der Modalität der Kreditverleumdung in § 187 StGB keine Bedeutung zumaß.¹⁵ Im Übrigen wurden die Tatbestände der §§ 4 und 6c UWG a.F. als § 16 Abs. 1 und 2 n.F. in das neue, sämtliche Strafvorschriften geschlossen umfassende Kap. 4 des UWG eingestellt. Die §§ 17 und 18 UWG sind im Wesentlichen unverändert geblieben. Die früher in §§ 20 und 22 a.F. enthaltenen Regelungen über Auslandsstraftaten und die Notwendigkeit eines Straf-antrages wurden in die jeweiligen Tatbestände integriert. S. zum Ganzen u. 3. Teil 4. Kap. 7

9 Zu dem Übergang vom EGV zum AEUV s.u. 3. Teil 7. Kap. Rn. 1 a.E.

10 ABl. L 1/1 v. 4.1.2003.

11 So der Erwägungsgrund 4 der VO 1/2003.

12 ABl. L 24/1 v. 29.1.2004.

13 S. dazu nur *Hecker* Europäisches Strafrecht, § 4 Rn. 72 ff. m. umfassenden Nachw.

14 BGBl. I, 1414; das Gesetz gilt jetzt i.d.F. der Neubekanntmachung vom 3.3.2010 (BGBl. I, 254), die aber die Strafvorschriften unberührt gelassen hat.

15 So der RegE des UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 15.

II. GWB

- 8 Das GWB hat seit 1957 bis 2017 bereits neun Novellen erlebt und gilt heute i.d.F. der 9. GWB-Novelle vom 1.6.2017¹⁶. Die 7. **GWb-Novelle** von 2005¹⁷ hatte ganz im Zeichen der Europäisierung des deutschen Kartellrechts gestanden. Diese äußert sich nicht nur darin, dass auch das GWB beim Kartellverbot voll, d.h. auch für Sachverhalte ohne Bedeutung für den zwischenstaatlichen Handel der EU, auf das System der Legalausnahme übergewechselt ist (s. dazu näher u. 3. Teil 6. Kap. Rn. 9, 13, 3. Teil 7. Kap. Rn. 13). Im Kartellordnungswidrigkeitenrecht finden sich vielmehr seither auch Tatbestände, welche die Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV (früher Art. 81 EGV) und das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV (früher Art. 82 EGV) mit Geldbuße nach deutschem Ordnungswidrigkeitenrecht bedrohen (§ 81 Abs. 1 GWB). Die 8. **GWb-Novelle** von 2013¹⁸ hatte weitere Änderungen im materiellen Kartellrecht gebracht, von denen hier nur die völlige Neugestaltung der Vorschriften über die Marktbeherrschung in den §§ 18–20 GWB zu erwähnen ist. Im Ordnungswidrigkeitenrecht war sie gekennzeichnet durch die Einführung einer gesetzlichen Regelung für die Festsetzung von Verbandsgeldbußen im Falle der Gesamtrechtsnachfolge in § 30 Abs. 2a OWiG. Im Zentrum der kartellordnungswidrigkeitlichen Neuerungen durch die 9. **GWb-Novelle** von 2017 steht die Ausdehnung der Schuldnerstellung für Kartellgeldbußen von der juristischen Person oder Personenvereinigung, aus der heraus der Kartellverstoß begangen wurde, auf die lenkende(n) Gesellschaft(en), also vor allem die Muttergesellschaft im Konzern, und auf ihre rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachfolger (§ 81 Abs. 3a bis 3e GWB). Eingehend zum deutschen Kartell-Ordnungswidrigkeitenrecht u. 3. Teil 6. Kap.

D. Praktische Bedeutung

- 9 Die **Bedeutung** ahndender Sanktionen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrecht ist **unterschiedlich**:

I. Lauterkeitsstrafrecht

- 10 Der RegE zu der Neufassung des UWG von 2004 formulierte zutreffend: „Die Strafbestimmungen im UWG stellen eine Ausnahme von der grundsätzlich deliktsrechtlichen Ausgestaltung des **Lauterkeitsrechts** dar. Die zivilrechtliche Verfolgung von Wettbewerbsverstößen hat sich in der Praxis als ausreichend effektiv bewährt¹⁹. Der Schwerpunkt liegt hier auf den zivilrechtlichen Reaktionsformen, insbesondere dem Unterlassungsanspruch, der in einem vereinfachten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes effektiv durchgesetzt werden kann (§ 12 Abs. 2 UWG).

II. Kartellstrafrecht- und -ordnungswidrigkeitenrecht

- 11 Auch bezogen auf das **Kartellrecht** steht die Strafe oder Geldbuße als Reaktionsmittel in Konkurrenz zu zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen (insb. §§ 32–34 GWB). Dennoch scheint den ahndenden Sanktionen eine größere praktische Bedeutung zuzukommen als im Lauterkeitsrecht. Nach § 298 StGB (o. Rn. 4) wurden allerdings 2017 nur 17 Personen verur-

16 Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I, 1416.

17 Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7.7.2005, BGBl. I, 1954 (zu dessen Entstehungsgeschichte s. nur *Achenbach* wistra 2006, 2, 3 m.w.N.).

18 Achstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.6.2013, BGBl. I, 1738.

19 BT-Drucks. 15/1487, S. 26 li. zu § 16 E-UWG.

teilt.²⁰ Jedoch geben die Berichte des *Bundeskartellamts* immer wieder Kunde von Geldbußen gemäß § 81 GWB, vornehmlich gegen die Rechtsträger von Unternehmen, in ganz erheblicher Höhe. Sie betragen etwa im Jahr 2003 717 Mio. €, im Jahr 2007 434,8 Mio. € und 2014 sogar 1,117 Mrd. €; seither ist die Gesamtsumme aber wieder rückläufig²¹. Die *Europäische Kommission* verhängt sogar noch höhere Geldbußen. Die offizielle Statistik der Wettbewerbsdirektion der Kommission weist etwa folgende Gesamtsummen aus: für für 2014 1,684 768 Mrd., für 2016 3,796 976 Mrd. und für 2017 1,045 656 Mrd. €. Die zehn höchsten Einzelgeldbußen betragen zwischen 462 Mio. und 1.008 766 Mrd. €²² Für 2018 ist auf die von der Kommission verhängte Geldbuße gegen Google in Höhe von 4,34 Mrd. Euro hinzuweisen.²³

20 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3: Rechtspflege, Strafverfolgung 2017, S. 41 (www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege).

21 Tätigkeitsbericht des BKartA für 2015/2016, BT-Drucks. 18/12760, S. 31 (auch über www.bundeskartellamt.de).

22 <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics>.

23 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 18.7.2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_de.htm.