

§ 11 Änderungshistorie und kartellrechtliche Verbandsgeldbuße

Zum Abschluss des strafrechtlichen Teils dieser Untersuchung ist das eben gefundene Ergebnis noch gegen zwei naheliegende Einwände abzusichern: Einmal stellt sich heute – ein halbes Jahrhundert nach Schaffung des § 26 OWiG⁶⁸ – die berechtigte Frage (A.), ob der ursprüngliche (entstehungszeitliche) Wille des Gesetzgebers heute (geltungszeitlich) noch uneingeschränkt maßgebend ist. Zum anderen scheint sich (B.) die These einer nur restitutiven Verbandsgeldbuße nicht mit der in § 81 Abs. 4 GWB normierten Kartellgeldbuße vertragen, die nach Absatz 5 Satz 2 „allein der Ahndung“ dienen kann.

A. Änderungshistorie

Selbstverständlich ist das nunmehr halbe Jahrhundert ihres Bestehens an der Verbandsgeldbuße des § 26 OWiG⁶⁸ nicht spurlos vorübergegangen. Im Gegenteil: Zwischen dem heutigen § 30 OWiG¹ und der ursprünglichen Verbandsgeldbuße stehen nicht weniger als acht² Änderungsgesetze. Damit stellt sich die Frage, ob der ursprüngliche Zweck und der ursprüngliche Mechanismus des Institutes, wie sie in den vorstehenden Kapiteln herausgearbeitet wurden, auch heute noch maßgebend sind.

Die folgende Synopse wird zeigen, dass sich die zahlreichen Änderungen allein mit der Ausgestaltung und vor allem der Reichweite des Institutes befasst haben. Der – stets wie hinter einem Schleier versteckte – historische Normzweck einer reaktiv-retrospektiven Maßnahme zur umfassenden Abschöpfung rechtswidriger Verbandsgewinne ist nie angerührt worden.

1 Das ist § 30 OWiG i. d. F. des Art. 5 Nr. 5 lit. a) des VermAbsch-RefG, BGBl. I 2017²², S. 872 (889).

2 Dabei ist das Gesetz zur Einführung des Euro u. a. in Gesetzen des Ordnungswidrigkeitenrechts v. 13. 12. 2001, BGBl. I⁶⁸ S. 3574 ff. mitgezählt, das aber keine eigene Überschrift erhalten hat – siehe V. (S. 416).

I. Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch³

Im Jahre 1974 wurde durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch u. a. der Erste Teil des Ordnungswidrigkeitengesetzes neu geordnet.⁴ Infolge dieser Umgestaltung wurde § 26 OWiG₆₈ – ohne sachliche Änderungen – an den heutigen Standort versetzt.⁵ Der auf andere Vorschriften des OWiG verweisende Absatz 3 musste ebenfalls an die neue Paragraphenzählung angepasst werden⁶ und erhielt dadurch seine bis heute geltende Fassung.

Schließlich wurde der Regelung ein Abs. 5 angefügt,⁷ um das Verhältnis zwischen Verbandsgeldbuße und den in das StGB aufgenommenen Verfalls-vorschriften⁸ zu regeln. Diese schon im EOWiG angekündigte⁹ Kollisionsregel sollte die nunmehr bestehende Gefahr einer doppelten Gewinnabschöpfung ausschließen.¹⁰ Auf Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße hatten diese Änderungen ersichtlich keine Auswirkungen.

II. Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität¹¹

Nach zwei Jahrzehnten mit der Verbandsgeldbuße hatten sich der Praxis zahlreiche Lücken offenbart. Mit den im Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität beschlossenen Änderungen an und im Zusammenhang mit § 30 OWiG₇₄ sollten diese Lücken geschlossen werden.¹² Bedeut-

3 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch v. 2. 3. 1974 (EGStGB), BGBl. I²² S. 469 ff.

4 Siehe Art. 29 des EGStGB, BGBl. I 1974²² S. 469 (535 ff.).

5 Art. 29 Nr. 17 des EGStGB, BGBl. I 1974²² S. 469 (537).

6 Art. 29 Nr. 17 lit. a) des EGStGB, BGBl. I 1974²² S. 469 (537).

7 Art. 29 Nr. 17 lit. b) des EGStGB, BGBl. I 1974²² S. 469 (537).

8 Die §§ 73 ff. StGB a. F. wurden durch Art. 1 Nr. 1 des 2. StrRG, BGBl. I 1969⁵⁶ S. 717 (734 f.) eingefügt. Das Inkrafttreten der Vorschriften war nach Art. 7 (S. 742) ursprünglich für den 1. Oktober 1973 vorgesehen. Wegen auftretender Verzögerungen wurde es jedoch durch § 1 des Gesetzes über das Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts v. 30. 7. 1973, BGBl. I⁶³ S. 909 (909) auf den 1. Januar 1975 verlegt. Siehe dazu *Joecks/Erb*, in: *MünchKomm-StGB*⁴ Einl. Rn. 89 f.

9 Siehe BT-Drs. V/1269, S. 62 (li. Sp.).

10 So die Begründung im RegE zum EGStGB, siehe BT-Drs. 7/550, S. 344. Weil „sich die Anordnung des Verfalls nach § 73 Abs. 3 StGB i. d. F. des 2. StrRG auch gegen einen anderen“ als den Täter richten könne, „wäre die juristische Person ohne eine besondere Regelung einer doppelten Sanktion ausgesetzt.“

11 Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 15. 5. 1986 (2. WiKG), BGBl. I 1986²¹ S. 721 ff. Für einen Überblick über den Regelungsgehalt des 2. WiKG im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts siehe *Schroth*, *wistra* 1986⁴ S. 158 ff.

sam sind insoweit die punktuelle Umgestaltung der Verbandsgeldbuße, die Einführung des Verfalls im Ordnungswidrigkeitenrecht sowie das Verhältnis dieser beiden Institute zueinander.

1. Änderungen an § 30 OWiG

An der damaligen Verbandsgeldbuße wurden vor allem drei Mängel be- anstandet:¹³ Zum einen habe die Ausgestaltung der Verbandsgeldbuße als Nebenfolge „in der Praxis zu Schwierigkeiten“ geführt, obwohl „diese rechtliche Konstruktion verfassungsrechtlich und dogmatisch nicht notwendig sei“. Ferner sei die „Sanktion von der Feststellung einer rechtswidrigen und schuldhafoten Tat eines bestimmten Organs“ abhängig, wobei aber „diese Aufklärung wegen der oft schwer durchschaubaren Arbeitsaufteilung im Verantwortungsbereich der juristischen Personen“ erhebliche Schwierigkeiten bereite. Schließlich sei der Kreis der tauglichen Täter zu eng gefasst, weil „die Tat einer anderen Person als eines Organs, z. B. eines Prokuren, keine hinreichende Grundlage für die Festsetzung der Sanktion“ böte.

a) Lockerung der Nebenfolgenkonstruktion

Von den insoweit vorgeschlagenen Änderungen hat sich in Rechtsausschuss¹⁴ und Plenum¹⁵ letztlich nur die Lockerung der Nebenfolgenkonstruktion durchsetzen können. Die Konsequenzen dieser Änderung sind jedoch erheblich überschätzt worden. Tatsächlich hat sich an Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße dadurch nichts geändert.

12 Engelhard, in: BT-PlenProt. 201/10, S. 15444 (B) hatte zum 2. WiKG im Allgemeinen gesagt, es gehe „nicht darum, geltendes Recht im ganzen durch neues Recht zu ersetzen, sondern [...] darum, Lücken zu schließen.“

13 Die wörtlichen Zitate dieses Absatzes sind BT-Drs. 10/318, S. 38 (re. Sp.) entnommen.

14 Siehe BT-Drs. 10/5058, S. 36 (re. Sp. f.).

15 Art. 2 d. 2. WiKG, der die Änderungen des OWiG enthielt wurde – ohne dass über die Verbandsgeldbuße noch einmal diskutiert worden wäre – i. d. F. der Beschlussempfehlung des RechtsA (BT-Drs. 10/5058) in zweiter Lesung „[g]egen einige wenige Stimmen“, das 2. WiKG als solches in dritter Lesung „mit großer Mehrheit“ angenommen, siehe BT-PlenProt. 201/10, S. 15444 (D).

aa) Vermeidung der Bezeichnung Nebenfolge

Das damals geltende Recht¹⁶ ließ die selbständige Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person nur zu, wenn wegen der Organtat „aus tatsächlichen Gründen keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden“ konnte oder wenn „von einer Strafe abgesehen oder das Verfahren nach einer Ermessenvorschrift eingestellt“ wurde.¹⁷ In der Praxis gab es jedoch Fälle, in denen das Verfahren „von vornherein gegen die juristische Person [...] ausgerichtet und von der Verfolgung des handelnden Organs abgesehen“ wurde.¹⁸ Unter Geltung des § 30 Abs. 4 OWiG₇₄ hatte sich die Praxis damit beholfen, dass sie ein Verfahren gegen den Einzeltäter einleitete, nur um dieses möglichst kurzfristig wieder einzustellen und – wie von vornherein geplant – gegen den Verband vorgehen zu können.¹⁹

Der neu gefasste Abs. 4 ließ es für die sog. isolierte Verbandsgeldbuße nunmehr genügen, dass „ein Straf- oder Bußgeldverfahren nicht eingeleitet“ wurde²⁰ und erließ den Verfolgungsbehörden damit das vorgeschaltete (Schein-)Verfahren gegen den Einzeltäter. Wegen der damit verbundenen Ausweitung der Fälle, in denen die Verbandsgeldbuße ohne Hauptsanktion gegen den Einzeltäter verhängt werden konnte, wollte der Entwurf die Bezeichnung der Verbandsgeldbuße als Nebenfolge vermeiden. Deshalb wurden die Worte „als Nebenfolge der Straftat oder Ordnungswidrigkeit“ in Abs. 1 gestrichen.²¹ Die „Zulässigkeit der Verbandssanktion als Nebenfolge der Zu widerhandlung“ blieb aber auch auf Grundlage der neuen Regelung erhalten.²² Weiter sah der neue § 30 Abs. 4 Satz 2 OWiG₈₆ vor, dass die isolierte Verbandsgeldbuße ausgeschlossen sein sollte, wenn die Anknüpfungstat aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden konnte. Eine „noch weitere

16 Siehe § 26 Abs. 4 des OWiG₆₈, BGBI. I 1968³³ S. 481 (487 f.), der durch Art. 29 Nr. 17 des EGStGB, BGBI. I 1974²² S. 469 (537) insoweit ohne inhaltliche Änderung zu § 30 Abs. 4 wurde.

17 So die Zusammenfassung in BT-Drs. 10/318, S. 41 (li. Sp.).

18 BT-Drs. 10/5058, S. 36 (re. Sp.f.).

19 So *Schroth*, *wistra* 1986⁴ S. 158 (163), der als Bsp. u. a. auf BayObLG, Beschl. v. 25. 2. 1972 – RReg. 8 St 517/71 OWi – NJW 1972³⁹ S. 1771 ff. u. OLG Hamm, Beschl. v. 27. 2. 1979 – 1 Ss OWi 1/79 – NJW 1979²⁵ S. 1312 ff. verweist.

20 Art. 2 Nr. 4 lit. d) des 2. WiKG, BGBI. I 1986²¹ S. 721 (724).

21 Art. 2 Nr. 4 lit. b) des 2. WiKG, BGBI. I 1986²¹ S. 721 (724). Der Gesetzgeber versäumte es, auch den Wortlaut des § 33 OWiG u. die Überschrift des Achten Abschnitts im Zweiten Teil an die Aufgabe der Nebenfolgenlösung anzupassen. Diese Redaktionsversehen wurden später beseitigt, siehe III. (S. 414) u. V. (S. 417).

22 So ausdr. BT-Drs. 10/318, S. 41 (re. Sp.).

Lockerung oder Lösung der Verbandssanktion als Nebenfolge der Zuwiderhandlung“ schien dem Entwurf jedoch „wegen des inneren Zusammenhangs zwischen der Zuwiderhandlung und der Verbandssanktion“ unmöglich.²³

bb) Vermeintliche Konsequenzen

Aus dieser Lockerung²⁴ der Nebenfolgenlösung sind erheblich zu weitreichende Konsequenzen gezogen worden. Zwar ist es richtig, dass der Gesetzgeber des OWiG⁶⁸ meinte, etwaige – in der Sache nicht anerkannte, aber auch nicht überzeugend widerlegte – dogmatische Bedenken würden „im übrigen ganz beseitigt, wenn die Geldbuße gegenüber der juristischen Person nur als Nebenfolge der Tat des Organs verstanden“ werde.²⁵ Daraus lässt sich in der Tat auch ableiten, dass der Gesetzgeber mit der Streichung der Worte „als Nebenfolge“ das „dogmatische Vakuum“ freigelegt hatte,²⁶ das er zuvor mit dieser etwas plumpen Nebelkerze²⁷ nur notdürftig hatte verschleiern wollen.

Die Rechtswissenschaft sah sich in Ermangelung von Alternativen dazu gezwungen, das dogmatische Vakuum durch eine Umdeutung des § 30 OWiG in eine – wie auch immer geartete – Zurechnungsnorm zu schließen. Mit dieser möglicherweise etwas voreiligen Entscheidung ist der Weg für die Diskussion um die Verbandsgeldbuße bis heute zementiert worden. Der Ausgangspunkt für diese Umdeutung war die selten²⁸ hinterfragte These, dass

23 BT-Drs. 10/318, S. 41 (re. Sp.).

24 Die Entwurfsbegründung spricht in BT-Drs. 10/318, S. 41 (li. Sp.) ausdr. davon, dass die „Ausgestaltung als ‚Nebenfolge‘ [...] gegenüber dem geltenden Recht gelockert“ werde. Eine „noch weitere Lockerung oder Lösung der Verbandssanktion als Nebenfolge der Zuwiderhandlung“ sei dagegen „nicht möglich“, S. 41 (re. Sp.). Das hat in der Folge jedoch niemanden daran gehindert, von der Aufgabe der Nebenfolgelösung zu sprechen. Siehe statt vieler nur *Meyberg*, in: BeckOK-OWiG²⁸ § 30 Rn. 17.1 u. *Schroth*, *wistra* 1986⁴, S. 158 (163).

25 So heißt es in der Begründung zum EOWiG in: BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.).

26 Das „dogmatische Vakuum“ geht auf *Schroth*, *wistra* 1986⁴, S. 158 (163) zurück u. ist in der Folge etwa von *Tiedemann*, *NJW* 1988,¹⁹ S. 1169 (1171) übernommen worden.

27 Weshalb die Ausgestaltung als Nebenfolge die dogmatischen Bedenken sollte beseitigen können, ging weder aus der Entwurfsbegründung noch aus den Sitzungen des RechtsA oder des SondA-StrafR V hervor. Dass es solcher Verrenkungen gar nicht bedurfte hätte, ist oben dargestellt worden, § 10 C. IV. (S. 359).

28 Siehe aber *Kleszczewski*, in: FS Seebode (2008), S. 179 ff. u. in: OWiR², Rn. 644 ff., der in der Verbandsgeldbuße eine „Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag“ sieht u. damit einen völlig anderen Weg eingeschlagen hat. Zur Kritik siehe *Meyberg*, in: BeckOK-OWiG²⁸ § 30 Rn. 17.2 u. *Rogall*, in: KarlsruKomm-OWiG⁵, § 30 Rn. 18.

die Verbandssanktion – von dem Begriff der Verbandsgeldbuße geblendet und ohne Rücksicht auf ihre Entstehungsgeschichte – ein mit der Individualgeldbuße mehr oder weniger funktionsidentisches Sanktionsinstrument sei.²⁹ Wenn aber die Verbandsgeldbuße eine „echte (normale) Hauptfolge einer Ordnungswidrigkeit“,³⁰ sprich: „eine Geldbuße im Sinne von § 17 OWiG“ ist,³¹ so meinte man, dass ihre Festsetzung von Verfassungs wegen Schuld voraussetzen müsse.³² Weil aber die „juristische Person [...] als solche nicht handlungsfähig“ sei, könne bei ihrer strafrechtlichen Inanspruchnahme nach dem BVerfG³³ „nur die Schuld der für sie verantwortlich handelnden Personen maßgebend sein.“ Das dogmatische Vakuum, mit dem tatsächlich schon die Impulsgeber des § 26 OWiG₆₈ gerungen hatten,³⁴ schien danach in dem Fehlen einer rechtlichen Zurechnungsnorm zu bestehen, die Tat und Schuld des Organwalters auf die juristische Person überleiten konnte.³⁵ Nach Streichung der Bezeichnung als Nebenfolge sah man kein Hindernis mehr, die so dringend benötigte Zurechnungsnorm in § 30 OWiG zu erblicken.³⁶ Das führte unmittelbar zu der bis heute gehörig verminten Großbaustelle der Verbandsgeldbuße, ob die juristische Person kraft Zurechnung für fremde

29 Besonders deutlich *Schmitt*, in: FS Lange (1976), S. 877 (878): „Auch die Verbandsgeldbuße ist natürlich eine Geldbuße im Sinne von § 17 OWiG.“ Ähnlich *Tiedemann*, NJW 1988,¹⁹ S. 1169 (1171): Eine erneuerte Deutung des § 30 OWiG habe „davon auszugehen, daß die Geldbuße gegen den Verband echte (normale) Hauptfolge einer Ordnungswidrigkeit ist und daher rechtlich nicht mehr auf derselben annexhaften Ebene wie Einziehung und Verfall eingeordnet werden“ könne.

30 *Tiedemann*, NJW 1988,¹⁹ S. 1169 (1171).

31 *Schmitt*, in: FS Lange (1976), S. 877 (878).

32 Dass eine – wie auch immer geartete – Sanktion gegen eine juristische tatsächlich nicht am Schuldprinzip gemessen werden muss, ist oben auf § 10 C. IV. 1. (S. 360) herausgearbeitet worden.

33 Beschl. v. 25. 10. 1966 – 2 BvR 506/63 („*nulla poena sine culpa*“) – BVerfGE 20, 323 ff. (336).

34 Ausf. zu diesen Vorarbeiten u. deren Umsetzung in § 26 OWiG₆₈ bereits oben §§ 9 u. 10.

35 *Tiedemann*, NJW 1988,¹⁹ S. 1169 (1172) m. w. N. (Fn. 17) zu Gegnern der Verbandsgeldbuße, die sich mit einer solchen Zurechnungsnorm einverstanden erklärten. Überzeugend gegen eine Schuldzurechnung aber bereits *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 400 (re. Sp.): „Der Gedanke des Schuldstrafrechts stehe geradezu in einem diametralen Gegensatz zu dem Gedanken, daß [...] eine Person [...] für etwas einstehen müsse, was sie selbst nicht getan habe, sondern was andere Personen für sie, wenn auch in ihrem Namen, getan hätten.“

36 So die Argumentation bei *Tiedemann*, NJW 1988,¹⁹ S. 1169 (1171 f.).

Delinquenz des Organwalters hafte oder ob die Schuld des Organwalters kraft Zurechnung eine Eigendelinquenz der juristischen Person begründe.³⁷

Dass der Gesetzgeber mit der Vermeidung der Bezeichnung Nebenfolge die dogmatischen Grundlagen der Verbandsgeldbuße radikal hatte umgestalten wollen, darf jedoch ernstlich bezweifelt werden.³⁸ Zum einen konnte sich *Sobota* noch in seiner knapp fünfzig Jahre nach Verabschiedung des § 26 OWiG₆₈ erschienenen Monographie zur „Nebenfolge im System strafrechtlicher Sanktionen“ auf fünfzig Seiten die berechtigte Frage stellen, was eine Nebenfolge eigentlich sei.³⁹ Der Begriff der Nebenfolge hatte deshalb zu keiner Zeit einen so exakt umrissenen Inhalt, dass sich auf seine bloße Vermeidung so weitreichende Konsequenzen hätten stützen lassen.

Außerdem ist die Möglichkeit der isolierten Verbandsgeldbuße durch das 2. WiKG nicht erfunden, sondern lediglich ausgeweitet worden.⁴⁰ Die aus dieser Weiterung geborene Vermeidung des Begriffs der Nebenfolge hatte folglich keine so wesentliche Zäsur-Wirkung, dass sie zu einem plötzlichen Umdenken gezwungen hätte. Vielmehr hätte, wer vor dem 2. WiKG die manchmal Hauptfolge-lose Nebenfolge hatte akzeptieren können, sie – unabhängig von ihrer Bezeichnung – auch in den nunmehr zusätzlichen Fällen als solche akzeptieren müssen. Wer dies nicht tat, hätte sie schon zuvor mit gleichem Eifer bekämpfen müssen.

Schließlich war mit dem neu geschaffenen Institut des Verfalls ein weiteres Instrument geschaffen, das auch „Nebenfolge einer Ordnungswidrigkeit“ sein konnte,⁴¹ ohne stets eine Hauptfolge vorauszusetzen. Im Grundfall des § 29a Abs. 1 OWiG₈₆ darf der Verfall nur beim Fehlen einer Hauptfolge, in den übrigen Fällen kann er nach Absatz 4 auch selbständig, sprich: ohne Hauptfolge angeordnet werden.⁴² Ein dogmatisches Vakuum dieser Hauptfolge-losen

37 Siehe *Rogall*, in: KarlsrKomm-OWiG⁵, § 30 Rn. 2 ff. m. zahlr. Nw. zu den vertretenen Auffassungen.

38 Der RechtsA hielt die Modifikationen der Verbandsgeldbuße offenbar für so wenig bedeutend, dass sie es in der Beschlussempfehlung u. dem Bericht zum 2. WiKG nicht einmal in die Aufzählung der „wesentliche[n] Verbesserungen und Änderungen“ des Entwurfes geschafft haben, BT-Drs. 10/5058, S. 25 (li. Sp.).

39 Siehe *Sobota*, 1. Teil D. (S. 110–160).

40 Siehe *Schmitt*, in: FS Lange (1976), S. 877 (884): Die Nebenfolgekonstruktion sei „nicht nur unnötig, sondern vom geltenden Recht auch nicht konsequent durchgeführt.“

41 BT-Drs. 10/318, S. 42 (re. Sp.).

42 Siehe § 29a OWiG i. d. F. des Art. 2 Nr. 3 des 2. WiKG, BGBl. I 1986²¹ S. 721 (724). Abs. 1: „Hat der Täter [...] einen Vermögensvorteil erlangt und wird gegen ihn wegen der Handlung eine Geldbuße nicht festgesetzt, so kann gegen ihn der Verfall

Nebenfolgekonstruktion dieses historisch eng mit der Verbandsgeldbuße verwandten Instrumentes⁴³ schien niemand durch eine Umdeutung des § 29a OWiG₆₀ in eine Zurechnungsnorm retten zu wollen.

cc) Tatsächliche Konsequenzen

Wird in der Verbandsgeldbuße des OWiG, wie es auch der historische Gesetzgeber tat,⁴⁴ keine Geldbuße i. S. d. § 17 OWiG gesehen, so hat die Streichung der Bezeichnung als Nebenfolge auf deren Zweck und Mechanismus keinerlei Auswirkung. Der historische Gesetzgeber hat in der Verbandsgeldbuße nicht Übelzufügung mit Gewinnabschöpfung verknüpft. Er hat vielmehr ein Instrument geschaffen, das ausschließlich der umfassenden Abschöpfung unmittelbarer wie mittelbarer Verbandsgewinne diente. Wo aus der Anknüpfungstat rechtswidrige Verbandsgewinne entstanden waren, sollten diese abgeschöpft werden können. Die Sanktion des Organwalters sollte nicht aus den Taterträgen bezahlt werden können, damit dieser sie tatsächlich als schmerhaftes Übel verspüre. Der Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion, der das allein auf die individuelle Verantwortlichkeit gestützte anthropo-zentrische Strafrecht vor unlösbare Aufgaben stellte, sollte mit der Verbandssanktion beseitigt werden.

Die so verstandene Verbands-„Geldbuße“ ist keine trans-restitutive Sanktion und – auch entgegen der Ansicht des historischen Gesetzgebers – von einer zugerechneten Schuld nicht abhängig. Vielmehr ist sie ein rein restitutives Instrument, das dem Verband – und (sehr) mittelbar den in ihm verbundenen Einzelpersonen – entzieht, was aus einer rechtswidrigen Tat erlangt worden ist und worauf deshalb niemand einen Anspruch hat. Das vermeintliche dogmatische Vakuum, das nur durch eine Umdeutung des § 30 OWiG in eine Zurechnungsnorm geschlossen werden kann, besteht und bestand in dieser Form tatsächlich gar nicht.⁴⁵

[...] angeordnet werden“. Herv. nur hier. — Abs. 4: „Wird gegen den Täter ein Bußgeldverfahren nicht eingeleitet oder wird es eingestellt, so kann der Verfall selbständig angeordnet werden.“

43 Zur historischen Entwicklung der Verbandsgeldbuße, die im E₆₂ ursprünglich als Ergänzung zum neuen Institut des Verfalls konzipiert worden war, bereits oben § 9 B. III. 2. (S. 300).

44 Ausf. zur Konzeption des ursprünglichen § 26 OWiG₆₈ bereits oben § 10 D. (S. 379).

45 Der Nachweis, dass das rechtspolitisch Wünschenswerte u. das dogmatisch Machbare ohne Weiteres miteinander vereinbar waren, ist oben auf § 10 C. IV. (S. 359) erfolgt.

Für die eigentliche Bedeutung der gelockerten Nebenfolgelösung ist vielmehr zu beachten, dass die vertretungs- und verbandsbezogene Individualtat einerseits und die Möglichkeit der Verbandssanktion andererseits schon im Wortlaut des § 30 Abs. 1 OWiG⁷⁴ eng miteinander verknüpft waren.⁴⁶ Nur wenn ein tauglicher Täter eine ihm gegenüber (theoretisch) ahndbare Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat⁴⁷ konnte auch gegen die juristische Person eine Geldbuße festgesetzt werden. Denn nur dann war die Gefahr der Tatertrag-finanzierten Sanktionsübernahme durch den Verband begründet. Das zwingende Nebeneinander von (theoretisch) möglicher Individualsanktion und Verbandsgeldbuße war in der Normstruktur eindeutig angelegt und von der Bezeichnung der Verbandssanktion als Nebenfolge zu keinem Zeitpunkt abhängig.⁴⁸ Mit der bloßen Streichung dieser Worte ist es auch in § 30 Abs. 1 OWiG₈₆ nicht beseitigt worden. Eine radikale Umgestaltung der Verbandsgeldbuße ging mit dieser Änderung nicht einher.

Ann. 11.1: Die im 2. WiKG erheblich ausgeweitete Möglichkeit der isolierten Verbandsgeldbuße steht der hier entwickelten Konzeption im Übrigen nicht entgegen. Zwar fehlt es in diesen Fällen per definitionem an einer Individualsanktion. Ohne eine solche Sanktion droht in der Tat nicht die Gefahr, dass diese aus den Verbandsgewinnen bezahlt und dadurch wirkungslos gemacht werde. Einer Abschöpfung der mittelbaren und unmittelbaren Verbandsgewinne bedürfte es zu diesem Zweck nicht.

Allerdings muss die Verbandsgeldbuße, um ihre die angedrohte Individualsanktion unterstützende Wirkung zu entfalten, ihrerseits vor Tatbegehung angedroht werden. Zu diesem Zeitpunkt steht noch nicht fest, ob der spätere Täter tatsächlich mit einer Sanktion belegt werden wird. Würde nun im Falle der Nichtverfolgbarkeit eines Einzeltäters von der Verbandssanktion abgesehen, so würden dem Verband jedenfalls die mittelbaren Gewinne aus eben dieser Tat verbleiben. Gerade besonders trickreich verübte Anknüpfungstaten blieben für den Verband deshalb ein lohnendes Geschäft, wodurch gerade hier der Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion

46 Eben „wegen dieses inneren Zusammenhangs zwischen der Zuwiderhandlung u. der Verbandssanktion“ hielt auch die Entwurfsbegründung zum 2. WiKG – BT-Drs. 10/318, S. 41 (re. Sp.) – „eine noch weitere Lockerung oder Lösung der Verbandssanktion als Nebenfolge der Zuwiderhandlung“ für unmöglich.

47 Sprich: eine Tat, für die er selbst mit Strafe oder Geldbuße hätte belegt werden können. Dazu ausf. oben § 8 A. III. 1. a) (S. 232).

48 Dass die im EOWiG – BT-Drs. V/1269, S. 58 (re. Sp. f.) – vorgeschobenen dogmatischen, prozessualen u. verfassungsrechtlichen Gründe einer krit. Überprüfung nicht standhalten, hat vor allem *Pohl-Sichtermann*, S. 45 ff. umfassend herausgearbeitet. Entgegen der hier vertretenen Auffassung ging allerdings auch sie davon aus, dass es sich bei der Verbandsgeldbuße um eine typische Geldbuße des OWiG handelt, S. 31 u. ö.

erhalten bliebe. Steht dagegen vor Begehung der Tat fest, dass der Verband auch bei Nichtverfolgbarkeit des Einzeltäters den unmittelbaren wie den mittelbaren Gewinn abführen muss, entfällt für die im Verband zusammengefassten Einzelpersonen der Anreiz, solche Taten zu fördern. Im Idealfall kommt es gar zu dem wünschenswerten Nebeneffekt, dass solche Delikte auch im Wege der internen Kontrolle bekämpft werden.

Die Grenze ist in § 30 Abs. 4 Satz 2 OWiG₈₆ gezogen, wo eine Verfolgung aus rechtlichen Gründen unmöglich ist und damit auch eine theoretische Sanktionsmöglichkeit nicht verbleibt. Die Gefahr der Tatertrag-finanzierten Sanktionsübernahme besteht hier nicht. Für diese Fälle war durch den Verfall nach § 29a OWiG₈₆ die Möglichkeit zu schaffen, wenigstens die unmittelbaren Gewinne abzuschöpfen.

dd) Zwischenergebnis

Die Ausweitung der isolierten Verbandsgeldbuße entsprach dem Wunsch der Praxis, die juristische Person auch ohne vorgeschaltetes (Schein-)Verfahren gegen den Einzeltäter verfolgen zu können. Allein wegen dieser Ausweitung wollte der Gesetzgeber den Begriff der Nebenfolge vermeiden, der sich bei engem Verständnis in den Fällen der isolierten Verbandsgeldbuße tatsächlich als Falschbezeichnung herausgestellt hatte. Eine Umgestaltung hinsichtlich Zweck oder Mechanismus der Verbandsgeldbuße war damit hingegen nicht verbunden.

b) Gescheiterte Vorstöße

Die beiden anderen Vorstöße, mit denen der Regierungsentwurf die bemängelten Sanktionslücken hatte schließen wollen, stießen im Rechtsausschuss dagegen auf Widerstand⁴⁹ und konnten sich nicht durchsetzen.⁵⁰ Sie sollen hier nur kurz und nur insoweit wiedergegeben werden, als sich aus ihnen Rückschlüsse hinsichtlich der Fortgeltung des historischen Normzwecks und des ursprünglichen Mechanismus der Verbandsgeldbuße ableiten lassen.

49 Siehe Beschlussempfehlung u. Bericht des RechtsA zum 2. WiKG in BT-Drs. 10/5058, S. 36 (re. Sp. f.).

50 Das 2. WiKG wurde, ohne dass über die Verbandsgeldbuße noch einmal diskutiert worden wäre, i. d. F. der Beschlussempfehlung des RechtsA (BT-Drs. 10/5058) angenommen, siehe BT-PlenProt. 201/10, S. 15444 (D).

aa) Ausdehnung des Täterkreises

Ursprünglich war zweierlei vorgesehen: Zum einen sollte im neuen § 30 OWiG der Kreis tauglicher Täter für die Anknüpfungstat erheblich ausgeweitet werden.⁵¹ Statt die Abgrenzung des tauglichen Täterkreises wie bisher von dem sehr engen und mehr formalen Kriterium eines „vertretungsberechtigte[n] Organ[s]“ abhängig zu machen,⁵² sollte sie nunmehr nach sachlichen Kriterien erfolgen. Eine Verbandsgeldbuße sollte festgesetzt werden können, „wenn der Täter zum Kreis der für die Leitung des Betriebes verantwortlich handelnden Personen“ gehörte.⁵³

Das maßgebende Urteil des BVerfG⁵⁴ habe deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber nicht gehindert sei, den Kreis tauglicher Anknüpfungstäter erheblich auszuweiten.⁵⁵ Die enge Beschränkung auf die Organwalter der juristischen Person sei deshalb nicht vorgeschrieben und lasse „Umgehungs möglichkeiten durch Organisationsgestaltungen formeller Art“ offen.⁵⁶ So ließen sich die Verbände so gestalten, dass zur Verschleierung der wahren Verantwortung Personen zu Organwaltern bestellt würden, die keinerlei Leitungsaufgaben wahrnahmen, während die eigentliche Geschäftsführung auf leitende Angestellte und Prokuristen übertragen wäre, deren Rechtsverstöße eine Verbandsgeldbuße nicht auslösen könnten.⁵⁷ Darüber hinaus habe

51 § 30 Abs. 1 i. d. F. des Art. 2 Nr. 2 des RegE zum 2. WiKG – BT-Drs. 10/318, S. 6 – sollte lauten: „Ist in dem Betrieb einer juristischen Person eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen worden, durch die Pflichten, welche die juristische Person [...] treffen, verletzt worden sind, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden, wenn der Täter zu dem Kreis der für die Leitung des Betriebes verantwortlich handelnden Personen gehört.“

52 Siehe § 26 Abs. 1 des OWiG⁶⁸, BGBI. I 1968³³ S. 481 (487 f.), der durch Art. 29 Nr. 17 des EGStGB, BGBI. I 1974²² S. 469 (537) insoweit ohne inhaltliche Änderung zu § 30 Abs. 1 OWiG⁷⁴ wurde.

53 Siehe § 30 Abs. 1 i. d. F. des Art. 2 Nr. 2 des RegE zum 2. WiKG – BT-Drs. 10/318, S. 6. Dessen Wortlaut ist eben wiedergegeben worden.

54 Gemeint ist der Beschl. v. 25. 10. 1966 – 2 BvR 506/63 („*nulla poena sine culpa*“) – BVerfGE 20, 323 ff. (336). Dort heißt es: „Die Frage, ob der Kreis dieser [für die juristische Person verantwortlich handelnden] Personen auf ihre Organe beschränkt ist oder darüber hinaus auf weitere Personen [...] – etwa Prokuristen, Handlungsbewollmächtigte, leitende Angestellte – erstreckt werden kann, braucht hier nicht entschieden zu werden.“

55 Siehe BT-Drs. 10/318, S. 39 (li. Sp.).

56 BT-Drs. 10/318, S. 39 (li. Sp.).

57 BT-Drs. 10/318, S. 39 (li. Sp. f.). Das sind mit anderen Worten die „Sitzdirektoren“, die schon *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 36 befürchtet hatte.

die geltende Regelung im Grenzbereich zu Abgrenzungsschwierigkeiten geführt, die sich „im Wege einer sachgerecht erscheinenden Auslegung nur unvollkommen“ ausräumen ließen.⁵⁸

Selbst wenn dieser Vorschlag im Rechtsausschuss und im Plenum durchgedrungen wäre, hätte er an Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße ersichtlich nichts geändert. Die Ausdehnung des Täterkreises hätte schlicht bedeutet, dass das mit einem bestimmten Zweck und Mechanismus versehene Instrument der Verbandsgeldbuße nunmehr auch in weiteren Fällen zum Zuge kommen sollte. In diesem Sinne konnte sich die Erweiterung des Täterkreises in späteren Gesetzen schrittweise auch durchsetzen.⁵⁹

bb) Verzicht auf Täterfeststellung

Zum anderen wollte der Entwurf auf die Feststellung eines bestimmten Anknüpfungstäters verzichten.⁶⁰ Wenn feststehe, dass „eine Tat im Entscheidungszentrum der juristischen Person begangen worden“ sei, könne es nicht mehr darauf ankommen, welche der zum tauglichen Täterkreis gehörenden Personen im Einzelnen gehandelt hätten.⁶¹ Die Verbandsgeldbuße solle deshalb „stärker von der persönlichen Verantwortlichkeit einer bestimmten Einzelperson gelöst“ werden. Es erscheine sachgerecht, das „Gebilde der juristischen Person für das Versagen im Leistungsbereich, also gleichsam für das Verschulden in seinem eigenen Nervenzentrum, verantwortlich“ zu machen.

Die neue Regelung würde nicht nur unnötig erscheinende Ermittlungsarbeit ersparen.⁶² Sie würde vor allem Sanktionslücken schließen, die darin bestünden, dass „bei einer unklaren Aufteilung der Geschäfte im Leistungsbereich“ oft „nicht eindeutig festgestellt werden“ könne, „welche Person

58 BT-Drs. 10/318, S. 40 (re. Sp.) unter Verweis auf den Geschäftsführer der GmbH einer GmbH & Co. KG, der – contra legem – als Organ der KG angesehen werden müsse.

59 Siehe III. (S. 414) u. V. (S. 416).

60 § 30 Abs. 2 i. d. F. des Art. 2 Nr. 2 des RegE zum 2. WiKG – BT-Drs. 10/318, S. 6 – sollte lauten: „Absatz 1 ist bereits dann anzuwenden, wenn nur festgestellt werden kann, daß die Tat von einer der in Absatz 1 bezeichneten Personen begangen worden ist und sie zumindest den Tatbestand der Verletzung der Aufsichtspflicht (§ 130) verwirklicht.“ Der Wortlaut des Abs. 1 ist eben wiedergegeben worden.

61 Die wörtlichen Zitate dieses Absatzes sind BT-Drs. 10/318, S. 40 (li. Sp.) entnommen.

62 Dieser Absatz fasst die Argumentation in BT-Drs. 10/318, S. 40 (li. Sp. f.) zusammen.

Auch die wörtlichen Zitate sind dort entnommen.

eines mehrgliedrigen Leistungsbereichs letztlich verantwortlich gehandelt“ habe. Könne keine einzelne Person überführt werden, so müsse mangels (theoretisch) verfolgbarer Anknüpfungstat auch von einer Verbandssanktion abgesehen werden. Für die Verantwortlichkeit der juristischen Person, „die als rechtlich selbständiges Gebilde die eigentliche Normadressatin der Gebots- und Verbotsvorschriften“ sei, könne es aber „nicht darauf ankommen, ob der eine oder andere ihrer organschaftlichen Vertreter [...] die Pflichtverletzung begangen oder zumindest die Aufsichtspflicht verletzt“ habe.

Ob eine solche Umgestaltung der Verbandsgeldbuße zu einem echten Systemwechsel geführt hätte, braucht nicht entschieden zu werden.⁶³ Der Vorschlag konnte sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen⁶⁴ und ist auch in späteren Gesetzen nicht wieder aufgenommen worden. Für solch einen intendierten Systemwechsel spricht der Wunsch, „die Geldbuße gegen juristische Personen [...] stärker von der persönlichen Verantwortlichkeit einer bestimmten Einzelperson“ zu lösen und dem „Gebilde der juristischen Person“, die selbst „die eigentliche Normadressatin der Gebots- und Verhaltensvorschriften“ sei, „das Verschulden [im] eigenen Nervenzentrum“ zum Vorwurf zu machen.⁶⁵ Das ließe sich in der Tat wie ein Bekenntnis zu einer Art Verbandstäterschaft nach dem Vorbild der *Gierke*'schen Organtheorie lesen.⁶⁶

Anm. 11.2: Die Frage nach der „Schadens“-Qualität der Verbandsgeldbuße hätte sich auf dieser Grundlage und bei einem solchen Verständnis freilich sehr viel leich-

63 Insoweit sei auf *Götz*, in: Prot. RechtsA 10,¹⁴ S. 18 verwiesen, der sich die Frage stellte, „ob durch die Änderungsvorschläge nicht das System des Ordnungswidrigkeiten- gesetzes durchbrochen werde, weil nicht mehr von einem ausreichend begründeten Schuldvorwurf gegen eine Einzelperson, sondern von einem Schuldverdacht ge- gen eine juristische Person [...] ausgegangen werde.“ Die Beiträge *Göhlers*, in: Prot. RechtsA 10,¹⁴ S. 20 ff. u. in: 10,⁷¹ S. 48 weisen jedenfalls deutlich in Richtung einer eigenen Verbandstäterschaft auf Grundlage eines Organisationsverschuldens. Zuvor bereits *Göhler*, in: Tagungsberichte WiKG-Komm, S. 58 ff.

64 Zu den Gegenargumenten im RechtsA, dessen Beschlussempfehlung – BT-Drs. 10/5058, S. 36 (re. Sp. f.) – sich ohne neuerliche Aussprache zu § 30 OWiG auch im Plenum durchsetzte, sogleich cc) (S. 407).

65 BT-Drs. 10/318, S. 40 (li. Sp. f.).

66 So versteht *Rogall*, in: KarlsruKomm-OWiG⁵; § 30 Rn. 8 den heutigen § 30 OWiG. Die allenfalls de lege ferenda überzeugende Argumentation übersieht – worauf *Meyberg*, in: BeckOK-OWiG²⁸; § 30 Rn. 17.2 zu Recht hingewiesen hat –, dass sich der Gesetz- geber „bei Einführung einer Verbandsgeldbuße und in Kenntnis der Organtheorie gegen eine eigenständige Unternehmensverantwortlichkeit entschieden“ u. daran auch nichts geändert hat.

ter beantworten lassen. Eine Sanktion gegen „das Gebilde der juristischen Person“ als „eigentliche Normadressatin der Gebots- und Verhaltensvorschriften“, die sich „stärker von der persönlichen Verantwortlichkeit einer bestimmten Einzelperson“ löst und der juristischen Person „das Verschulden [im] eigenen Nervenzentrum“ zum Vorwurf macht,⁶⁷ wäre ersichtlich auf eine endgültige Belastungsträgerschaft des Verbands ausgerichtet gewesen. Die zivilrechtliche Nachbereitung einer solchen Sanktion hätte in jedem Falle ein positivierte Wertung überspielt, sodass die Qualifikation der Verbandsgeldbuße als Schaden i. S. d. Ersatzpflichtanordnung die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung gesprengt hätte.⁶⁸

Zwingend ist das jedoch nicht. Auch in der Entwurfssfassung hätte § 30 Abs. 1 OWiG⁶⁹ die juristische Person nicht zum Täter der Ordnungswidrigkeit erklärt. Vielmehr hätte die Vorschrift weiterhin nur die Möglichkeit eröffnet, beim Vorliegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit einer Leitungsperson eine zusätzliche Verbandsgeldbuße festzusetzen.⁷⁰ Auch die Möglichkeit, nach Abs. 2 auf die Feststellung des Individualtäters zu verzichten, stand unter dem Vorbehalt, dass die genaue Feststellung des Täters nicht möglich war.⁷¹ Im Grundsatz wäre die Verbandsgeldbuße weiterhin nur neben einer (theoretisch) verfolgbaren Individualität möglich gewesen und hätte weiterhin durch tertäre Abschöpfung der Verbandsgewinne die Wirksamkeit der sekundären (Individual-)Sanktionsnorm gewährleistet, welche die natürlichen Personen schließlich zur Einhaltung der primären Verhaltensnormen animieren sollte. Für eine nunmehr intendierte trans-restitutive Übelzufügung wäre der Gesetzgeber schließlich jeden Anhaltspunkt zur Bemessung der Verbandssanktion schuldig geblieben.⁷²

Anm. 11.3: Im Übrigen steht es dem Gesetzgeber in der Tat völlig frei, die juristische Person „als rechtlich selbständiges Gebilde“ zur eigentlichen „Normadressatin der Gebots- und Verbotsvorschriften“ zu machen.⁷³ Zur Täterin des Verbandsdelik-

67 BT-Drs. 10/318, S. 40 (li. Sp. f.).

68 Ausf. zu dieser Grenze der Rechtsfortbildung bei der Bestimmung des Schadens i. S. d. Ersatzpflichtanordnung bereits oben § 6 C. (S. 178).

69 Siehe § 30 Abs. 1 i. d. F. des Art. 2 Nr. 2 des RegE zum 2. WiKG – BT-Drs. 10/318, S. 6: „Ist in dem Betrieb einer juristischen Person eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen worden, [...] so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden, wenn der Täter zu dem Kreis der für die Leitung des Betriebes verantwortlich handelnden Personen gehört.“

70 § 30 Abs. 2 i. d. F. des Art. 2 Nr. 2 des RegE zum 2. WiKG – BT-Drs. 10/318, S. 6: „Absatz 1 ist bereits dann anzuwenden, wenn nur festgestellt werden kann, daß die Tat von einer der in Absatz 1 bezeichneten Personen begangen worden ist“. Herv. nur hier.

71 Dazu bereits oben § 10 D. III. 2. (S. 389).

72 So BT-Drs. 10/318, S. 40 (re. Sp.).

tes wird sie dadurch alleine jedoch nicht. Das Strafrecht bezweckt als „ultima ratio den Rechtsgüterschutz durch das Mittel der mit Androhungsgeneralprävention ausgestatteten Verhaltensnormen“, die logisch zwingend „die Handlungsfähigkeit und Vermeidemacht [...] des Normadressaten“ voraussetzen.⁷³ Die juristische Person ist – aller Zurechnungsakrobistik zum Trotz – in einem natürlichen Sinne handlungs- und schuldunfähig. Sie kann, auch wenn sie selbst nominelle Adressatin der primären Verhaltensnorm ist, nicht selbst gegen diese verstößen und deshalb auch nicht selbst die Sanktionsnorm erfüllen. Die Sanktionsnormen müssen deshalb über § 14 StGB bzw. § 9 OWiG „auch auf den Vertreter“ angewandt werden, was im Bereich der Verbandsdelikte freilich bedeutet, dass sie ausschließlich auf den Organwalter angewandt werden. Diese Erfüllung der Sanktionsnorm durch den Organwalter ist wiederum Anknüpfungspunkt für die Verbandssanktion nach § 30 OWiG. Unabhängig davon, wer nomineller Adressat der Verhaltensnorm ist, hätte es auch in der Entwurfssatzung des 2. WiKG stets des Verhaltensnormverstoßes einer mit Handlungsfähigkeit und Vermeidemacht ausgestatteten natürlichen Person bedurft, der eine sekundäre Sanktionsnorm erfüllt und dem § 30 OWiG als Anknüpfungspunkt für eine tertiäre Verbandssanktion dient. Ohne einen grundlegenden Systemwechsel in der Wirkungsweise unseres Strafrechts lässt sich an diesem Befunde auch nichts ändern.

cc) Widerstand im Rechtsausschuss

Beide Vorschläge haben sich im Rechtsausschuss nicht durchsetzen können.⁷⁴ Die Ausschussmehrheit⁷⁵ hielt „die 1968 eingeführte und durch das [EGStGB] bestätigte Regelung des geltenden Rechts weiter für sachgerecht.“ Nicht nur habe diese Regelung „den Vorteil der klareren Bestimmtheit für sich“. Sie vermeide vielmehr auch Abgrenzungsschwierigkeiten und praktische Probleme, die die Erweiterungen im Entwurf aufwerfen würden. Die im Entwurf bemängelten Abgrenzungsprobleme „seien teilweise bereits von der Rechtsprechung zufriedenstellend gelöst worden.“ Unzuträgliche Sanktionslücken seien schließlich nicht zu befürchten, weil „schon im geltenden Recht als Anknüpfungstat die Verletzung der Aufsichtspflicht eines Organs [...] im Sinne von § 130 OWiG ausreichend“ sei.

73 Schünemann, ZIS 2014,¹ S. 1 (3).

74 Siehe die Beschlussempfehlung u. den Bericht des RechtsA in: BT-Drs. 10/5058, S. 36 (re. Sp. f.). Die wörtlichen Zitate dieses Absatzes sind dort entnommen.

75 Die Argumente der Ausschussminderheit sind in: BT-Drs. 10/5058, S. 36 (re. Sp. f.) ebenfalls wiedergegeben, haben in der späteren Plenardebatte – BT-PlenProt. 201/10, S. 15433 ff. – aber keine Auswirkungen gehabt.

dd) Konsequenzen für die Verbandsgeldbuße

Selbst wenn man in dem Vorschlag, die Festsetzung der Verbandsgeldbuße nicht weiter von der Feststellung eines bestimmten Täters abhängig zu machen, einen intendierten Systemwechsel sehen wollte, hat sich dieser nicht durchgesetzt. Eine eigenständige Verbandstäterschaft ist dadurch nicht begründet worden. Vielmehr hat das 2. WiKG auch insoweit Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße als der oben entwickelten reaktiv-retrospektiven und restitutiven Abschöpfungsmaßnahme unberührt gelassen.

c) Sanktionsrahmen und Kollisionsvorschrift

Die übrigen Änderungen des § 30 OWiG hatten auf Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße ebenfalls keine Auswirkung. Das meint zum einen den erfolgreichen Vorschlag, den Sanktionsrahmen für Anknüpfungsstrafaten zu verzehnfachen.⁷⁶ Bei einer vorsätzlichen (Anknüpfungs-)Straftat konnte der Pseudo-Ahndungsteil der Geldbuße bis zu einer Million, bei fahrlässigen Taten bis zu fünfhunderttausend Deutsche Mark betragen. Hintergrund waren Ungereimtheiten, die durch die Entwicklungen im Ordnungswidrigkeitenrecht entstanden waren.⁷⁷ So waren bei bestimmten Ordnungswidrigkeiten, etwa dem § 38 GWB₈₀,⁷⁸ (Individual-)Geldbußen von bis zu einer Million Deutscher Mark vorgesehen. Der Pseudo-Ahndungsteil einer hieran anknüpfenden Verbandsgeldbuße konnte deshalb ebenfalls eine Million Deutsche Mark betragen, während er „für die noch schwerer wiegenden Fälle, in denen eine Straftat begangen worden ist, nur [...] hunderttausend Deutsche Mark“ erreichen konnte.⁷⁹

Daneben zog die Einfügung einer eigenständigen Verfallsvorschrift im Ordnungswidrigkeitengesetz⁸⁰ kleinere Folgeänderungen nach sich: § 29a OWiG₈₆ wurde in die Kollisionsregel des § 30 Abs. 5 aufgenommen.⁸¹ § 30

76 Art. 2 Nr. 4 lit. c) des 2. WiKG, BGBl. I 1986²¹ S. 721 (724).

77 Siehe zu den Details BT-Drs. 10/318, S. 41 (re. Sp. f.).

78 Siehe § 38 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen i. d. F. der Bekanntmachung v. 24. 9. 1980, BGBl. I⁶⁰ S. 1761 (1776): „Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu einer Million Deutscher Mark [...] geahndet werden.“ Weitere Bsp. sind in BT-Drs. 10/318, S. 41 (re. Sp. f.) zusammengetragen.

79 BT-Drs. 10/318, S. 42 (li. Sp.).

80 Dazu sogleich.

81 Art. 2 Nr. 4 lit. e) des 2. WiKG, BGBl. I 1986²¹ S. 721 (724).

OWiG₈₆, der nicht mehr die einzige Vorschrift des Sechsten Abschnitts im Ersten Teil war, erhielt die bis heute gültige Überschrift.⁸²

2. Einführung des § 29a OWiG

Parallel zu diesen – bei Lichte betrachtet nicht gerade radikalen – Modifikationen der Verbandsgeldbuße ist im Zuge des 2. WiKG mit § 29a OWiG₈₆ eine eigenständige ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfallsvorschrift eingeführt worden. Ein kurzer Überblick über diese Regelung soll zu der hier wichtigen Frage führen, in welchem Verhältnis Verbandsgeldbuße und das neue Institut des Verfalls standen.

a) Verfall im Ordnungswidrigkeitengesetz

Anders als im Strafrecht, das die Gewinnabschöpfung wegen der Einführung des Tagessatzsystems „aus der Verbindung mit der Strafe gelöst“ hatte,¹ blieb die Gewinnabschöpfung im Ordnungswidrigkeitenrecht stets Aufgabe der Geldbuße, vgl. § 17 Abs. 4 OWiG₇₄.² Diese Verbindung von Gewinnabschöpfung und Geldbuße hatte zwar den Vorteil, die praktische Rechtsanwendung zu erleichtern. Sie führte umgekehrt aber zu dem Nachteil, dass kein isoliertes Instrument zur Gewinnabschöpfung bereitstand.

Das ließ auch und gerade in den Fällen der Wirtschaftskriminalität gewisse Lücken offen, etwa wenn „der Täter einen Bußgeldtatbestand zwar rechtswidrig, nicht jedoch vorwerfbar“ verwirklichte.³ Weil hier die Festsetzung einer Geldbuße ausgeschlossen war, mussten dem Täter die rechtswidrigen Tatvorteile belassen werden, obwohl es keinen Grund dafür gab, warum er sie sollte behalten dürfen. Dasselbe galt, wenn „der Täter für einen anderen gehandelt und dadurch dieser einen Vermögensvorteil erlangt“ hatte.⁴ Zwar bot die Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG₇₄ insoweit in den praktisch häufigsten Fällen

82 Art. 2 Nr. 4 lit. a) des 2. WiKG, BGBl. I 1986,²¹ S. 721 (724). Die Überschrift des Sechsten Abschnitts des Ersten Teils wurde durch Art. 2 Nr. 2 neu gefasst.

1 BT-Drs. 10/318, S. 35 (re. Sp.).

2 Aus dem ursprünglichen § 13 Abs. 4 OWiG₆₈ ist durch Art. 29 Nr. 8 des EGStGB, BGBl. I 1974,²² S. 469 (536) § 17 Abs. 4 OWiG₇₄ geworden. Der Wortlaut der Vorschrift(en) entspricht jenem des heutigen § 17 Abs. 4 OWiG.

3 BT-Drs. 10/318, S. 36 (li. Sp.).

4 BT-Drs. 10/318, S. 37 (li. Sp.).

die Möglichkeit, bei der juristischen Person als dem begünstigten Dritten die erzielten Gewinne abzuschöpfen.⁵ Die Regelung griff ihrerseits jedoch nicht ein, wenn „für die Zu widerhandlung in dem Unternehmen keine zum Leistungsbereich gehörende Person, sondern Angestellte auf einer unteren Ebene verantwortlich“ waren und sich auch eine Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG₇₄ nicht nachweisen ließ.⁶

Zu diesem Zweck wurde mit § 29a OWiG₈₆ eine eigenständige ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfallsvorschrift eingefügt.⁷ Nach Absatz 1 konnte gegenüber dem nicht mit einer Geldbuße belegten Täter einer mit Geldbuße bedrohten Handlung der Verfall eines Geldbetrages in Höhe des Vermögensvorteils angeordnet werden, den er für die oder aus der Tat erlangt hatte. Hatte der Täter für einen Dritten gehandelt und dieser dadurch einen Vermögensvorteil erlangt, so konnte der Verfall nach Absatz 2 auch gegenüber dem Dritten angeordnet werden. In Absatz 3 war die Möglichkeit vorgesehen, den Vermögensvorteil zu schätzen,⁸ in Absatz 4 die Möglichkeit der isolierten Verfallsanordnung.

Das neue Institut des Verfalls sollte die Geldbuße lediglich ergänzen.⁹ Wo gegenüber dem Begünstigten eine Geldbuße festgesetzt werden konnte, sollte die Aufgabe der Gewinnabschöpfung auch weiterhin von dem Hauptinstrument des Ordnungswidrigkeitenrechts übernommen werden. Auf die komplizierten Sonderregelungen des strafrechtlichen Verfalls konnte überwiegend verzichtet werden. Zum einen wurde im Ordnungswidrigkeitenrecht die Vereinfachung der Rechtsanwendung angestrebt, zum anderen waren unbillige Härten wegen des Opportunitätsprinzips nicht zu befürchten.

5 BT-Drs. 10/318, S. 36 (re. Sp.).

6 BT-Drs. 10/318, S. 36 (re. Sp.) unter Verweis auf das Bsp. der „Bußgeldverfahren gegen Kreditinstitute wegen illegaler Veräußerung von Wertpapieren an Gebietsfremde“.

7 Art. 2 Nr. 3 des 2. WiKG, BGBl. I 1986²¹ S. 721 (724). Monographisch zum „Verfall im Ordnungswidrigkeitenrecht“ *Suchy*, Verfall, *passim*.

8 Von dem ursprünglich vehementen Vorbehalt, eine Gewinnabschöpfung von der exakten Berechenbarkeit des Vorteils abhängig zu machen – siehe etwa noch während der Beratung des § 26 OWiG₆₈ *Dreher*, in: Prot. RechtsA V⁴⁴ S. 17 –, war ersichtlich nichts mehr übrig geblieben. Ausf. zur möglichen Schätzung des Vermögensvorteils *Suchy*, Verfall, S. 99 ff.

9 Siehe auch zum Folgenden BT-Drs. 10/318, S. 37 (li. Sp. f.).

b) Verfall und Verbandsgeldbuße

Weit wichtiger als die Details der Ausgestaltung des neuen Instituts ist hier das Verhältnis von Verfall und Verbandsgeldbuße. Wenn das Ordnungswidrigkeitenrecht nunmehr ein dezidiertes Instrument der Gewinnabschöpfung vorsah, stellt sich die Frage, ob die Verbandsgeldbuße weiterhin als rein-restitutives Instrument der Gewinnabschöpfung angesehen werden konnte. Dabei bereitet die Auswertung der Materialien nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Was bisher schon deutlich geworden ist, hatte auch Götz in der Plenardebatté gesagt: Von „dem ursprünglichen Regierungsentwurf ist nach den Beratungen zwischen den Koalitionsfraktionen und in den Ausschüssen eigentlich nicht mehr viel übriggeblieben.“¹⁰ Insofern müssen die in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses nur spärlich ergänzten Aussagen der Entwurfsbegründung stets unter dem Vorbehalt gelesen werden, dass dort noch eine etwas intensivere Umgestaltung der Verbandsgeldbuße vorgesehen war.¹¹

Zunächst ist zu beachten, dass die Verbandsgeldbuße im Vorfeld¹² wie auch im Entwurf¹³ des 2. WiKG gegenüber dem Verfall als das weiter reichende Instrument aufgefasst worden war. Wenn danach der ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfall als eine umfassende Maßnahme der Gewinnabschöpfung konzipiert worden wäre, müsste die Verbandsgeldbuße, um eine weiter gehende Maßnahme zu sein, nunmehr tatsächlich trans-restitutiven Charakter haben.

Tatsächlich aber verwandte die Verfalls-Regelung für den Gegenstand der Gewinnabschöpfung den Begriff „Vermögensvorteil“.¹⁴ Dieser Begriff, so

10 Götz, in: BT-PlenProt. 201/10, 15434 (B). Er habe sich „die Mühe gemacht, das einmal nachzuzählen und habe festgestellt, daß von den ursprünglichen Paragraphen nur noch etwa 50 % vorhanden“ u. statt dessen „zwei Drittel neu eingeführt worden“ seien.

11 Die entsprechenden Vorschläge sind oben – 1. b) (S. 402) – nachgezeichnet worden.

12 Im RegE des EGStGB – BT-Drs. 7/550, S. 344 (re. Sp.) – hieß es in der Begründung zur Kollisionsregel des § 30 Abs. 5 OWiG₇₄ etwa, dass „die Festsetzung der [Verbands-]Geldbuße – als die umfassendere Nebenfolge – die Anordnung des [strafrechtlichen] Verfalls“ ausschließe. Herv. nur hier.

13 Im RegE zum 2. WiKG – BT-Drs. 10/318, S. 37 (li. Sp. f.) – heißt es zwar nicht direkt zur Verbandsgeldbuße: „Die in einem etwas größeren Umfange zugelassene Gewinnabschöpfung in § 17 Abs. 4 OWiG erscheint unbedenklich“. Herv. nur hier.

14 Durch Art. 5 des AWG-ÄndG₉₂, BGBl. I 1992¹⁰ S. 372 (375) wurde der „Vermögensvorteil“ durch das erlangte Etwas ersetzt. Ausf. zu den Gründen u. Konsequenzen dieser Umstellung auf das sog. „Brutto-Prinzip“ Suchy, Verfall, S. 47 ff.

heißt es in der Entwurfsbegründung,¹⁵ sei „wohl [!] in einem engeren Sinne zu verstehen als der in § 17 Abs. 4 OWiG gebrauchte Begriff ‚wirtschaftlicher Vorteil‘“. Weil es dort – auch jenseits der Fälle der Verbandsgeldbuße¹⁶ – stets um eine Sanktion gehe, die eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung voraussetze, sei es unbedenklich, die Gewinnabschöpfung „in einem etwas größeren Umfange“ zuzulassen. Zur Unterscheidung wurde angegeben, dass der „wirtschaftliche Vorteil“ in § 17 Abs. 4 OWiG etwa auch eine „Verbesserung der Marktposition des Täters“, sprich: mittelbaren Gewinn erfassen solle.¹⁷ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Begriff des „Vermögensvorteils“ in § 29a OWiG – wenn auch der Gesetzgeber an der überkommenen Terminologie nicht festhielt – keinen mittelbaren Gewinn enthalten und der ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfall folglich nur den unmittelbaren Gewinn abschöpfen sollte.

Damit aber lässt sich das Verhältnis von Verfall und Verbandsgeldbuße ohne Weiteres erklären: Die Verbandsgeldbuße ist ursprünglich eingeführt worden, um den Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion zu beseitigen. Wo der Organwalter einer juristischen Person einen sanktionierbaren Rechtsverstoß begangen hatte, sollte sichergestellt sein, dass die juristische Person diese Sanktion nicht aus den rechtswidrigen Gewinnen der Tat finanzieren und damit wirkungslos machen kann. Weil die Abschöpfung allein der unmittelbaren Gewinne dies nicht zu gewährleisten vermochte, musste ein Weg gefunden werden, auch den mittelbaren Gewinn abzuschöpfen. Im Zuge eines gesetzgeberischen Missgeschickes¹⁸ ist die Abschöpfung des mittelbaren Gewinnes in erheblichem Maße dem dazu ursprünglich nicht vorgesehenen Abschöpfungsteil überantwortet worden.

Wenn dagegen eine Individualsanktion nicht möglich ist, etwa weil der Täter nicht vorwerfbar handelt, ist auch eine Tatertrags-finanzierte Sanktionsübernahme durch den Verband nicht zu befürchten. Damit entfällt in gewissem Umfang der Grund für die Gewinnabschöpfung beim Verband. Allerdings gibt es auch hier keinen Grund, dem Verband die rechtswidrigen

15 Die wörtlichen Zitate dieses Absatzes sind BT-Drs. 10/318, S. 37 (li. Sp. f.) entnommen.

16 Die Entwurfsbegründung unterscheidet nicht zwischen der „normalen“ Anwendung des § 17 Abs. 4 OWiG in den Fällen einer Individual-Geldbuße u. dem Sonderfall der Verbandsgeldbuße, bei dem § 17 Abs. 4 OWiG nur kraft besonderer Anordnung in § 30 Abs. 3 OWiG₇₄ u. nur entsprechend gelten sollte.

17 Zu dieser geradezu überraschenden Weiterung zwischen dem EOWiG u. dem OWiG₆₈ bereits oben § 10 D. III. 1. (S. 387).

18 Siehe dazu bereits § 10 D. III. 1. (S. 387).

Gewinne aus der Tat zu belassen. Die insoweit erforderliche Gewinnabschöpfung muss auf anderem Wege erfolgen. Zu diesem Zweck ist der Verfall eingefügt worden, der dem Verband die unmittelbaren Gewinne entziehen soll, wo eine Verbandsgeldbuße mangels verfolgbarer Anknüpfungstat nicht möglich ist. Eine Erstreckung auf die mittelbaren Gewinne ist – wie auch beim Verfall gegenüber der natürlichen Person – nicht vorgesehen.

Anm. 11.4: In der ursprünglichen und sehr viel eleganteren Lösung des EOWiG wäre der Unterschied von Verfall und Verbandsgeldbuße erheblich besser zum Ausdruck gelangt. Der Abschöpfungsteil hätte dann – beim Verband wie beim Individualtäter – nur den unmittelbaren Gewinn abgeschöpft. Der mittelbare Gewinn wäre beim Individualtäter „in gewissem Umfang“ bei der Bemessung des Ahndungsteils berücksichtigt worden.¹⁹ Bei der juristischen Person wäre die Abschöpfung des mittelbaren Gewinns die einzige Aufgabe des eben dazu geschaffenen Pseudo-Ahndungsteils gewesen. Der eigenständige Verfall hätte dann in den Fällen fehlender Vorwerfbarkeit als Nachbildung des § 17 Abs. 4 OWiG nur die unmittelbaren Gewinne abgeschöpft. Wo darüber hinaus ein ahndbarer Verstoß vorliegt, wären dem Täter selbst in gewissem Umfang und der juristischen Person möglichst umfassend auch der mittelbare Gewinn entzogen worden.

c) Zwischenergebnis

Auch die Einführung des § 29a OWiG₈₆ hat Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße nicht angetastet. Der Verfall ließ die Abschöpfung (nur) des unmittelbaren Gewinnes zu, wenn eine Individualsanktion nicht festgesetzt werden konnte. Die Verbandsgeldbuße diente weiterhin der umfassenden Abschöpfung des unmittelbaren wie des mittelbaren Gewinns, um die Tatertrags-finanzierte Übernahme der Individualsanktion durch den Verband zu verhindern.

3. Fortgeltung des historischen Zwecks

Die vielfältigen und oft überzeichneten Umgestaltungen des OWiG durch das 2. WiKG haben den historischen Zweck und Mechanismus der Verbands-

19 So die Formulierung in: BT-Drs. V/1269, S. 53 (li. Sp.) zu § 11 Abs. 4 EOWiG: Bei der (Individual-)Geldbuße sei durch den Ahndungsteil „nach obenhin ein Ermessensspielraum gegeben, der es ermöglicht, *in gewissem Umfang auch den mittelbaren Gewinn zu berücksichtigen.*“ Herv. nur hier.

geldbuße nicht angerührt. Sie diente weiterhin dem Zweck, den Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion zu beseitigen, indem sie dem Verband umfassend die mittelbaren und unmittelbaren Gewinne entzog, die dieser aus der verbands- und vertretungsbezogenen Anknüpfungstat eines Organwalters erlangt hatte. Auch die kurze Zeit später erfolgende Neufassung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vom 19. Februar 1987²⁰ überstand § 30 OWiG₈₆ ohne Änderungen.

III. Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität²¹

Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität aus dem Jahre 1994 enthielt einen neuerlichen Anlauf zur Ausdehnung des Täterkreises für die Anknüpfungstat. Dieser war weniger weitreichend,²² dafür aber erfolgreich. § 30 Abs. 1 OWiG wurde neu gefasst:²³ Die bislang im Fließtext aufgezählten Täter wurden auf die Nr. 1–3²⁴ verteilt. Hinzu kam – als eigentliche Neuerung – die bis heute gültige²⁵ Nr. 4, die den Generalbevollmächtigten und den Prokuren oder Handlungsbevollmächtigten in leitender Stellung zum tauglichen Täter machte. Im Gegenzug wurde die Nummerierung der möglichen Anknüpfungstaten aufgegeben, deren Varianten seither im Fließtext aufgezählt sind. Wie oben beschrieben hatte diese Ausdehnung des Täterkreises lediglich zur Folge, dass das Instrument der Verbandsgeldbuße nunmehr auch bei den Taten weiterer Anknüpfungstäter zum Zuge kam, ohne dass Zweck und Mechanismus des Institutes sich dadurch geändert hätten.

20 Siehe dazu § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten i. d. F. der Bekanntmachung v. 19. 2. 1987, BGBl. I,¹⁵ S. 602 (609 f.).

21 Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität v. 27. 6. 1994 (2. UKG), BGBl. I,⁴⁰ S. 1440 ff.

22 Auf „die Einbeziehung sämtlicher leitender Angestellter“ verzichtete der Entwurf ausdr. Siehe die Begründung zum RegE eines 2. UKG in BT-Drs. 12/192, S. 32 (re. Sp.). Vor allem ist der Versuch, die Festsetzung der Verbandsgeldbuße nicht mehr von der Feststellung eines bestimmten Täters abhängig zu machen, nicht wiederholt worden.

23 Art. 2 Nr. 2 des 2. UKG, BGBl. I 1994,⁴⁰ S. 1440 (1444). Im 2. WiKG war es versäumt worden, u. a. den Wortlaut des § 33 OWiG an die Aufgabe der Nebenfolgenlösung anzupassen. Dieses Redaktionsversagen wurde durch Art. 2 Nr. 3 des 2. UKG beseitigt.

24 Nr. 1 u. 2 erhielten die bis heute geltende Fassung. Nr. 3 erfuhr noch eine kleine Änderung.

25 Der Vollständigkeit halber: Nr. 4 enthält in der heute geltenden Fassung ein „oder“, das wegen der späteren Anfügung der Nr. 5 erforderlich wurde.

Daneben wurde § 33 OWiG²⁷ an die Aufgabe der Bezeichnung „Nebenfolge“ angepasst. Im 2. WiKG war es – unter anderem²⁶ – versäumt worden, den Wortlaut auch dieser Vorschrift an den gelockerten „Zusammenhang zwischen der Verfolgung der natürlichen Person und der Verhängung einer Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG“ anzupassen.²⁷ Über die Verweisung in § 30 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 auf § 33 Abs. 1 Satz 2 OWiG sei die „als selbständige Sanktion“ anzusehende Verbandsgeldbuße „immer noch indirekt als ‚Nebenfolge‘ bezeichnet“ worden.²⁸ Mit der ausdrücklichen Nennung der Verbandsgeldbuße neben der Nebenfolge in § 33 OWiG ist dieses Redaktionsversehen beseitigt worden.²⁹

IV. Gesetz zur Bekämpfung der Korruption³⁰

Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption gestaltete den Submissionsbetrug 1997 als Straftat aus.³¹ Das zog zwei Änderungen des § 30 OWiG nach sich: Mit der Einfügung³² des Absatz 2 Satz 3 wurde sichergestellt, dass die wegen einer Submissionsabsprache verhängte Verbandssanktion weiterhin nach dem – im Vergleich zu Absatz 2 Satz 1 – höheren Bußgeldrahmen des GWB bemessen werden konnte.³³

Weiter wurde aus Gründen der Klarstellung³⁴ in Absatz 4 ein neuer Satz 2 eingefügt,³⁵ der dem Absatz seine bis heute geltende Fassung gab. Über die in Absatz 4 Satz 1 genannten Fälle hinaus sollten nunmehr durch Gesetz

26 Die ebenfalls versäumte Anpassung der Überschrift des Achten Abschnitts im Zweiten Teil wurde erst später im sog. EU-Rechtsinstrumente-Ausführungsgesetz vorgenommen, V. (S. 417).

27 BT-Drs. 12/192, S. 33 (li. Sp.). Siehe zur Lockerung der Nebenfolgenkonstruktion u. der damit einhergehenden Aufgabe der entsprechenden Bezeichnung oben II. 1. a) (S. 395).

28 BT-Drs. 12/192, S. 33 (li. Sp.).

29 So geschehen durch Art. 2 Nr. 3 des 2. UKG, BGBl. I 1994⁴⁰ S. 1440 (1444).

30 Gesetz zur Bekämpfung der Korruption v. 13. 8. 1997 (KorrBekG), BGBl. I,⁵⁸ S. 2038 ff.

31 Art. 1 Nr. 3 des KorrBekG, BGBl. I 1997⁵⁸ S. 2038 (2038). Submissionsabsprachen konnten bis dahin nur als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Die Details sind in Beschlussempfehlung u. Bericht des RechtsA zum KorrBekG in: BT-Drs. 13/8079, S. 16 (li. Sp.) kompakt zusammengefasst.

32 Art. 7 Nr. 1 lit. a) des KorrBekG, BGBl. I 1997⁵⁸ S. 2038 (2040).

33 Zu den unterschiedlichen Ahndungsrahmen u. der durch die Verschärfung drohenden Absenkung der Verbandssanktion siehe ebenfalls BT-Drs. 13/8079, S. 16 (li. Sp. f.).

34 Siehe BT-Drs. 13/8079, S. 16 (re. Sp.).

weitere Ausnahmen geschaffen werden können, in denen die Verbandsgeldbuße selbstständig festgesetzt werden kann. Das geschah mit Blick auf den Submissionsbetrug, dessen Verfolgung gegenüber den Verbänden trotz der Hochstufung zur Straftat nicht den jeweiligen Staatsanwaltschaften, sondern weiterhin der „Erfahrung und Sachkunde der Kartellbehörden“ überantwortet bleiben sollte.³⁶

Die Entwurfsbegründung³⁷ hatte für das weitere Gesetzgebungsverfahren die Prüfung angekündigt, „inwieweit flankierende gesetzliche oder andere Maßnahmen getroffen werden“ müssten, „um insgesamt eine angemessene Sanktionierung von Submissionsabsprachen sicherzustellen.“ Die angedachten und letztlich für notwendig erachteten³⁸ Modifikationen der Verbandsgeldbuße waren danach von vornherein nicht als radikale Umgestaltungen konzipiert. Der erheblich weiter reichende Vorschlag des Bundesrates,³⁹ das Unternehmensbußgeldverfahren nach europäischem Vorbild vollends zu verselbständigen, traf bereits in der Gegenäußerung der Bundesregierung⁴⁰ auf skeptische Zurückhaltung und kommt in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses gar nicht vor.⁴¹ Auch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption hat Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße folglich unberührt gelassen.

V. EU-Rechtsinstrumente-Ausführungsgesetz⁴²

Mit Einführung des Euro wurden 2001 die noch in Deutschen Mark lautenden Sanktionsobergrenzen für Anknüpfungsstrafaten auf Eurobeträge

35 Art. 7 Nr. 1 lit. b) des KorrrBekG, BGBl. I 1997⁵⁸ S. 2038 (2041); lit. aa) fügte den neuen Satz 2 ein, lit. bb) passte den neuen Satz 3 sprachlich an.

36 So BT-Drs. 13/8079, S. 16 (re. Sp. f.).

37 BT-Drs. 13/5584, S. 9 (li. Sp. f.). Herv. nur hier. Der RegE in: BT-Drs. 13/6424 hat Wortlaut u. Begründung dieses Entwurfs ausdr. übernommen, S. 4.

38 Die Beschlussempfehlung des RechtsA – BT-Drs. 13/8079, S. 16 (li. Sp.) – nimmt auf den Prüfungsauftrag ausdr. Bezug u. gibt an, dass die „notwendigen flankierenden Maßnahmen“ in den Art. 7 u. 8 enthalten seien.

39 Die Stellungnahme des Bundesrates ist in BT-Drs. 13/6424, S. 5 (re. Sp. ff.) abgedruckt.

40 Siehe BT-Drs. 13/6424, S. 12 (re. Sp.)

41 BT-Drs. 13/8079, S. 16 (li. Sp. f.).

42 Gesetz zur Ausführung u. a. des Zweiten Protolls vom 19. Juni 1997 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften v. 22. 8. 2002 (AusfG-EU), BGBl. I⁶¹ S. 3387 ff.

umgestellt.⁴³ Weitere Änderungen des § 30 OWiG ergaben sich im darauf-folgenden Jahr durch das sog. EU-Rechtsinstrumente-Ausführungsgesetz. Umfassende Änderungen und Ergänzungen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts hielt der Gesetzgeber insoweit nicht für geboten.⁴⁴ Allerdings musste der Kreis tauglicher Anknüpfungstäter angepasst werden.⁴⁵ Diese Gelegenheit wurde genutzt, um Abs. 1 durch eine doppelte Erweiterung seine heutige Gestalt zu geben: Zum einen wurde in Nr. 3 die Beschränkung auf Personenhandelsgesellschaften aufgegeben und die Sanktionsmöglichkeit auf alle rechtsfähigen Personengesellschaften erweitert.⁴⁶ Zum anderen erfasste die neu angefügte Nr. 5⁴⁷ als eine Art Generalklausel nunmehr jede „sonstige Person, die für die Leitung des [...] Unternehmens [...] verantwortlich handelt“. Mit dieser überschießenden Umsetzung der europäischen Vorgaben⁴⁸ ist eines der ursprünglichen Anliegen aus dem 2. WiKG letztlich verwirklicht worden: die Erweiterung des des Täterkreises auf „alle für die Leitung des Betriebes verantwortlich handelnden Personen“.⁴⁹

Daneben hatte die Entwicklung im Nebenstrafrecht abermals zu gewissen Widersprüchen geführt. Wieder hatten sich die Fälle gemehrt, „in denen die

43 Das geschah durch Art. 24 Nr. 2 des Gesetzes zur Einführung des Euro u. a. in Gesetzen des Ordnungswidrigkeitenrechts v. 13. 12. 2001, BGBI. I 2001,⁶⁸ S. 3574 (3578). Damit die Bewehrungsobergrenzen auch nach der Umstellung auf „glatte Signalbeträge“ lauten, wurde nicht nach dem amtlichen Umrechnungskurs von 1,955 83 DM, sondern im Verhältnis von 2 DM zu 1 Euro umgerechnet. Siehe BT-Drs. 14/6371, S. 11 (li. Sp.).

44 BT-Drs. 14/8998, S. 7 (re. Sp.).

45 Art. 3 Abs. 1 des Zweiten Protokolls zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften – ABl. EG v. 19. Juli 1997, C 221/13 – sah vor, dass eine Verbandssanktion auch möglich sein müsse, wenn bestimmte strafbare Handlungen „von einer Person begangen werden, [...] die eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person aufgrund [...] einer Kontrollbefugnis [...] innehat“. Diesen Fall sah die Entwurfsbegründung – BT-Drs. 14/8998, S. 7 (re. Sp.) u. S. 10 (re. Sp.) – im damaligen Recht nicht abgedeckt.

46 Art. 2 Nr. 4 lit. a) aa) des AusfG-EU, BGBI. I 2002⁶¹ S. 3387 (3388). Zu den Gründen für die Einbeziehung auch der Personengesellschaften siehe BT-Drs. 14/8998, S. 8 (li. Sp. f.).

47 Art. 2 Nr. 4 lit. a) cc) des AusfG-EU, BGBI. I 2002⁶¹ S. 3387 (3388); bb) ergänzte die Nr. 4 um das nunmehr erforderliche „oder“.

48 Die europäisch vorgegebene „Ausdehnung auf Leitungspersonen mit Kontrollbefugnissen“ wurde „zum Anlass genommen, den Personenkreis des § 30 Abs. 1 OWiG generell auf solche Personen zu erstrecken, die zum Kreis der für die Leitung des [...] Unternehmens verantwortlich handelnden Personen gehören.“ So BT-Drs. 14/8998, S. 11 (li. Sp.).

49 Mit ausdr. Verweis auf das 2. WiKG auch BT-Drs. 14/8998, S. 11 (li. Sp.).

Verbandsgeldbuße bei Ordnungswidrigkeiten als Bezugstaten einen höheren Bußgeldrahmen“ eröffnete „als bei einer Straftat.“⁵⁰ Entsprechend wurde die Bewehrungsobergrenze in Abs. 2 Satz 1 auf eine Million bzw. fünfhunderttausend Euro verdoppelt.⁵¹ Schließlich nutzte der Gesetzgeber die Gelegenheit, um das (wohl) letzte aus dem 2. WiKG verbliebene Redaktionsversehen zu beseitigen. Die Überschrift des Achten Abschnitts im Zweiten Teil wurde neugefasst, damit die Verbandsgeldbuße auch hier nicht mehr als Nebenfolge bezeichnet wurde.⁵²

Auch die Änderungen des EU-Rechtsinstrumente-Ausführungsgesetzes haben allein den Personenkreis der Verbandsgeldbuße erweitert und deren Bewehrungsobergrenzen angehoben. Zweck und Mechanismus des Instrumentes sind damit auch hier unangetastet geblieben.

VI. Achte GWB-Novelle¹

Das Achte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen² sah 2013 zwei Änderungen an der Verbandsgeldbuße vor. Zum einen sind Umgehungsmöglichkeiten in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge beseitigt worden. Zum anderen ist „das Schwert des § 30“ durch eine abermalige Anhebung der Bewehrungsobergrenze „weiter geschärft“ worden.³

Anm. 11.5: Der ursprüngliche Regierungsentwurf⁴ hatte noch keine Änderungen des OWiG vorgesehen. Erst nachdem der Bundesrat in seiner Stellungnahme auf Sanktionslücken im Hinblick auf die Rechtsnachfolge hinwiesen hatte,⁵ stellten die

50 BT-Drs. 14/8998, S. 11 (re. Sp.) mit einer Aufzählung entsprechender Ordnungswidrigkeitentatbestände.

51 Art. 2 Nr. 4 lit. b) des AusfG-EU, BGBl. I 2002⁶¹ S. 3387 (3388).

52 Art. 2 Nr. 6 des AusfG-EU, BGBl. I 2002⁶¹ S. 3387 (3388); BT-Drs. 14/8998, S. 12 (li. Sp.).

1 Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 26. 6. 2013 (8. GWB-Novelle), BGBl. I 2013³² S. 1738 ff.

2 Der ursprüngliche RegE – BT-Drs. 17/9852 – sah keine Änderungen des OWiG vor. Nachdem der BRat in seiner Stellungnahme – BT-Drs. 17/9852, S. 40 (li. Sp. f.) – auf Sanktionslücken im Hinblick auf die Rechtsnachfolge hingewiesen hatte, stellten die Koalitionsfraktionen im federführenden AfWirtTech einen Änderungsantrag, der in Nr. 15 die Einfügung des späteren Art. 4 vorsah, BT-(A)Drs. 17₍₉₎937, S. 5. Der Änderungsantrag ist, ohne dass über die Änderungen des OWiG beraten worden wäre, angenommen worden, Prot. AfWirtTech 17⁸⁰ S. 24–28.

3 Meyberg, in: BeckOK-OWiG²⁸ § 30 Rn. 7a.

4 BT-Drs. 17/9852.

Koalitionsfraktionen im federführenden Ausschuss für Wirtschaft und Technologie einen entsprechenden Änderungsantrag.⁶ Der Ausschuss hat den Antrag, ohne dass über die Änderungen des OWiG beraten worden wäre, angenommen⁷ und die Begründung wörtlich in seine Beschlussempfehlung übernommen.⁸

1. Verbandsgeldbuße und Gesamtrechtsnachfolge

Der Gesetzgeber war darum bemüht, die – mit den Worten des BGH⁹ – „misslichen Konsequenzen“ zu beseitigen, die sich in Fällen der Gesamtrechtsfolge aus dem Zusammenspiel von Analogieverbot und der Fassung des § 30 OWiG ergaben. Den Unternehmen bot sich hier die Möglichkeit, „bußgeldrechtlichen Sanktionen durch Umwandlungen zu entgehen.“¹⁰ Der neu eingefügte und bis heute gültige Absatz 2a¹¹ ermöglicht – als provisorische Übergangslösung¹² – für bestimmte Formen der Gesamtrechtsnachfolge die Festsetzung einer Verbandssanktion gegenüber dem Rechtsnachfolger. Absatz 6¹³ dehnte die Möglichkeit des dinglichen Arrests aus, um „Vermögensverschiebungen entgegenzuwirken, die außerhalb von Rechtsnachfolgetatbeständen erfolgen und in ähnlicher Weise die Festsetzung und Vollstreckung einer angemessenen Geldbuße erschweren bzw. vereiteln können“.¹⁴

Die Schließung dieser Lücken hat Zweck und Mechanismus der Verbands geldbuße unberührt gelassen. Im Gegenteil: Die Verbandsgeldbuße war seit jeher ein Instrument, das sicherstellen sollte, dass sich das Verbandsdelikt für die juristische Person nicht lohnt. Andernfalls käme es zum Anreiz der öko

5 BT-Drs. 17/9852, S. 40 (li. Sp. f.).

6 Siehe BT-(A)Drs. 17₍₉₎937. Dort ist in Nr. 15 (S. 5) die Einfügung des späteren Art. 4 der 8. GWB-Novelle vorgesehen.

7 Prot. AfWirtTech 17⁸⁰ S. 24–28.

8 Siehe BT-(A)Drs. 17₍₉₎937, S. 10 ff. u. BT-Drs. 17/11053, S. 20 (li. Sp. ff.).

9 Beschl. v. 10. 8. 2011 – KRB 55/10 – BGHSt 57, 193 ff. (Rn. 25).

10 Beratungen d. AfWirtTech, BT-Drs. 17/11053, S. 20 (li. Sp.).

11 Art. 4 Nr. 1 lit. b) der 8. GWB-Novelle, BGBl. I 2013³² S. 1738 (1748).

12 Nachdem der BRat in seiner Stellungnahme zur 8. GWB-Novelle – BT-Drs. 17/9852, S. 41 (li. Sp. f.) – auf die Sanktionslücken hingewiesen hatte, sagte die BReg. in der Gegenäußerung – BT-Drs. 17/9852, S. 49 (li. Sp.) – zu, einen Vorschlag zu unterbreiten. Sie würde ferner „ein Jahr nach dem Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle die Praxis mit der neuen Vorschrift überprüfen und danach entscheiden, ob gegebenenfalls gesetzlicher Nachbesserungsbedarf“ bestehe.

13 Angefügt durch Art. 4 Nr. 1 lit. c) der 8. GWB-Novelle, BGBl. I 2013³² S. 1738 (1748).

14 Beratungen d. AfWirtTech, BT-Drs. 17/11053, S. 23 (li. Sp.).

nomisch-rationalen Kollusion. Die im Verband zusammengefassten Personen würden dem potentiellen Täter die Tatertrags-finanzierte Übernahme der künftigen Individualsanktion in Aussicht stellen, um ihn zu möglichst vielen lukrativen Verbandsdelikten zu animieren. Die umfassende Abschöpfung der rechtswidrigen Tatgewinne macht dies unmöglich.

Solange aber die juristische Person der Gewinnabschöpfung durch umwandlungsrechtliche Gestaltungen entgehen kann, sind die rechtswidrigen Gewinne dem staatlichen Zugriff entzogen und stehen sie zur Tatertrags-finanzierten Sanktionsübernahme zur Verfügung. Dadurch würde wiederum der Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion gesetzt, der die Sanktions-androhung gegenüber dem potentiellen Täter der Verbandstat wirkungslos mache. Die Ausweitung der Verbandsgeldbuße auf den Rechtsnachfolger ist deshalb keine Änderung des ursprünglichen Instrumentes, sondern die konsequente Antwort auf Umgehungsversuche, die sich in der Praxis gezeigt hatten.

2. Trans-restitutive Verbandsgeldbuße?

Daneben ist die Bewehrungsobergrenze des Absatz 2 Satz 1 abermals verzehnfacht worden.¹⁵ Sie beträgt bei vorsätzlichen (Anknüpfungs-)Straftaten nunmehr zehn Millionen und bei Fahrlässigkeit fünf Millionen Euro. Ferner wurde in Absatz 2 ein neuer Satz 3 eingefügt.¹⁶ Danach verzehnfacht sich das durch Satz 2 angedrohte Höchstmaß, wenn gesetzlich auf den neuen Satz 3 verwiesen wird.¹⁷ Absatz 2 hat dadurch seine heute geltende Fassung erhalten.

a) Begründung für die Erhöhung

Wie schon zuvor hätte eine solche Anhebung der Bewehrungsobergrenze als solche auf Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße grundsätzlich keine Auswirkung gehabt. Bemerkenswert ist allerdings die Begründung, die in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technolo-

15 Art. 4 Nr. 1 lit. a) aa) der 8. GWB-Novelle, BGBl. I 2013³² S. 1738 (1748).

16 Art. 4 Nr. 1 lit. a) bb) der 8. GWB-Novelle, BGBl. I 2013³² S. 1738 (1748).

17 Der durch Art. 4 Nr. 2 lit. a) der 8. GWB-Novelle, BGBl. I 2013³² S. 1738 (1748) eingefügte § 130 Abs. 3 Satz 2 OWiG sieht einen solchen Verweis vor.

gie¹⁸ für die Erhöhung gegeben wird. Dort heißt es, dass der Bußgeldrahmen angesichts „der insbesondere im Bereich der Wirtschaftskriminalität erzielten Vermögensvorteile [...] nicht mehr angemessen“ erscheine. Zwar sehe § 17 Abs. 4 OWiG die Möglichkeit vor, das Höchstmaß zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils zu übersteigen. Das habe bei hohen wirtschaftlichen Vorteilen jedoch dazu geführt, „dass ein unverhältnismäßig hoher Anteil der Geldbuße ausschließlich der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils“ diene.

Das Unbehagen hinsichtlich dieses – vermeintlichen – Mangels der Verbandsgeldbuße beruht auf einer Empfehlung der OECD.¹⁹ Diese hatte bemängelt, dass durch „den konfiskatorischen Anteil der Geldbuße [...], selbst wenn es sich um hohe Beträge“ handele, „lediglich unrechtmäßig erworbenen Einnahmen entzogen“ würden. Die juristische Person werde „somit nur wieder in die finanzielle Lage zurückversetzt, in der sie sich befunden hätte, wenn die Tat nicht begangen worden wäre.“ Zwar hätten die verantwortlichen Prüfer festgestellt, dass schon „die Furcht vor einem Ansehensverlust einen stark abschreckenden Effekt haben“ könne. Gleichwohl dürfte „die Möglichkeit einer hohen zusätzlichen Geldbuße eine juristische Person wirksamer von der Bestechung ausländischer Amtsträger abhalten“. Deshalb werde Deutschland empfohlen, „das Höchstmaß des Sanktionsanteils der Geldbuße für juristische Personen anzuheben.“

b) Stellungnahme

Die Verbandsgeldbußen in den prominenten Schmiergeldskandalen von MAN und Siemens haben tatsächlich praktisch ausschließlich der Gewinnabschöpfung gedient.²⁰ Dieser quasi rein restitutive Charakter ist hingegen kein

18 BT-Drs. 17/11053, S. 20 (re. Sp.). Die wörtlichen Zitate sind dort entnommen.

19 Siehe OECD, ²⁰ Prüfber. Phase 3, S. 45, wo auch die wörtlichen Zitate entnommen sind. Auf den Prüfbericht wird in BT-Drs. 17/11053, S. 21 (li. Sp.) Bezug genommen.

20 Mit den beiden Geldbußen gegen die MAN SE wurden insgesamt (wohl) 150 Mio Euro Gewinn abgeschöpft, während der (Pseudo-)Ahndungsteil gerade einmal 600000 Euro (= 0,4 %) betrug, vgl. MAN SE, ²⁰ Zusf. Vergleichs-Bericht, S. 1 u. 5. Bei der Siemens AG wurde der (Pseudo-)Ahndungsteil bei einer Abschöpfung von 394,75 Mio. Euro mit 250000 Euro angegeben (≈ 0,06 %), vgl. Siemens AG, ²⁰ Bußgeldbescheid, S. 12 u. 13. Zu diesen und weiteren Fällen, siehe die Zusammenstellungen in OECD, ²⁰ Prüfber. Phase 3, S. 26 (Fn. 48) u. ²⁰ Prüfber. Phase 4, S. 84 (Rn. 246).

Mangel der Verbandsgeldbuße, sondern – wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat – deren ureigenes Konstruktionsprinzip. Die Kritik der OECD und der durch sie erkannte Handlungsbedarf im beratenden Ausschuss beruhen auf dem verbreiteten wie unzutreffenden Verständnis der Verbandsgeldbuße als einer typischen Geldbuße des Ordnungswidrigkeitenrechts.

Zur Erinnerung:²¹ Das „Strafrecht [im weiteren Sinne] bezweckt als ultima ratio den Rechtsgüterschutz durch das Mittel der mit Androhungsgeneralprävention ausgestatteten Verhaltensnormen“.²² Damit aber sind „Handlungsfähigkeit und Vermeidemacht [...] des Normadressaten logisch zwingend“ vorausgesetzt. Insofern ist es nicht nur sprachlich ungenau, sondern auch konzeptionell unzutreffend, wenn die OECD meint, „dass die Möglichkeit einer hohen zusätzlichen Geldbuße *eine juristische Person* wirksamer von der Bestechung ausländischer Amtsträger abhalten dürfte.“²³ So wenig die handlungs- und schuldunfähige juristische Person ausländische Amtsträger bestechen kann, so wenig kann sie durch die Androhung einer hohen trans-restitutiven Geldbuße davon abgehalten werden. Stets kann es im deutschen Strafrecht nur darum gehen, die für den Verband handelnden natürlichen Personen durch Androhung von Nachteilen zur Einhaltung der Verhaltensnormen anzuhalten. Dazu kann eine hohe trans-restitutive Verbandsgeldbuße selbstverständlich beitragen.

Vor diesem Hintergrund ist die Verbandsgeldbuße als rein restitutive Sanktion entwickelt worden. Die umfassende Abschöpfung des rechtswidrigen Tatgewinns soll sicherstellen, dass es nicht zu einer Tatertrags-finanzierten Übernahme der Individualsanktion durch den Verband kommen kann. Andernfalls müsste der allein mit Handlungsfähigkeit und Vermeidemacht ausgestattete Täter die angedrohte Sanktion nicht fürchten und sich auch um die Einhaltung der Verhaltensnormen nicht sorgen. Werden die Gewinne dagegen umfassend abgeschöpft, muss er vor Begehung der Tat grundsätzlich damit rechnen, die angedrohte und nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen bemessene (Individual-)Sanktion aus eigenem Vermögen aufbringen zu müssen. Die dergestalt angedrohte Sanktion ist danach – im Rahmen des strafrechtlich Möglichen – in der Lage, den allein handlungsfähigen Individualtäter zur Einhaltung der entsprechenden Verhaltensnormen anzuhalten, sprich: der Begehung von Straftaten vorzubeugen.

21 Ausf. zum historischen Zweck u. Mechanismus der Verbandsgeldbuße bereits im vorigen Kapitel (§ 10).

22 Siehe abermals Schünemann, ZIS 2014!¹ S. 1 (3).

23 OECD,² Prüfber. Phase 3, S. 45. Herv. nur hier.

Die Kritik der OECD an der deutschen Verbandsgeldbuße liegt deshalb neben der Sache. Die Vertragsparteien des Pariser Übereinkommens über die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17. Dezember 1997²⁴ haben sich nach Art. 2²⁵ dazu verpflichtet, „in Übereinstimmung mit ihren Rechtsgrundsätzen die erforderlichen Maßnahmen“ zu treffen, „um die Verantwortlichkeit juristischer Personen zu begründen.“ Das war durch § 30 OWiG bereits geschehen. Art. 3²⁶ Abs. 1 des Übereinkommens sah vor, dass die „Bestechung eines ausländischen Amtsträgers [...] mit wirksamen, angemessenen und abschreckenden Strafen bedroht“ werden solle. Soweit die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer juristischen Personen in der Rechtsordnung einer Vertragspartei nicht vorgesehen ist, solle diese gem. Art. 3 Abs. 2 des Übereinkommens sicherstellen, dass „juristische Personen wegen Bestechung ausländischer Amtsträger wirksamen, angemessenen und abschreckenden nicht-strafrechtlichen Sanktionen [...] unterliegen.“

Dem aber ist das deutsche Recht auch ohne trans-restitutive Verbandssanktion nachgekommen. Die Bestechung ausländischer Amtsträger durch Verbandsvertreter ist als Straftat ausgestaltet und entsprechende Verstöße sind intensiv verfolgt worden. Sogar die verantwortlichen Prüfer der OECD sprachen „Deutschland ihre Anerkennung für den hohen Grad der Durchsetzung aus, der [...] zu einer bedeutenden Zahl von Sanktionen gegen natürliche Personen geführt“ habe.²⁷ Die Frage des Evaluierungsteams, ob die bisherigen, praktisch rein konfiskatorischen Sanktionen gegen juristische Personen abschreckend wirkten, sei von den Vertretern des privaten Sektors einhellig bejaht worden.²⁸ Am größten sei in den Unternehmen jedoch die Furcht vor dem Ansehensverlust,²⁹ der auch völlig unabhängig von einer möglichen künftigen trans-restitutiven Verbandssanktion eintritt.

24 Das Übereinkommen ist nach Art. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung v. 10. 9. 1998 (IntBestG), BGBI. I,³⁷ S. 2327 (2327) in einer amtlichen deutschen Übersetzung (S. 2329 ff.) veröffentlicht worden.

25 Abgedruckt im Anschluss an das IntBestG, BGBI. I 1998,³⁷ S. 2327 (2331).

26 Auch Art. 3 des Übereinkommens ist im Anschluss an das IntBestG, BGBI. I 1998,³⁷ S. 2327 (2331) abgedruckt.

27 OECD, ²⁸ Prüfber. Phase 3, S. 40. Wenn auch die Prüfer zur Kenntnis genommen hätten, „dass die Geldstrafen für Auslandsbestechung laut Aussage der deutschen Behörden mit denen für andere Wirtschaftsstrftaten vergleichbar“ seien, gaben sie gleichwohl „ihrer Besorgnis Ausdruck, dass die bisher verhängten Sanktion u. U. nicht voll wirksam, angemessen und abschreckend“ seien.

28 OECD, ²⁹ Prüfber. Phase 3, S. 44 (Rn. 109).

Mit der nur restitutiven deutschen Verbandsgeldbuße unterliegen die juristischen Personen danach bereits einer „wirksamen, angemessenen und abschreckenden nicht-strafrechtlichen“ Geldsanktion i. S. d. Art. 3 Abs. 2 des Pariser Übereinkommens.³⁰ Sie gewährleistet, dass der individuelle Täter der Bestechung die angedrohte Sanktion – auch und gerade wegen des hohen Durchsetzungsgrades – als persönliches und abschreckend wirkendes Übel fürchten muss. Die daneben bestehende, von der Höhe der Sanktion völlig unabhängige und bereits jetzt als stark abschreckend wahrgenommene Furcht vor dem Ansehensverlust tut ihr Übriges. Ob „die Möglichkeit einer hohen zusätzlichen [trans-restitutiven] Geldbuße eine juristische Person“ – richtig: die für die juristische Person handelnde natürliche Person – tatsächlich noch „wirksamer von der Bestechung ausländischer Amtsträger abhalten dürfte“,³¹ ist eine andere Frage. Eine Verpflichtung Deutschlands, eine solche Sanktion vorzusehen, geht aus dem Übereinkommen jedenfalls nicht hervor.

c) Konsequenzen für die Verbandsgeldbuße

Gleichwohl: Die Aussage, der Abschöpfungsteil der Verbandsgeldbuße sei in den Fällen besonders hoher Vermögensvorteile unverhältnismäßig hoch,³² legt freilich nahe, dass der verbleibende (Pseudo-)Ahndungsteil nicht der Abschöpfung dienen solle. Darin kommt jedenfalls zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber sich einer trans-restitutiven Verbandssanktion wohl nicht mehr vollends versperrt.³³ Ob aber die bis dahin rein restitutive Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG durch die 8. GWB-Novelle tatsächlich in eine trans-restitutive überführt werden sollte, erscheint sehr zweifelhaft.

Zum einen ist die Umsetzung eines solch erheblichen Schrittes zu sehr zwischen Tür und Angel erfolgt. Weder im Regierungsentwurf³⁴ noch in der Stellungnahme des Bundesrates³⁵ war eine entsprechende Umstellung vorge-

30 Abgedruckt im Anschluss an das IntBestG, BGBl. I 1998;³⁷ S. 2327 (2331). Siehe nur Korte, NZWiSt 2018;¹⁰ S. 393 (394), der zutr. anmerkt: „Die Konzeption des Zweiten Protokolls entspricht – nicht ganz zufällig – im Wesentlichen der Konzeption der Verantwortlichkeit juristischer Personen im deutschen Recht nach §§ 30, 130 OWiG.“

31 OECD, @ Prüfber. Phase 3, S. 45.

32 BT-Drs. 17/11053, S. 20 (re. Sp.).

33 Für mögliche Argumente u. eine dogmatische Begründung für ein solches Instrument siehe oben § 10 C. III. 2. (S. 353).

34 Der RegE – BT-Drs. 17/9852, S. 7 ff. – hatte überhaupt keine Änderungen im OWiG vorgesehen.

sehen gewesen. Die Verzehnfachung der Bewehrungsobergrenze ist erst – auf den Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen hin³⁶ – im federführenden Ausschuss für Wirtschaft und Technologie³⁷ eingearbeitet worden. Weder im Ausschuss³⁸ noch im Plenum³⁹ ist über die Erhöhung diskutiert worden. Das fehlende Bewusstsein für die Tragweite der Aussage mag sicherlich auch daran gelegen haben, dass der restitutive Charakter der Verbundgeldbuße im Zuge der langen Auseinandersetzung in Wissenschaft und Praxis nicht mehr präsent vor Augen war. Die bisherige Untersuchung hat aber gezeigt, dass der Gesetzgeber diese grundlegende Ausrichtung der Verbundgeldbuße nicht angerührt hatte. Auch kann dem nicht entgegengehalten werden, die Verbundgeldbuße habe sich in der Praxis zu einem trans-restitutiven Instrument entwickelt. Denn es war ja gerade die Justizpraxis, die – in einer vermeintlich „genialen Intuition“⁴⁰ – die Abschöpfungskomponente der Verbundgeldbuße seit jeher „vollständig in den Vordergrund“ gerückt hatte.⁴¹

Darüber hinaus wäre die Umstellung, wenn sie denn wirklich eine solche hätte sein sollen, zu halbherzig erfolgt. War der Pseudo-Ahndungsteil gemessen am Abschöpfungsteil zuvor nicht mehr als ein Tropfen auf den heißen Stein,⁴² fielen nunmehr an derselben Stelle zehn Tropfen.⁴³ An dem

35 Siehe die Anlage 3 zu BT-Drs. 17/9852, S. 40 ff. Auf S. 40 (li. Sp. f.) weist der BRat lediglich darauf hin, dass es in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge zu Sanktionslücken komme, die im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens geschlossen werden mögen.

36 Siehe Nr. 15 des Änderungsantrages in: BT-(A)Drs. 17₍₉₎937, S. 5 u. die entsprechende Begründung auf S. 10 ff.

37 Siehe die Nr. 3 der Beschlussempfehlung in: BT-Drs. 17/11053, S. 7 f.

38 Siehe Prot. AfWirtTech 17⁸⁰, S. 24–28.

39 Eine Aussprache zu Art. 4 des Entwurfes, der die Änderungen an § 30 OWiG vorsah, ist im Plenum weder in der zweiten noch in der dritten Lesung erfolgt, siehe BT-PlenProt. 173/V, S. 23927 ff. bzw. S. 23939.

40 Tatsächlich war es nicht die von Schünemann, ZIS 2014¹ S. 1 (6 f.) gerühmte „geniale Intuition“, sondern die hemdsärmelige Weiterung der Gewinnabschöpfung in § 13 Abs. 4 OWiG₆₈, die dem ursprünglich zur Abschöpfung des mittelbaren Verbundgewinnes konzipierten Pseudo-Abschöpfungsteil jede eigenständige Bedeutung nahm. Dazu oben § 10 D. III. 1. (S. 387).

41 So ausdr. Schünemann, ZIS 2014¹ S. 1 (6 f.) m. w. N. u. Bsp., der darin eben „eine geniale Intuition“ u. nicht die historische Konzeption des Gesetzgebers erkennt.

42 OECD,⁸¹ Prüfber. Phase 4, S. 83 (Rn. 243) gibt einen Professor wieder, der den ursprünglichen Ahndungsteil als einen „Witz“ bezeichnet habe.

43 Verzehnfacht man der Einfachheit halber in den eben genannten Fällen die jeweiligen (Pseudo-)Ahndungsteile, so hätten sie bei MAN 6 Mio. Euro (= 4 %) u. bei Siemens 2,5 Mio. Euro (≈ 0,6 %) betragen.

mehr symbolischen Charakter der vermeintlichen Ahndung hat sich dadurch nichts geändert.⁴⁴ Auch die OECD, die die Verzehnfachung zwar begrüßt hat, wollte Deutschland weiterhin ermutigen, den Sanktionsrahmen weiter anzuheben.⁴⁵

Schließlich müsste das Gesetz, wenn es dem Verband tatsächlich ein trans-restitutives Übel zufügen wollte, Maßstäbe und Kriterien aufstellen, um dessen Höhe zu bestimmen.⁴⁶ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt auch gegenüber juristischen Personen, dass zwischen dem sanktionierten Unrecht und dem Umfang der Sanktion ein angemessenes Verhältnis besteht.⁴⁷ Solche Kriterien sucht man in der 8. GWB-Novelle indes vergebens. Die Praxis musste sich in Ermangelung sonstiger Anhaltspunkte wie auch zuvor – und contra legem – in eine entsprechende Anwendung der Kriterien des § 17 Abs. 3 OWiG flüchten, die aber bislang nur die symbolischen Pseudo-Ahndungsteile ausgeworfen hatte.

d) Zwischenfazit

Vor diesem Hintergrund scheint auch die Verzehnfachung der Bewehrungs-obergrenze durch die 8. GWB-Novelle an Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße nichts geändert zu haben. Der Gesetzgeber hat zwar signalisiert, dass er sich gegenüber trans-restitutiver Verbandssanktionen öffne. Die dazu notwendigen Schritte sind in der 8. GWB-Novelle jedoch nicht ergriffen worden. Die Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG war weiterhin eine reaktiv-retrospektive und praktisch rein restitutive Verbandssanktion, neben deren Abschöpfungsteil ein – nunmehr verzehnfachter, aber doch – symbolisch bleibender Pseudo-Ahndungsteil tritt.

44 Bei den möglichen Gewinnen im Falle der Nicht-Aufdeckung werden diese Beträge kaum eine abschreckende Wirkung haben.

45 OECD,⁴⁸ Prüfber. Phase 4, S. 87.

46 Das Fehlen solcher Kriterien u. Maßstäbe hat auch die OECD,⁴⁹ Prüfber. Phase 4, S. 85 (Rn. 248) bemängelt.

47 Ausf. zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz u. seinen Aussagen zu Sanktionen gegenüber juristischen Personen bereits oben § 10 C. IV. 1. (S. 360).

VII. Gesetz zur Reform der Vermögensabschöpfung⁴⁸

Seine heutige Fassung erhielt § 30 OWiG durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. Dabei handelt es sich um reine Folgeänderungen. Die Neufassung⁴⁹ der Vorschriften zu Verfall und Einziehung im StGB machte eine Anpassung⁵⁰ des auf sie verweisenden § 30 Abs. 5 OWiG erforderlich. Mit der Versetzung der Vorschrift zum dinglichen Arrest in der StPO⁵¹ musste auch der hierauf verweisende § 30 Abs. 6 OWiG angepasst werden.⁵² Auswirkungen auf Zweck oder Mechanismus der Verbandsgeldbuße sind bei diesen Änderungen nicht zu erkennen.

Anm. 11.6: Dass in § 30 Abs. 5 OWiG nunmehr auf § 73 StGB n. F. verwiesen wird, kann nur ein Redaktionsverssehen sein.⁵³ Tatsächlich müsste § 30 Abs. 5 OWiG auf § 73b StGB verweisen. Denn die vormals in Bezug genommene und in § 73 Abs. 3 StGB a. F.⁵⁴ geregelte Möglichkeit des Verfalls bei Dritten ist durch die Neufassung des Siebenten Titels⁵⁵ in die eigenständige Einziehungs-Regelung des § 73b StGB ausgelagert worden.⁵⁶ Das muss bei der bloßen „Folgeänderung“ des § 30 Abs. 5 OWiG übersehen worden sein.⁵⁷ Dass die juristische Person – wie es der Verweis auf § 73 StGB impliziert – durch die Änderungen im VermAbsch-RefG nunmehr Täter oder Teilnehmer der Anknüpfungstat sein sollte, muss ernstlich bezweifelt werden.

48 Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 13. 4. 2017 (VermAbsch-RefG), BGBl. I 2017²² S. 872 ff.

49 Art. 1 Nr. 13 des VermAbsch-RefG, BGBl. I 2017²² S. 872 (873).

50 Art. 5 Nr. 5 lit. a) des VermAbsch-RefG, BGBl. I 2017²² S. 872 (889).

51 Art. 3 Nr. 3 des VermAbsch-RefG, BGBl. I 2017²² S. 872 (879).

52 Art. 5 Nr. 5 lit. b) des VermAbsch-RefG, BGBl. I 2017²² S. 872 (889).

53 Welche weiteren Konsequenzen dieser Fehl-Verweis hat, kann an dieser Stelle nicht untersucht werden. Der Gesetzgeber täte im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes jedenfalls gut daran, den missglückten Verweis auf die neue Einziehungsregelung zu korrigieren.

54 § 73 Abs. 3 StGB lautete in der zuvor gültigen Fassung des Art. 3 Nr. 1 lit. b) des AWG-ÄndG₉₂, BGBl. I 1992¹⁰ S. 372 (374): „Hat der Täter [...] für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt, so richtet sich die Anordnung des Verfalls [...] gegen ihn.“

55 Art. 1 Nr. 13 des VermAbsch-RefG, BGBl. I 2017²² S. 872 (873).

56 Die Entwurfsbegründung – BT-Drs. 18/9525, S. 61 – gibt für die nunmehr eigenständige Vorschrift zur Vermögensabschöpfung bei einem anderen als dem Täter oder Teilnehmer systematische Gründe an.

57 Von einer solchen spricht BT-Drs. 18/9525, S. 105.

VIII. Neunte GWB-Novelle¹

Zum Abschluss der Änderungshistorie ist noch kurz auf das Neunte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen einzugehen. Zwar hat es den Wortlaut des § 30 OWiG unberührt gelassen. Gleichwohl ist das Maßnahmenarsenal gegenüber juristischen Personen durch Einführung einer „unternehmensgerichteten Sanktion“ erweitert worden.² In deren Zusammenhang hat der Gesetzgeber kürzlich durchblicken lassen, wie Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße in § 30 OWiG auch aktuell noch zu verstehen sind. Die darüber hinaus gehenden Fragen der Unternehmenssanktion würden freilich nach einer eigenen Monographie verlangen und müssen hier ausgeklammert bleiben.

1. Unternehmensgerichtete Geldbuße

Trotz der Einführung des § 30 Abs. 2a OWiG durch die 8. GWB-Novelle waren den an kartellrechtlichen Verstößen beteiligten Unternehmen zahlreiche Möglichkeiten verblieben, sich der Bußgeldverantwortlichkeit zu entziehen.³ Als besonders prekär wurde es empfunden, dass die Vermeidung oder Verringerung von Bußgeldern bei schwerwiegenden Kartellrechtsdelikten mit besonders hoher Sozialschädlichkeit gerade größeren Unternehmen viel leichter falle als kleineren.⁴ Diese Gerechtigkeitslücke wollte der Gesetzgeber durch die 9. GWB-Novelle schließen.

Zu diesem Zweck hat er in § 81 GWB durch Einfügung der Absätze 3a–3e eine sog. „unternehmensgerichtete“ Geldbuße geschaffen.⁵ Den Ausgangspunkt bildet § 81 Abs. 3a GWB, der – anders als bisher nicht den Kreis tauglicher Anknüpfungstäter, sondern – den Kreis möglicher Bußgeldadresaten erweitert.⁶ Er setzt voraus, dass ein tauglicher Täter i. S. d. § 30 Abs. 1

1 Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 1. 6. 2017 (9. GWB-Novelle), BGBl. I,³³ S. 1416 ff.

2 Siehe Art. 1 Nr. 51 der 9. GWB-Novelle, BGBl. I 2017³³ S. 1416 (1428) sowie die Erläuterungen im RegE in: BT-Drs. 18/10207, S. 84 ff.

3 Zypries, in: BR-PlenProt. Nr. 951, S. 484 (C) sprach von „gesellschaftsrechtlichen Tricks“. Zu den Details u. den verschiedenen Umgehungsmöglichkeiten siehe BT-Drs. 18/10207, S. 84. Mägerly. Schreitter, NZKart 2017⁶ S. 264 (270 f.) bestreiten, dass es „lösungsbedürftige Effektivitätsprobleme“ gegeben habe, u. sprechen insoweit von einer nicht belegten Behauptung in der Entwurfsbegründung.

4 BT-Drs. 18/10207, S. 84 f.

5 Siehe Art. 1 Nr. 51 lit. b) der 9. GWB-Novelle, BGBl. I 2017³³ S. 1416 (1428).

OWiG eine vertretungs- und *unternehmensbezogene* Kartellordnungswidrigkeit nach den § 81 Abs. 1 bis 3 GWB begeht.⁷ Dann kann – über § 30 Abs. 1 u. 2a OWiG hinaus – eine Geldbuße nicht lediglich⁸ gegen diejenige juristische Person festgesetzt werden, für die der Täter als Leitungsperson verantwortlich gehandelt hatte. Vielmehr kann die Geldbuße „auch gegen weitere juristische Personen“ festgesetzt werden, „die das Unternehmen zum Zeitpunkt der Begehung der Ordnungswidrigkeit gebildet haben und die auf die juristische Person [...], deren Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat, [...] einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben“.⁹ § 81 Abs. 3b GWB erweitert den Adressatenkreis für die Fälle der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge auf den oder die Rechtsnachfolger, Absatz 3c auf den oder die wirtschaftlichen Nachfolger.¹⁰ Absatz 3d trifft in Satz 1 in Anlehnung an § 30 Abs. 2 Satz 2 OWiG Regelungen zum Höchstmaß der Geldbuße sowie zur Verjährung und sieht in Satz 2 für die Geldbuße nach Absatz 3a ein selbständiges Verfahren vor. § 81 Abs. 3e GWB schließlich erklärt die Vorschriften zur Gesamtschuld auf die juristischen Personen, gegen die wegen derselben Ordnungswidrigkeit Geldbußen festgesetzt werden, für entsprechend anwendbar.

2. Bedeutung für die Verbandsgeldbuße

Die Entwurfsbegründung hat viel Mühe darauf verwandet, die Erwägungen für diese unternehmensgerichtete Sanktion kund zu tun. Dabei ist es trotz vorsichtiger Anzeichen nicht gelungen, das nunmehr überkommene Korsett einer (vermeintlich notwendigen) Schuldzurechnung abzustreifen, mit der sich die neue Unternehmenssanktion gerade nicht begründen lässt. Wird die unternehmensgerichtete Sanktion dagegen als konsequente Weiterentwicklung der ursprünglichen Verbandsgeldbuße gedacht, so bereitet ihre Begründung keine Schwierigkeiten. Das so verstandene Begründungskonzept lässt sich

6 BT-Drs. 18/10207, S. 86.

7 Unternehmensbezogen meint in Anlehnung an den oben entwickelten Begriff des Verbandsbezugs eine Anknüpfungstat, „durch die Pflichten, welche das Unternehmen treffen, verletzt worden sind oder das Unternehmen bereichert worden ist oder werden sollte,“ § 81 Abs. 3a GWB.

8 Gegen die juristische Person, für die gehandelt worden ist, kann selbstverständlich weiterhin eine Geldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG festgesetzt werden.

9 Zu den Begriffen des „Unternehmens“ u. des „bestimmenden Einflusses“, auf die es hier nicht maßgeblich ankommt, siehe BT-Drs. 18/10207, S. 89 f.

10 Details in: BT-Drs. 18/10207, S. 91 f.

darüber hinaus mit zentralen Passagen der Entwurfsbegründung in Einklang bringen und zeigt schließlich, dass die Verbandsgeldbuße noch ein halbes Jahrhundert nach Verabschiedung des § 26 OWiG⁶⁸ ist, was sie ursprünglich war: eine reaktiv-retrospektive und restitutive Verbandssanktion.

a) Unternehmenssanktion und Schuldzurechnung

Zwar lässt die Entwurfsbegründung durchscheinen, dass der Gesetzgeber den Schuldgrundsatz bei Sanktionen gegenüber juristischen Personen wohl nicht länger als unüberwindliches Hindernis gelten lassen möchte. Denn dieser Grundsatz stehe „nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes in tragendem Zusammenhang mit der Menschenwürdegarantie“, sodass sich juristische Personen auf ihn nicht uneingeschränkt berufen könnten.¹¹ Maßgeblich sei vielmehr der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seiner Ausprägung als Übermaßverbot, der insoweit verlange, dass die Sanktion „in einem gerechten Verhältnis zu Schwere und Vorwerfbarkeit der Ordnungswidrigkeit“ stehe und „die auferlegte Belastung für den Adressaten zumutbar“ sei.¹²

Die letzte Konsequenz will der Gesetzgeber hieraus gleichwohl nicht ziehen. Er besteht darauf, dass die in § 81 Abs. 3a–e GWB angeordnete Bußgeldverantwortlichkeit auch im Falle seiner „uneingeschränkten Geltung [...] mit dem Schuldprinzip vereinbar“ sei.¹³ Die „rechtswidrige und vorwerfbare Handlung einer natürlichen Person“ bleibe auch hier „Voraussetzung und Anknüpfungspunkt der Sanktionierung.“ Das für notwendig erachtete Festhalten an diesem Erfordernis schließe es indes nicht aus, „die materielle Verantwortlichkeit bewusst vom einzelnen Rechtsträger zu lösen[,] auf das Unternehmen [als wirtschaftliche] Einheit zu beziehen und dessen

11 So BT-Drs. 18/10207, S. 87 unter Verweis auf BVerfG, Urt. v. 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08 u. a. („Lissabon“) – BVerfGE 123, 267 ff. (413) u. Beschl. v. 26. 2. 1997 – 1 BvR 2172/96 („Aufzeichnungspflicht“) – BVerfGE 95, 220 ff. (241 f.).

12 BT-Drs. 18/10207, S. 87. Damit geht auch der Gesetzgeber der 9. GWB-Novelle von den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus, die oben auf § 10 C. IV. 1. (S. 360) entwickelt worden sind. Der auf BVerfG, Beschl. v. 25. 10. 1966 – 2 BvR 506/63 („nulla poena sine culpa“) – BVerfGE 20, 323 ff. (331) gestützte Einwand bei *Achenbach*, wistra 2018⁵, S. 185 (189) u. *Mägerl v. Schreitter*, NZKart 2017⁶, S. 264 (274 u. 278), wonach das Schuldprinzip nicht in der Menschenwürde, sondern im Rechtsstaatsprinzip wurzele, verfängt nicht. Er übersieht, dass diese Anknüpfung durch die Rechtsprechung des BVerfG überholt ist, das den Schwerpunkt immer weiter in Richtung der Menschenwürde verschoben hat.

13 Die wörtlichen Zitate dieses Absatzes sind BT-Drs. 18/10207, S. 87 f. entnommen.

Rechtsträger [...] gesamtschuldnerisch einstehen zu lassen.“ Die einzelne juristische Person sei im einheitlich gelenkten Unternehmen ein jederzeit veränderliches Zweckgebilde und „daher für Sanktionszwecke kein zwingend vorgegebener Parameter.“ Deshalb stehe nichts im Wege, „die aus dem schuldhaften Verhalten der Leitungsperson“ eines zum Unternehmen gehörenden Rechtsträgers „folgende bußgeldrechtliche Verantwortung dem Gesamtunternehmen zuzuweisen.“ Die einzelnen Rechtsträger, „die das Unternehmen zur [Tatzeit] bilden oder es als deren Gesamtrechtsnachfolger oder neuer Betreiber fortsetzen,“ müssten deshalb nicht für „fremdes Verschulden“ haften. Ihre gesamtschuldnerische Haftung folge „vielmehr aus ihrer Eigenschaft als Bestandteil bzw. Repräsentanten der materiell verantwortlichen Gesamtheit Unternehmen“.

Dieser Begründungsversuch des Gesetzgebers ist – ohne dass hier auf die Einzelheiten eingegangen werden könnte oder müsste – zu Recht auf massive Kritik gestoßen.¹⁴ Das Gebräu aus Kollektiv-Haftung der Konzerngesellschaften und geerbter Schuld der Nachfolger lässt sich schon im Ausgangspunkt nicht begründen, wenn der Gesetzgeber weiter an einem wie auch immer gearteten Schuldzurechnungsmodell festhalten möchte. Wer die Sanktion gegen eine bestimmte juristische Person zur Wahrung des Schuldprinzips von dem vorwerfbaren „Fehlverhalten einer für sie verantwortlich handelnden Person“ abhängig macht, ist selbstverständlich daran gehindert, „die materielle Verantwortlichkeit bewusst vom einzelnen Rechtsträger zu lösen“ und auf einen anderen zu übertragen. Andernfalls würde eine bestimmte juristische Person von einer Sanktion getroffen, obwohl das schuldhafte Fehlverhalten einer für sie handelnden natürlichen Person gerade fehlt.¹⁵ Wer den innersten Grund der Sanktion in einem Vorwurf sieht, kann nur denjenigen sanktionieren, der – ggf. auch nur kraft Zurechnung – das vorwerfbare Verhalten kannte oder erkennen konnte und es deshalb hätte vermeiden können. Wo der Organwalter der Konzernobergesellschaft die Anknüpfungstat weder kennen noch erkennen konnte und auch eine Aufsichtspflicht nicht verletzt worden ist, bleibt nichts übrig, was ebendieser juristischen Person kraft Zurechnung vorgeworfen werden könnte. Für den Rechtsnachfolger, dessen Kenntnis und

14 Siehe nur *Birger*, NZKart 2017¹² S. 624 (629), der von einem „verzweifelte[n] Versuch“ des Gesetzgebers spricht, „die deutsche Dogmatik der Verbandsverantwortlichkeit vor einer [durch und durch pragmatischen] Europäisierung zu retten.“ Krit. auch *Mägerl/v. Schreitter*, NZKart 2017⁶ S. 264 (270 ff.) m. w. N. (Fn. 39).

15 Ähnlich *Mägerl/v. Schreitter*, NZKart 2017⁶ S. 264 (275), die aber den Schuldgrund- satz tatsächlich für maßgebend halten.

Erkennbarkeit zur Tatzeit schon denklogisch ausgeschlossen ist, gilt dies umso mehr.

Kurzum: Mit der unternehmensgerichteten Sanktion hat der Gesetzgeber das ohnehin nicht recht passende Schuldzurechnungsmodell endgültig über die Klippe geschubst.

b) Besser: Unternehmenssanktion als Gewinnabschöpfung

Dabei lässt sich die von dem Gesetzgeber geschaffene unternehmensgerichtete Sanktion ganz zwanglos erklären, wenn in ihr die tertiäre Abschöpfungsmaßnahme gesehen wird.¹⁶ Dazu ist der unnötige Schleier einer wie auch immer gearteten Schuldzurechnung beiseite zu schieben. Das dann verbleibende Begründungsdefizit des Gesetzgebers, das „dogmatische Vakuum“¹⁷ ist durch die in Vergessenheit geratene und hier wieder aufgedeckte ursprüngliche Konzeption der Verbandsgeldbuße zu schließen. Die viel gescholtene Lösung des Gesetzgebers wird dann zu einer äußerst eleganten, konsequenten und notwendigen Weiterentwicklung der richtig verstandenen Verbandsgeldbuße.

Das ursprüngliche Problem, zu dessen Lösung die Verbandsgeldbuße ersonnen wurde, war das Auseinanderfallen von begünstigtem und mit der (Individual-)Sanktion erreichbarem Vermögen. Die rechtswidrigen Taterträge waren nicht dem sanktionierbaren Täter, sondern der juristischen Person zugeflossen, deren Vermögen dem staatlichen Zugriff entzogen war. Dieses Auseinanderfallen setzte den nunmehr oft genug beschriebenen Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion und musste das auf die Verantwortlichkeit allein des individuellen Täters abzielende Strafrecht vor unlösbare Aufgaben stellen. Der strafrechtliche Güterschutz drohte ins Leere zu laufen. Die Lösung war die Schaffung der Verbandsgeldbuße, die den rechtswidrigen Vermögensvorteil dort abschöpfen sollte, wo er entstanden war: bei der juristischen Person.

Die Weiterentwicklung der Wirtschaft hat nunmehr dazu geführt, dass einzelne juristische Personen oft nicht autonom agieren, „sondern mit anderen Rechtsträgern zu einem einheitlichen Unternehmen im Sinne des Kartellrechts verbunden“ sind.¹⁸ Die zusammengefassten juristischen Personen

16 Dem stehen die Berechnungsgrundsätze der Kartellgeldbuße nicht entgegen. Dazu unten B. II. 3. (S. 454).

17 Schroth, wistra 1986⁴ S. 158 (163).

stellen insoweit jedoch „keine vorgegebene Größe dar, sondern sind Zweckgebilde, die in einheitlich gelenkten Unternehmen jederzeit verändert werden können.“ Das eröffnet zahllose Möglichkeiten, eine einzelne juristische Person, für die eine Anknüpfungstat begangen wurde, aufzulösen, künstlich zu entreichen oder von vornherein mit geringer Finanzausstattung zu versehen und deren anschließende Insolvenz in Kauf zu nehmen.¹⁹ Mit anderen Worten: Zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten machen es gerade in großen und einheitlich gelenkten Konzernen möglich, Vermögen(sbestandteile) einer juristischen Person und damit deren rechtswidrige Tatgewinne innerhalb des Konzerns zu verschieben und zu verstecken. Damit sind diese Taterträge weder im Vermögen des einzelnen Täters noch im Vermögen der juristischen Person vorhanden, für die gehandelt worden ist.²⁰ Sie sind einem Vermögen zugeflossen, auf das der Staat weder durch Individualsanktionen noch durch Verbandsgeldbußen zugreifen kann.

Das erneute Auseinanderfallen von begünstigtem und staatlich sanktionsbarem Vermögen stellt das Strafrecht wie zuvor vor das Problem der ökonomisch-rationalen Kollusion. Und wieder ist der Lösungsmechanismus derselbe: Damit das Strafrecht seine Aufgabe erfüllen kann, muss die Präventionswirkung der Individualsanktion geschützt werden, indem die rechtswidrigen Taterträge dort abgeschöpft werden, wo sie hingeflossen sind. Hatte es zuvor genügt, auf das Vermögen der einzelnen, begünstigten juristischen Person zuzugreifen, muss nunmehr auf alle weiteren juristischen Personen zugegriffen werden, in denen sich die Taterträge verstecken lassen.²¹ Das sind die Konzerngesellschaften, die bei Begehung der Tat bestimmenden Einfluss hatten (Abs. 3a), die Rechtsnachfolger (Abs. 3b) und die wirtschaftlichen Nachfolger (Abs. 3c). Weil niemand einen schutzwürdigen Anspruch hat, rechtswidrige Taterträge behalten zu dürfen, bereitet die dogmatische Begründung einer nur restitutiven Sanktion auch gegenüber diesen Rechtsträgern keine Mühe. Auf eine – insbesondere in den Nachfolgekonstellationen nicht mehr vernünftig begründbare – Schuldzurechnung ist eine solche Sanktion gar nicht angewiesen.

18 BT-Drs. 18/10207, S. 87.

19 Siehe abermals die Zusammenstellung in: BT-Drs. 18/10207, S. 84.

20 Ausdr. BT-Drs. 18/10207, S. 87: „Die aus der Tat erlangten Vorteile kommen [...] nicht allein dem einzelnen Rechtsträger, sondern der gesamten unternehmerischen Einheit zugute.“

21 Vor diesem Hintergrund ist es wenig überzeugend, wenn der Gesetzgeber gerade Schwestergesellschaften ausgenommen hat, BT-Drs. 18/10207, S. 86.

Anm. 11.7: Mit dieser Argumentation lässt sich – worauf bereits hingewiesen wurde – auch über eine trans-restitutive Verbands- und Unternehmensanktion nachdenken: Das Strafrecht dient dem Schutz von Rechtsgütern, indem es die Einhaltung der primären Verhaltensnormen durch Androhung, Festsetzung und Vollstreckung spezifisch strafrechtlicher Sanktionen zu gewährleisten versucht. Wo diese Sanktionsnormen auf systemische Wirksamkeitsdefizite stoßen, müssen sie – schon um nicht zu ungeeigneten und damit verfassungswidrigen Mitteln zu werden – durch zusätzliche Instrumente abgesichert werden. Gelingt deshalb der Nachweis, dass die bloße Abschöpfung des Gewinns nicht ausreicht, den Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion zu beseitigen,²² so sind Eignung und Erforderlichkeit einer trans-restitutiven Verbands- und Unternehmensanktion erwiesen.²³ Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit i. e. S. müssten schließlich Kriterien aufgestellt werden, wie das trans-restitutive Übel zu bemessen ist, damit zwischen Zuwiderhandlung und Sanktion ein angemessenes Verhältnis besteht. Der Schuldgrundsatz steht einer solchen intendierten Übelszufügung nicht im Wege, weil juristische Personen sich auf die ihn tragende Menschenwürde nicht berufen können.²⁴ Auf eine wie auch immer geartete Schuldzurechnung kommt es deshalb gar nicht an.

c) Mitgedachter Lösungsmechanismus

Verschiedene Stellen der Entwurfsbegründung lassen sich mit der so verstandenen Unternehmensanktion viel eher vereinbaren. Immerhin soll die vorgesehene Ausweitung der möglichen Bußgeldadressaten „die Ziele der Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG“ auch in Fällen erreichen können, in denen der einzelne Rechtsträger nicht autonom agiere.²⁵ Diese Ziele bestünden namentlich darin, „das Vermögen desjenigen zu treffen, dem die finanziellen Vorteile aus einer in seinem Interesse vorgenommenen Betätigung zufließen“.²⁶ Es handele sich bei einer solchen Geldbuße „nicht um eine originäre

22 Etwa weil die erwartbaren Taterträge gemessen an der mit der niedrigen Entdeckungswahrscheinlichkeit gewichteten erwartbaren Sanktion wirtschaftlich doch als lohnendes Geschäft erscheinen. Ausf. zu dem Konzept der „expected punishment cost“, *Coffee*, MichLawRev 79³ (1981), S. 386 (389 f.). *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 161 f. weist auf die Sanktionsrate von deutlich unter 100 % hin u. spricht der bloßen Wiederherstellung des status quo ante deshalb jede Abschreckungswirkung ab.

23 Ob es bei allen nunmehr von § 81 Abs. 3a–e GWB erfassten Rechtsträgern – insb. bei den wirtschaftlichen Nachfolgern – gelingen kann, die Notwendigkeit einer Übelszufügung nachzuweisen, erscheint äußerst fraglich, kann u. muss hier aber nicht entschieden werden.

24 Dazu ausf. bereits oben § 10 C. IV. 1. (S. 360).

25 BT-Drs. 18/10207, S. 87.

Sanktion als Antwort auf eine eigene Pflichtwidrigkeit der Leitungspersonen“ bestimmter Rechtsträger „und auch nicht um eine spezialpräventive, auf Leitungspersonen eines bestimmten Rechtsträgers des Unternehmens zielende Maßnahme.“²⁷ Vielmehr solle die kartellrechtliche Verbandsgeldbuße „das zu bestimmten wirtschaftlichen Zwecken eingesetzte Vermögen der Wirtschaftsteilnehmer“ treffen, „die von der Ordnungswidrigkeit profitieren“.²⁸ Das gewährleiste, dass „sich kartellrechtliche Absprachen im Ergebnis nicht lohnen und die Unternehmen“ – genauer: die für sie handelnden natürlichen Personen – „angehalten werden, die zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs errichteten Gebote und Verbote zu beachten.“ Das entspricht – wenn auch nur kurz und dunkel – in beeindruckende Weise dem Mechanismus, der oben bei der Begründung des § 26 OWiG₆₈ freigelegt worden ist.

3. Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber hat in der 9. GWB-Novelle mittelbar und mit anderen Worten bestätigt, was hier als Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße entwickelt worden ist: Die neue Sanktion soll gegenüber den zur wirtschaftlichen Einheit zusammengefassten Rechtsträgern die Ziele des § 30 OWiG verfolgen. Sie soll das Vermögen treffen, das von der Anknüpfungstat profitiert hat. Durch die umfassende (tertiäre) Abschöpfung der Taterträge soll sichergestellt werden, dass sich der von der Leitungsperson begangene Rechtsverstoß für die juristische Person bzw. die zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundenen oder diesen nachfolgenden Rechtsträger nicht lohnt.²⁹ Wo der Rechtsverstoß kein lohnendes Geschäft mehr ist, wird der Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion beseitigt. Der potentielle Täter muss

26 BT-Drs. 18/10207, S. 87 in offensichtlicher Anknüpfung an BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.).

27 BT-Drs. 18/10207, S. 88 unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 11. 3. 1986 – KRB 8/85 – wistra 1986⁵ S. 221 f. (222) u. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28. 11. 2012 – V-4 Kart 3/12 (OWi) – NZKart 2013⁶ S. 254 ff. (255).

28 BT-Drs. 18/10207, S. 88. Auch das nächste Zitat ist dort entnommen.

29 Ob es dazu einer trans-restitutiven Sanktion bedarf oder der Gesetzgeber weiterhin eine nur restitutive Abschöpfung für ausreichend hält, wird nicht deutlich. Die Kriterien des § 81 Abs. 4 GWB u. der Bußgeldleitlinien des BKartA lassen sich in beide Richtungen deuten. Einen ausdr. Systemwechsel hat der Gesetzgeber jedoch nie vorgenommen, sodass der historische Mechanismus der bloßen Abschöpfung an sich weiterwirken dürfte.

§ 11 Änderungshistorie und kartellrechtliche Verbandsgeldbuße

damit rechnen, die für den Rechtsverstoß angedrohte (sekundäre) und für ihn empfindliche Sanktion aus eigenem Vermögen aufbringen zu müssen. Im Rahmen des strafrechtlich Möglichen wird er dadurch dazu angehalten, die (primären) Ge- und Verbote einzuhalten. Auf diese Weise fügt sich auch das Instrument der unternehmensgerichteten Verbandsgeldbuße bruchlos in System und Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrechts ein: sie trägt über den Umweg der Gewinnabschöpfung zur Deliktsvorbeugung und dadurch spezifisch strafrechtlich zum Schutz von Rechtsgütern bei.

IX. Ergebnis

Die Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG hat in dem halben Jahrhundert ihres Bestehens zahlreiche Umgestaltungen erfahren. Diese haben sich jedoch ausschließlich mit Reichweite und Ausgestaltung des Instrumentes befasst. Hinsichtlich Normzweck und Wirkmechanismus entspricht die heutige Verbandsgeldbuße deshalb dem ursprünglichen Instrument, das der Gesetzgeber in § 26 OWiG⁶⁸ geschaffen hatte.

B. Kartellrechtliche Verbandsgeldbuße

Eben jene Fälle, die den Anlass für diese Untersuchung gaben, scheinen dem eben gefundenen Ergebnis zu widersprechen. Denn gerade das Kartellrecht gestaltet in § 81 Abs. 4 u. 5 GWB die kartellrechtliche Verbandsgeldbuße in einer Weise aus, die sich mit einer rein restitutiven Abschöpfungsmaßnahme vordergründig nicht vereinbaren lässt.

I. Überblick: Systematik des § 81 GWB

Bevor auf die problematischen Aussagen in § 81 GWB eingegangen werden kann, ist es erforderlich, sich die Systematik der Regelung in Erinnerung zu rufen. Dabei ist zu beachten, dass die einheitliche Vorschrift des § 81 GWB sowohl die Verbands- als auch die Individualgeldbuße zum Gegenstand

hat. Dabei wird zwischen diesen sehr verschiedenen Instituten nicht immer ausreichend differenziert.

1. Mag das Kartellrecht de facto auf Unternehmen und damit auf juristische Personen abzielen; de jure und im Ausgangspunkt hat die gesetzliche Regelung in § 81 GWB – als eine solche des im Ausgangspunkt anthropozentrischen Ordnungswidrigkeitenrechts – die natürliche Person im Blick. Die Absätze 1–3 enthalten die kartellrechtlichen Sanktionsnormen und normieren damit die denkbaren Kartell-Anknüpfungstaten. Diese können – wie auch sonst – nicht von der juristischen Person selbst begangen werden.³⁰ Stets bedarf es des Verhaltens eines Organwalters als einer natürlichen Personen, das die kartellrechtliche Sanktionsnorm rechtswidrig und vorwerfbar verwirklicht.³¹ Abweichend von § 17 Abs. 1 OWiG legen die Sätze 1, 5 u. 6 des § 81 Abs. 4 GWB erweiterte Höchstgrenzen für den Ahndungsteil der Individualgeldbuße fest.³² § 81 Abs. 5 GWB, auf den sogleich noch einzugehen sein wird, äußert sich zum Verhältnis der Kartell-Geldbuße zur Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG. Satz 1 erklärt die allgemeine Abschöpfungsregel nur mit der Maßgabe für anwendbar, dass der wirtschaftliche Vorteil nicht abgeschöpft werden *soll*, sondern abgeschöpft werden *kann*. Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und auf die Ausweisung eines nach § 17 Abs. 4 OWiG bemessenen Abschöpfungsteils verzichtet,³³ so ist dies gem. § 81 Abs. 5 Satz 2 GWB „bei der Zumessung entsprechend zu berücksichtigen.“

2. Entlang dieses individualistischen Grundgerüstes finden sich in § 81 GWB Regelungen zur kartellrechtlichen Verbandsgeldbuße. Die Möglichkeit der Verbandssanktion selbst ergibt sich jedoch nicht aus dem GWB,³⁴ sondern – wie auch sonst – aus § 30 OWiG.³⁵ Wo ein tauglicher Täter eine vertretungs- und verbandsbezogene (Kartell-)Tat nach § 81 Abs. 1–3 GWB

30 Siehe BT-Drs. V/1269, S. 58 (li. Sp.): „Die juristische Person [...] ist als fiktives und im natürlichen Sinne handlungsunfähiges Wesen“ einer (S. 61 li.) „Tat im natürlichen Sinne nicht fähig. Sie selbst kann keine Ordnungswidrigkeit oder Straftat begehen“.

31 Nach § 9 OWiG sind die kartellrechtlichen Sanktionsnormen als Unternehmens-Sonderdelikte (auch) auf den Organwalter anzuwenden, obwohl dieser selbst regelmäßig nicht über die Unternehmenseigenschaft verfügt.

32 Für die in Satz 1 benannten Fälle beträgt das Höchstmaß 1 Mio. Euro, in den übrigen Fällen 100 000 Euro (Satz 5).

33 Nichts anderes bedeutet es, wenn § 81 Abs. 5 Satz 2 GWB von einer Geldbuße spricht, die „allein der Ahndung“ dient. Dazu unten II. 2. b) cc) (S. 452).

34 Zu den Besonderheiten der sog. unternehmensgerichteten Sanktion nach § 81 Abs. 3a–e GWB bereits oben A. VIII. 1. (S. 428).

begangen hat, kann hieran anknüpfend eine nach § 81 Abs. 4 Sätze 2–6 GWB bemessene (Kartell-)Verbandsgeldbuße festgesetzt werden. Ihr (Pseudo-)Ahndungsteil³⁶ darf in den Fällen des § 81 Abs. 4 Satz 1 GWB bis zu 10 % des Gesamtjahresumsatzes des Unternehmens betragen. In den übrigen Fällen bemisst sich das Höchstmaß der Verbandsgeldbuße nach dem für die Ordnungswidrigkeit des Organwalters angedrohten Höchstmaß und reicht bis hin zu 100 000 Euro.³⁷ § 81 Abs. 5 GWB unterscheidet nicht zwischen Individual- und Verbands-Geldbuße, sodass die dort getroffenen Regelungen auch für letztere gelten. Die übrigen Absätze sind im Folgenden nicht von Bedeutung und sollen ausgeblendet bleiben.

II. Trans-restitutive Verbandsgeldbuße?

Aus diesem Regelungsregime zur kartellrechtlichen Verbandsgeldbuße fallen zwei Aspekte auf, die sich mit dem hier entwickelten Verständnis einer nur restitutiven Abschöpfungsmaßnahme (vordergründig) nicht vereinbaren lassen. Das ist einmal (1.) der (Pseudo-)Ahndungsrahmen, der nicht an die Vorteile der jeweiligen Tat anknüpft, sondern an den Jahresgesamtumsatz. Zum anderen (2.) spricht § 81 Abs. 5 GWB auch von der Verbandsgeldbuße und setzt das Gesetz dort in Satz 2 Geldbußen voraus, die „allein der Ahndung“ dienen. Beide Argumente lassen sich jedoch entkräften und zwingen nicht dazu, den hier eingenommenen Standpunkt einer rein restitutiven Verbandsgeldbuße für das Kartellrecht aufzugeben.

1. Abs. 4: Umsatzbezogener Bußgeldrahmen

Gegen die These einer rein restitutiven kartellrechtlichen Verbandsgeldbuße spricht zunächst der umsatzbezogene Bußgeldrahmen, wie er in § 81 Abs. 4 Sätze 2–4 GWB vorgesehen ist. Danach (Satz 2 Hs. 2) ist die Verbandsgeld-

35 Siehe dazu BGH, Beschl. v. 10. 8. 2011 – KRB 55/10 – BGHSt 57, 193 ff. (Rn. 21); *Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 2⁶ § 81 GWB Rn. 481 u. *Vollmer*, in: *MünchKomm-WettbR*, GWB² § 81 Rn. 40. Siehe ferner *Rogall*, in: *Karlsruher Komm-OWiG*⁵ § 30 Rn. 133 m. w. N.

36 Trotz des insoweit missverständlichen Wortlautes in § 81 Abs. 5 Satz 2 GWB handelt es sich in allen Fällen der kartellrechtlichen Verbandsgeldbuße nicht um eine echte Ahndung, sondern um eine Pseudo-Ahndung. Dazu noch II. 2. b) aa) (S. 450).

37 Das folgt aus § 30 Abs. 2 Satz 2 OWiG i. V. m. § 81 Abs. 4 Satz 5 GWB.

buße der Höhe nach nur dadurch begrenzt, dass sie „10 vom Hundert des [Vorjahres-]Gesamtumsatzes des Unternehmens [...] nicht übersteigen“ darf. Zur Ermittlung dieses Gesamtumsatzes ist (Satz 3) „der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen [...] zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren.“ Dabei darf (Satz 4) die Höhe dieser Umsätze geschätzt werden.

Wenn aber die Verbandsgeldbuße nicht durch die aus der Tat gezogenen Vorteile, sondern durch den damit nicht unmittelbar zusammenhängenden Jahresgesamtumsatz gedeckelt ist, scheint dies gegen eine nur abschöpfende Funktion der Verbandsgeldbuße zu sprechen. Der Widerspruch lässt sich jedoch auflösen, wenn man – in der gebotenen Kürze – die Entstehungsgeschichte der Regelung beachtet.

a) Mehrerlösbezogener Bußgeldrahmen im ursprünglichen GWB

Der heutige umsatzbezogene Sonderbußgeldrahmen für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen gilt erst seit der 7. GWB-Novelle.³⁸ Er hat den früheren mehrerlösbezogenen Sonderbußgeldrahmen abgelöst, den der Gesetzgeber schon im ursprünglichen GWB im Jahr 1957 eingeführt hatte.³⁹ § 38 Abs. 3 GWB₅₇ sah vor, dass die – vorsätzlichen⁴⁰ – Ordnungswidrigkeiten nach den Absätzen 1 und 2 „mit einer Geldbuße bis zu 100 000 Deutsche Mark, über diesen Betrag hinaus bis zur dreifachen Höhe des durch die Zu widerhandlung erzielten Mehrerlöses [...] geahndet werden“ konnte.⁴¹ Nach

38 Siehe Art. 1 Nr. 47 lit. d) des Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 7. 7. 2005 (7. GWB-Novelle), BGBl. I⁴² S. 1954 (1966). Der allgemein für missglückt gehaltene Wortlaut – siehe nur *Bechtold/Buntscheck*, NJW 2005⁴¹ S. 2966 (2969) – ist durch Art. 1 Nr. 17 des Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels v. 18. 12. 2007 (PreismissbrBekG), BGBl. I⁶⁶ S. 2966 (2968) neu gefasst u. präzisiert worden.

39 Für einen kompakten Überblick über die Entstehungsgeschichte der Norm siehe *Müther*, S. 79 ff.

40 Das war in Nr. 1 geregelt. Nr. 2 enthielt die Parallelregelung für die denkbaren Fahrlässigkeitstaten, die „mit einer Geldbuße bis zu 30 000 Deutsche Mark, über diesen Betrag hinaus bis zur doppelten Höhe des durch die Zu widerhandlung erzielten Mehrerlöses geahndet werden“ konnten.

41 Siehe § 38 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27. 7. 1957 (GWB₅₇), BGBl. I⁴¹ S. 1081 (1089). Noch § 81 Abs. 2 GWB₉₉ enthielt eine im Wesentlichen gleichlautende Vorschrift zum mehrerlösbezogenen Sonderbußgeldrah-

§ 40 Abs. 1 GWB⁵⁷ konnte eine solche Geldbuße auch gegen eine juristische Person festgesetzt werden, wenn deren Organwalter die Aufsichtspflicht verletzt hatte und es deshalb in dem Unternehmen zu einem Verstoß gegen § 38 kam.⁴²

Auch hier gilt: Wer einen (Norm-)Text verstehen will, muss die Situation kennen, auf die der Text eine Antwort war.⁴³ Das ursprüngliche GWB⁵⁷ wurde lange vor der Großen Strafrechtsreform und vor der Schaffung der Verbandsgeldbuße des § 26 OWiG⁶⁸ beraten. Der Gesetzgeber rang dabei mit denselben Problemen, die auch die Impulsgeber der Verbandsgeldbuße beschäftigt hatten.⁴⁴ Es gab noch kein isoliertes Instrument der Vorteilsabschöpfung. Diese Aufgabe war kombinierten Sanktionsinstrumenten überantwortet, die juristischen Personen gegenüber jedoch nicht verhängt werden konnten.⁴⁵ Die oben auseinandergelegten Erkenntnisse, die vor allem in der sehr viel detaillierteren und gewissenhafteren Diskussion in der Großen Strafrechtskommission errungen wurden,⁴⁶ standen dem Gesetzgeber des GWB⁵⁷ noch nicht ansatzweise zur Verfügung.⁴⁷

aa) Der Regierungsentwurf zum GWB⁵⁷ hatte noch keine mehrerlösbezogenen Regelungen enthalten. Statt dessen drohte § 31 für die dort genannten Ordnungswidrigkeiten Geldbußen von bis zu 1 Mio. Deutsche Mark an.⁴⁸ Eine Sanktion gegen die begünstigte juristische Person selbst war lediglich im Falle der Aufsichtspflichtverletzung des Organwalters vorgesehen, nicht aber, wenn der Organwalter selbst eine Zu widerhandlung nach dem GWB⁵⁷ beging.⁴⁹ Vielmehr sollte die juristische Personen nach § 35 des Regierungs-

men, siehe Art. 1 der Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 26. 8. 1998 (6. GWB-Novelle), BGBl. I,⁵⁹ S. 2521 (2541).

42 Siehe § 40 Abs. 1 des GWB⁵⁷, BGBl. I 1957⁴¹ S. 1081 (1089). Diese Regelung wurde bei Einführung der Verbandsgeldbuße des § 26 OWiG⁶⁸ aufgehoben – Art. 62 Nr. 3 des EGOWiG, BGBl. I 1968³³ S. 503 (525) –, weil es ihrer nicht mehr bedurfte, vgl. BT-Drs. V/1319, S. 106 (re. Sp.).

43 So *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,¹¹ Rn. 795. Das volle Zitat ist § 9 vorangestellt.
44 Dazu oben ausf. § 9.

45 Siehe nur die entsprechenden Ausführungen des BGH im „Stahlhändler“-Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – BGHSt 5, 28 ff. (33). Hierzu bereits oben § 9 B. II. 2. (S. 297).

46 Siehe oben § 9 B. III. (S. 298).

47 Im Gegenteil: Die Mitglieder der Großen Strafrechtskommission nahmen bei ihrer Diskussion um eine allgemeine Verbandsgeldbuße Bezug auf die (Fehl-)Entwicklungen im Kartellgesetzentwurf. Dazu sogleich.

48 Siehe BT-Drs. II/1158, S. 11 (li. Sp. f.) sowie die Begründung des Sanktionsregimes im Allgemeinen auf S. 27 (re. Sp. f.) u. zu § 31 auf S. 45 (li. Sp. ff.).

entwurfs neben den delinquenten Organwaltern „als Gesamtschuldner für Geldbußen [haften], die diese Personen verwirken“.⁵⁰ Insoweit wurde befürchtet, dass „von den unmittelbar verantwortlichen Personen [...] eine Geldbuße nicht beigetrieben werden kann, insbesondere, wenn – je nach Lage der Sache und der Schwere des Verstoßes – der Betrag einer solchen Geldbuße eine erhebliche Höhe erreichen sollte“.⁵¹

Der Regierungsentwurf sah danach vor, das Problem der Vorteilsabschöpfung durch eine gegenüber dem Organwalter (völlig) überhöhte – weil die Vorteile der juristischen Person erfassende – Geldbuße gegen diesen zu lösen und die juristische Person für diese Geldbuße als Gesamtschuldner haften zu lassen.⁵²

bb) Der Bundesrat hielt an dem Betrag von 1 Mio. Deutsche Mark fest, regte jedoch an, dass die Geldbuße noch „über diesen Betrag hinaus bis zur dreifachen Höhe des durch die Zu widerhandlung erzielten Mehrerlöses“ festgesetzt werden konnte.⁵³ Dies wurde damit begründet, dass „Kartellverstöße schwerwiegende Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft und die Lage der Verbraucher“ hätten, „andererseits aber zu sehr erheblichen Vorteilen für die Beteiligten“ führten, dererwegen „eine Erhöhung des Strafmaßes angezeigt“ sei.⁵⁴ Weiter schlug der Bundesrat vor, einen neuen § 33a einzufügen, der eine umfassende Sanktionsmöglichkeit gegen die begünstigte juristische Person vorsah.⁵⁵ Die „Verhängung von Geldbußen gegen die juristische Person“ sei „häufig zweckvoller als Geldbußen gegen die Vertreter selbst“, weil diese „meist nicht in persönlichem Interesse“ handelten und „ihnen [...] die wirtschaftlichen Vorteile nicht“ zuflössen.⁵⁶ Auch könne die Geldbuße gegen die

49 Siehe § 33 des RegE, in: BT-Drs. II/1158, S. 11 (re. Sp.).

50 Siehe § 35 des RegE, in: BT-Drs. II/1158, S. 11 (re. Sp. f.).

51 BT-Drs. II/1158, S. 46 (re. Sp. f.).

52 Diese gesamtschuldnerische Haftung wurde bei Einführung der Verbandsgeldbuße des § 26 OWiG⁶⁸ aufgehoben durch Art. 62 Nr. 3 des EGOWiG, BGBl. I 1968,³³ S. 503 (525). Denn eine solche „Haftung für fremde Geldbußen“ wurde als „mit dem Schuldgrundsatz nicht vereinbar“ angesehen, BT-Drs. V/1319, S. 106 (re. Sp.).

53 Siehe den Änderungsvorschlag Nr. 33 des BRates, in: BT-Drs. II/1158, S. 70.

54 BT-Drs. II/1158, S. 71 (li. Sp.).

55 Siehe den Änderungsvorschlag Nr. 36 des BRates, in: BT-Drs. II/1158, S. 71. Der vorgeschlagene § 33a sollte lauten: „Begeht ein gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person [...] eine Zu widerhandlung gegen die Vorschriften der §§ 31 bis 33, so kann eine Geldbuße nach diesen Vorschriften auch gegen die juristische Person [...] festgesetzt werden.“

56 So die Begründung zum vorgeschlagenen § 33a, in: BT-Drs. II/1158, S. 71 (re. Sp.).

Organwalter „nur nach ihren persönlichen Verhältnissen bemessen“ werden, was „der Lage nicht stets gerecht“ werde.

Mit anderen Worten: Kartellverstöße führen zu erheblichen Vorteilen bei der juristischen Person. Weil diese Vorteile nicht den handelnden Organwalter zufließen, können sie dort nicht abgeschöpft werden. Deshalb muss eine Sanktionsmöglichkeit gegen die juristische Person selbst geschaffen werden. Die aus der Einführung des Tagessatzsystems gezogene Schlussfolgerung, wonach die Vorteilsabschöpfung „mit dem Grundgedanken der [Tagessatz-]Geldstrafe nichts zu tun“ habe,⁵⁷ war in der damaligen Diskussion noch nicht angekommen. Sie hatte gerade erst die Mitglieder der Großen Strafrechtskommission zu überzeugen vermocht.⁵⁸ In diesem Lichte ist der vom Bundesrat vorgeschlagene Sanktionsrahmen „bis zu der dreifachen Höhe des [...] erzielten Mehrerlöses“ der wenig bewusste und wenig ausdifferenzierte Versuch, eine – anderweitig nicht zu bewerkstelligende⁵⁹ – Abschöpfung der unmittelbaren und vor allem der schwer bis unmöglich berechenbaren mittelbaren Vorteile der juristischen Person zu ermöglichen.⁶⁰

cc) Etwa zu dieser Zeit hatten die Mitglieder der Großen Strafrechtskommission Gelegenheit, sich im Rahmen der Diskussion um die Große Strafrechtsreform zu der Geldbuße des Kartellgesetzentwurfs zu äußern. Ihre Einschätzungen sind freilich unverbindlich und haben die Entwicklung der Kartell-Geldbuße nicht beeinflusst. Aufschlussreich sind sie gleichwohl. Denn aller Differenzen hinsichtlich der Zulässigkeit einer Verbandsgeldbuße zum Trotz waren sich die Mitglieder der Kommission in einem Punkt bemerkenswert einig: Die Geldbuße des Kartellgesetzentwurfs sei bei Lichte betrachtet eine Abschöpfungsmaßnahme.

*Eberhard Schmidt*⁶¹ etwa sah den Sinn einer Geldbuße „allein darin, daß die Verwaltungsbehörden durch sie den ihnen gegenüber notwendigen Gehorsam der Staatsbürger erzwingen.“ Wenn nun „nach dem Kartellgesetz [...] Geldbußen von hunderttausenden und Millionen D-Mark möglich“ seien,

57 *Gallas*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I⁸ S. 179 (re. Sp.).

58 Dazu oben § 9 B. III. 2. (S. 300).

59 Siehe dazu oben (§ 9 B. II. 2. [S. 297]) die Ausführungen des BGH im „Stahlhändler“-Urteil.

60 Siehe insoweit auch *Koffka*, die in ihrem Referat R 92 in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 568 (re. Sp.) bemerkte, dass die im Kartellrecht vorgesehenen Geldbußen in ihrer Höhe überhaupt nur erklärlich seien, wenn sie in Wahrheit auch die beiden Zwecke der Gewinnabführung u. des Schadenersatzes miterfüllten.

61 NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 326 (li. Sp.). Bei der Abstimmung über die Verbandsgeldbuße enthielt er sich, Bd. IV⁵² S. 402 (re. Sp.).

laufe „dies in Wirklichkeit auf eine Wert- oder Gewinnabschöpfung oder dergleichen hinaus“, womit „die Geldbuße ihren eigentlichen Sinn“ verliere.

*Lange*⁶² gab zu, dass eine restitutive Verbandsgeldbuße im Sinne *Koffkas*⁶³ „auf eine Veränderung des Sinngehaltes der Ordnungsbuße, wie wir sie uns ursprünglich vorgestellt haben, hinauslaufen würde.“ Aber es sehe „ja so aus, vor allem beim Kartellgesetzentwurf, als ob die Ordnungsbuße sowieso schon ihren Sinngehalt nach dieser Richtung hin“ ändere. *Koffka*⁶⁴ bemerkte, dass die „im Ordnungswidrigkeitenverfahren zulässigen Geldbußen“ in Wahrheit die beiden Zwecke von „Gewinnabführung und Schadenersatz“ miterfüllten, weil anders „ihre Höhe überhaupt nicht erklärlich“ sei.

Vor allem *Jescheck*⁶⁵ – der eifrigste, zuletzt aber allein verbliebene und überstimmte Gegner einer jeden Form der Verbandsgeldbuße – wehrte sich gegen die Verbandsgeldbuße, weil er in ihr eine „Zustandshaftung ungerechter Art“ erkannte.⁶⁶ Wenn die nach „dem Kartellgesetzentwurf [vorgesehenen] Geldbußen bis zu einer Million DM“ nunmehr dazu dienen sollen, „den mittelbaren Gewinn abzuschöpfen“, so werde „das Wesen der Geldbuße verfälscht“. Gleichwohl war es an ihm, das Ergebnis der mit der „Behandlung der Juristischen Personen“ befassten Unterkommission zu präsentieren:⁶⁷ Diese habe sich für eine Geldbuße ausgesprochen. In der Diskussion sei „auf die Entwicklung der Geldbuße, insbesondere auch darauf hingewiesen worden, daß nach dem Kartellgesetzentwurf Geldbußen bis zu einer Million DM möglich sein sollen.“ Diese gingen weit über das hinaus, was ursprünglich als Geldbuße gedacht gewesen sei, und hätten „mit einer solchen nichts mehr zu tun.“ Bei Lichte betrachtet stellten „sie Sanktionen dar, die auf die Wegnahme von Vorteilen abzielen, die durch eine Verbandsstrafat der juristischen Person zugeflossen sind.“

dd) Der Ausschuss für Wirtschaftspolitik griff die beiden Vorschläge des Bundesrates auf.⁶⁸ Zwar wurden die im Regierungsentwurf und im Ände-

62 NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 326 (re. Sp.). Er sprach sich später für die Verbandsgeldbuße aus, Bd. IV⁵² S. 402 (li. Sp.).

63 Sie hatte den Gedanken in der Großen Strafrechtskommission als erste propagiert ihm letztlich zum Durchbruch verholfen. Dazu oben § 9 B. III. 3. (S. 303).

64 Siehe deren Referat R 92 in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 568 (re. Sp.). Auch sie sprach sich für die Verbandsgeldbuße aus, Bd. IV⁵² S. 402 (li. Sp.).

65 Er sprach sich später als einziger gegen die Verbandsgeldbuße aus, NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵² S. 402 (re. Sp.).

66 *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 324 (li. Sp. f.) – auch zum Folgenden.

67 *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵² S. 401 (re. Sp. f.) – auch zum Folgenden.

68 Siehe – auch zum Folgenden – BT-Drs. zu II/3644, S. 32 (li. Sp. f.).

rungsvorschlag des Bundesrates vorgesehenen Höchstbußgelder von 1 Mio. Deutsche Mark u. a.⁶⁹ mit Blick auf die damals höchstmögliche Geldstrafe nach dem StGB für zu hoch gehalten und auf ein Zehntel reduziert. Weil aber in Fällen, „in denen durch den betreffenden Verstoß ein Mehrerlös erzielt worden ist, ein über den Bußgeldrahmen [...] hinausgehendes Bußgeld bis zur dreifachen Höhe [dieses] Mehrerlöses“ angedroht werde, könne trotz der Herabsetzung „stets ein den Gegebenheiten des betreffenden Falles angemessenes Bußgeld festgesetzt werden, [das] insbesondere bei schwerwiegenden Verstößen auch für große, kapitalkräftige Unternehmen fühlbar“ sei. Die angemessene Sanktion gegen den Organwalter sollte mit einer ausreichend üppigen und deshalb die Verbandsgewinne erfassenden Verbandssanktion kombiniert werden können.

ee) In der Zusammenschauf stellt sich die im GWB⁵⁷ geschaffene Geldbuße „bis zu der dreifachen Höhe des [...] erzielten Mehrerlöses“ als ein noch grobschlächtiges Instrument zur umfassenden Abschöpfung der Verbandsvorteile dar. Die Anknüpfung an das Dreifache des Mehrerlöses scheint ein Versuch gewesen zu sein, jedenfalls ausreichenden Spielraum zu haben, um alle unmittelbaren wie mittelbaren Vorteile erfassen zu können. Anhaltpunkte dafür, dass dem Verband durch die Sanktion ein (trans-restitutives) Übel zugefügt werden sollte, wie etwa der (Pseudo-)Ahndungsrahmen im Einzelfall ausgefüllt werden sollte, gehen aus den Gesetzgebungsmaterialien an keiner Stelle hervor. Fraglich ist deshalb, ob diese Zielsetzung in den späteren GWB-Novellen geändert worden ist.

b) Änderungen in der 4. GWB-Novelle

Der mehrerlösbezogene Bußgeldrahmen blieb Gesetz, bis er durch den heutigen umsatzbezogenen Bußgeldrahmen ersetzt worden ist.⁷⁰ Im Zuge der 4. GWB-Novelle ist der feste Sanktionsrahmen des § 38 Abs. 4 GWB⁷¹ –

69 Daneben wurde auf die amerikanischen Anti-Trust-Gesetze verwiesen, deren Höchststrafe der Kaufkraft nach ebenfalls 100000 Deutsche Mark betrug.

70 Art. 1 Nr. 47 lit. d) der 7. GWB-Novelle, BGBI. I 2005⁴² S. 1954 (1966). Der Wortlaut ist durch Art. 1 Nr. 17 des PremissbrBekG, BGBI. I 2007⁶⁶ S. 2966 (2968) neu gefasst u. präzisiert worden.

71 Durch Art. 1 Nr. 14 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 3. 8. 1973 (2. GWB-Novelle), BGBI. I⁴ S. 917 (924) war § 38 GWB neu gefasst worden. Durch den neuen Abs. 3 war der Sanktionsrahmen nunmehr in Abs. 4 geregelt.

unter Beibehaltung des mehrerlösbezogenen Sonderbußgeldrahmens – auf 1 Mio. Deutsche Mark erhöht worden.⁷² Die Verzehnfachung sei „auf Grund der seit 1958 eingetretenen wirtschaftlichen Entwicklung [scil.: wohl des allgemeinen Preisanstiegs]⁷³ erforderlich“ geworden, um auch und gerade „schwerwiegende Gesetzesverstöße mit einer angemessenen Sanktion ahnden zu können.“⁷⁴ Die Bundesregierung wolle damit ihrer „Auffassung [...] Ausdruck verleihen, daß gravierende Wettbewerbsverstöße keine ‚Kavaliersdelikte‘ [...], sondern eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung“ seien, „die im Interesse der Allgemeinheit wirksamen Sanktionen unterworfen werden“ müssten.

Diese Aussagen lassen sich in der Tat so lesen, als ob die nunmehr verschärfte Sanktion als staatliche Antwort auf die schwerwiegenden Gesetzesverstöße der juristischen Personen eine Ahndung gegenüber dieser bezwecken sollte. Zwingend ist das jedoch keineswegs. Vielmehr ist zu beachten, dass der Bußgeldrahmen des § 38 Abs. 4 GWB₈₀ auf natürliche wie juristische Personen gleichermaßen Anwendung fand. Während gegenüber der juristischen Person grds. der mehrerlösbezogene Sonderbußgeldrahmen zur Anwendung gelangte,⁷⁵ bemaß sich die Geldbuße für natürliche Personen nach dem festen Bußgeldrahmen. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Gesetzesbegründung auch so lesen – genauer: muss sie so gelesen werden –, dass der feste Bußgeldrahmen von 100000 DM gegenüber den handelnden natürlichen Personen nicht mehr stets eine angemessen ahndende Sanktion zuließ. Es waren ja weiterhin natürliche Personen, die die eigentliche Anknüpfungstat begingen und denen gegenüber angemessen abschreckende Sanktionen zur Verfügung stehen mussten. An der nur abschöpfenden Funktion der Verbandsgeldbuße, die im Wesentlichen weiterhin bis zum Dreifachen des Mehrerlöses betragen durfte, hat sich dadurch folglich nichts geändert.

72 Siehe Art. 1 Nr. 13 lit. e) des Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 26. 4. 1980 (4. GWB-Novelle), BGBl. I,¹⁹ S. 458 (461).

73 So *Vollmer*, in: *MünchKomm-WettbR*, GWB², § 81 Rn. 87.

74 Siehe – auch zum Folgenden – BT-Drs. 8/2136, S. 27 (li. Sp.) zur selben Aussage der Gesetzesbegründung in der 7. GWB-Novelle.

75 Noch in der Entwurfsbegründung zur 7. GWB-Novelle – BT-Drs. 15/3640, S. 67 (li. Sp.) – ist von dem „in der Praxis vor allem bedeutsame[n] besondere[n] Bußgeldrahmen (Dreifaches des erlangten Mehererlöses)“ die Rede.

c) Umsatzbezogener Bußgeldrahmen in der 7. GWB-Novelle

Im Zuge der 7. GWB-Novelle wurde schließlich der umsatzbezogene Sonderbußgeldrahmen eingeführt. Für sich genommen hat die Ersetzung der mehrerlösbezogenen durch den umsatzbezogenen Bußgeldrahmen ebenfalls keine Wesensänderung der kartellrechtlichen Verbandsgeldbuße herbeigeführt. Größere Mühe bereitet die Einführung des neuen § 81 Abs. 5 GWB, auf den sogleich einzugehen sein wird.

aa) Der Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle hatte sich noch damit begnügt, den Sanktionsrahmen von 500 000 Euro⁷⁶ auf 1 Mio. Euro zu erhöhen.⁷⁷ Damit sollte abermals „der wirtschaftlichen Entwicklung seit der letzten Erhöhung im Rahmen der 4. GWB-Novelle (1980) Rechnung getragen“ und eine „wirkungsvolle Ahndung der besonders gravierenden Verstöße gegen die Wettbewerbsvorschriften“ ermöglicht werden.⁷⁸ Der „in der Praxis vor allem bedeutsame besondere Bußgeldrahmen (Dreifaches des erlangten Mehrerlöses)“ sollte hingegen „unverändert“ bleiben. Die Argumentation entspricht insoweit jener aus der 4. GWB-Novelle, sodass das eben Gesagte auch hier gilt.

bb) Erst der Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit empfahl den neu gefassten § 81 Abs. 4 GWB, der – mit etwas missglücktem Wortlaut⁷⁹ – für Geldbußen (nur) gegen Unternehmen⁸⁰ einen umsatzbezogenen Sonderbußgeldrahmen vorsah.⁸¹ Auslöser für diese Änderung war die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf.⁸² Dieses hatte, obwohl zuvor schon „die Ermittlung

76 Durch Art. 7 Nr. 4 des Gesetzes zur Umstellung von Gesetzen und Verordnungen [...] auf Euro v. 10. 11. 2001, BGBl. I,⁵⁸ S. 2992 (2995) waren die auf DM lautenden Beträge (gerundet) auf Euro umgestellt worden.

77 Siehe Art. 1 Nr. 47 lit. d) bb) des RegE, in: BT-Drs. 15/3640, S. 17.

78 So BT-Drs. 15/3640, S. 67 (li. Sp.) auch zum Folgenden.

79 Siehe hierzu *Bechtold/Buntscheck*, NJW 2005,⁴¹ S. 2966 (2269). Der Wortlaut wurde durch Art. 1 Nr. 17 des PreismissbrBekG, BGBl. I 2007,⁶⁶ S. 2966 (2968) neu gefasst u. präzisiert.

80 Gemeint sind – jedenfalls im Regelfall – die juristischen Personen, die Trägerinnen des Unternehmens sind.

81 § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB lautete i. d. F. des Ausschusses, die der später Gesetz gewordenen Fassung entsprach: „Wird [in den Fällen des § 81 Abs. 4 Satz 1 GWB] eine Geldbuße gegen ein Unternehmen [...] verhängt, so darf die Geldbuße für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen [...] über Satz 1 hinaus 10 vom Hundert seines [...] im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen.“ Siehe BT-Drs. 15/5049, S. 30 bzw. Art. 1 Nr. 47 lit. d) der 7. GWB-Novelle, BGBl. I 2005,⁴² S. 1954 (1966).

eines Mehrerlöses [...] mit erheblichen Unsicherheiten belastet“ war,⁸³ die „Anforderungen an den Nachweis eines Mehrerlöses und an die für die Schätzung der Höhe des erzielten Mehrerlöses erforderlichen Grundlagen“ ganz erheblich verschärft.⁸⁴ Der Ausschuss befürchtete deshalb, dass künftig in Zweifelsfällen der Weg zum Sonderbußgeldrahmen versperrt sein würde und „auch bei schweren Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht lediglich ein Bußgeld in Höhe von [...] 1 Mio. Euro“ verhängt werden könne. Derartige Bußgelder seien aber „für eine effektive und ausreichend abschreckende Sanktionierung von schweren Kartellverstößen völlig unzureichend.“

cc) Die Einführung des umsatzbezogenen Bußgeldrahmens war danach nicht von dem Willen besetzt, das Wesen der Verbandsgeldbuße zu ändern. Im Gegenteil: Die Anknüpfung an den Gesamtjahresumsatz sollte vielmehr garantieren, dass die Verbandsgeldbußen im Kartellrecht weiterhin so bemessen werden konnten, wie dies zuvor geschehen war. Geleitet von der Sorge, die strengen Anforderungen des OLG Düsseldorf an die Bemessung des Mehrerlöses könnten den Weg zum Sonderbußgeldrahmen versperren, ist der Sonderbußgeldrahmen an die leicht zu bestimmende Fix-Größe des Gesamtjahresumsatzes gekoppelt worden. War also die nach dem Mehrerlös bemessene kartellrechtliche Verbandsgeldbuße ein Instrument der Vorteilsabschöpfung, so hat sie ihr Wesen nicht dadurch verändert, dass sie nunmehr nach dem Gesamtumsatz zu bemessen sein würde. Für die weitere Entwicklung der Verbandsgeldbuße bis zum heutigen Tage sei auf die obigen Ausführungen zur 8. und 9. GWB-Novelle⁸⁵ verwiesen.

d) Zwischenergebnis

Der umsatzbezogene Bußgeldrahmen ändert für sich genommen nichts daran, dass die Verbandsgeldbuße auch im Kartellrecht der Abschöpfung wirtschaftlicher Vorteile dient. Durch ihn wurde der vorherige mehrerlösbezogene Buß-

82 Siehe hierzu nur *Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 2⁶, § 81 Rn. 386 u. *Vollmer*, in: *MünchKomm-WettbR*, GWB², § 81 Rn. 88 jew. m. w. N.

83 Unwillkürlich fühlt man sich an die Diskussion im Vorfeld des § 26 OWiG₆₈ erinnert, in der eine Abschöpfung mittelbarer Gewinne stets abgelehnt worden war, weil diese unmöglich rechnerisch exakt erfasst werden könnten. Siehe dazu § 9 B. III. 2. (S. 300) u. ö.

84 So die Begründung Ausschusses, in: BT-Drs. 15/5049, S. 50 (li. Sp. f.) – auch zum Folgenden.

85 Siehe oben A. VI. (S. 418) bzw. A. VIII. (S. 428).

geldrahmen fortgeschrieben, der als wenig ausdifferenziertes Instrument der Vorteilsabschöpfung im ursprünglichen GWB⁵⁷ normiert worden war. Die bloße Anknüpfung an den Jahresgesamtumsatz des Unternehmens ist danach kein zwingendes Argument dafür, in der kartellrechtlichen Verbandsgeldbuße ein Instrument zur trans-restitutiven Übelszufügung sehen zu müssen.

2. Absatz 5: „Dient die Geldbuße allein der Ahndung“

Als letzter Stolperstein verbleibt damit § 81 Abs. 5 Satz 2 GWB. Im Wortlaut besagt die – ebenfalls durch die 7. GWB-Novelle eingefügte – Vorschrift:¹ „*Dient die Geldbuße allein der Ahndung*, so ist dies bei der Zumessung entsprechend zu berücksichtigen.“ Die Voraussetzungsseite dieser auch und gerade auf die kartellrechtliche Verbandsgeldbuße anwendbaren Regelung sagt ausdrücklich, dass eine solche „allein der Ahndung“ dienen kann. Intuitiv will man diesen Ausdruck der „Ahndung“² – wie bei der Individualgeldbuße – mit dem Konzept der zurückslagenden Übelszufügung verknüpfen.³ Dann aber würde § 81 Abs. 5 Satz 2 GWB in der Tat eine trans-restitutive Verbandsgeldbuße voraussetzen und dem hier gefundenen Ergebnis widersprechen.

a) Der Gesetzgeber zu § 81 Abs. 5 GWB

Noch größer werden diese Bedenken, wenn man die Gedanken hinzunimmt, die der Gesetzgeber der Vorschrift bei ihrer Einführung mit auf den Weg gab:⁴ Bußgelder⁵ könnten künftig „[e]ntsprechend dem europäischen Vorbild [...] einen reinen Ahndungszweck verfolgen.“ Es sei anerkannt, „dass Geldbußen der Kommission ausschließlich Sanktionscharakter haben und keine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bezeichnen.“⁶ Die Zusammenar-

1 Siehe § 81 Abs. 5 Satz 2 i. d. F. des Art. 1 Nr. 47 lit. e) der 7. GWB-Novelle, BGBl. I 2005,⁴² S. 1954 (1966). Herv. nur hier.

2 Zu Recht hat Achenbach, in: FS I. Roxin (2012), S. 3 (5) = ZIS 2012⁵ S. 178 (179) bemängelt, dass „sich in der Literatur [...] keine Analyse dessen [findet], was eigentlich mit Ahndung gemeint ist.“

3 Siehe Looschelders/W. Roth, S. 131 m. w. N.: Erst die „gedankliche Verknüpfung mit einem (gesetzlichen) Inhalt macht den Ausdruck zu einem (juristischen) Begriff.“

4 Siehe zum Folgenden die Begründung zum RegE, in: BT-Drs. 15/3640, S. 67 (li. Sp.). Beinahe wortgleich finden sich dieselben Gedanken auch auf S. 47 (li. Sp.).

5 Gemeint sind augenscheinlich die nach § 81 Abs. 4 Sätze 2–6 GWB bemessenen Unternehmens- bzw. Verbandsgeldbußen.

beit im Netzwerk europäischer Wettbewerbsbehörden gebiete es, Geldbußen möglichst nach einheitlichen Kriterien zu bemessen. Deshalb werde die Soll-Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG „nur noch als Kann-Regelung für anwendbar erklärt.“ Auch im deutschen Recht könne die Geldbuße deshalb künftig „als reine Ahndungsmaßnahme festgesetzt werden.“

Diese Umstellung habe außerdem zur Folge, dass „die auf den abgeschöpften wirtschaftlichen Vorteil entfallenden Steuern bei der Bußgeldberechnung nicht mehr berücksichtigt werden“ müssten und auch „die Verrechnung mit Schadensersatzleistungen an Dritte gemäß § 33“ entfalle.⁷ All dies solle jedoch „nicht zu einer Verschärfung des bisherigen Sanktionsinstrumentariums führen.“ Werde deshalb – auf diese Formulierung wird es noch ankommen – „auf eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils verzichtet,“ so sei „dies bei der Zumessung zu berücksichtigen.“ Die „Höhe einer reinen Ahndungsgeldbuße“ werde sich – mit anderen Worten – „in Zukunft in der Regel um den Betrag mindern, der nach bisherigem Recht der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils diente.“

b) Gegenargumente

Trotz dieser Aussagen aus der Regierungsbegründung ist auch für das Kartellrecht an der hier vertretenen Konzeption einer rein restitutiven Verbandsgeldbuße festzuhalten. Denn zum einen lässt sich zeigen, dass der Begriff der Ahndung im Sinne einer Übelzufügung bei der natürlichen Person auf die juristische Person nicht ohne Weiteres übertragbar ist. Versucht man sodann anhand der sonstigen Zielvorstellungen des Gesetzgebers der Wendung einer „reinen Ahndungsmaßnahme“ Gestalt zu geben, so zeigt sich eine andere Deutungsmöglichkeit, die mit einer Übelzufügung beim Verband nichts zu tun hat.

Anm. 11.8: Den folgenden Überlegungen sei an dieser Stelle im Übrigen vorausgeschickt, dass der Charakter der kartellrechtlichen Verbandsgeldbuße auf den

6 Insoweit wird auf ein Urt. des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz vom 15. Juli 2003 – 2 K 2377/01 – verwiesen. Überzeugend u. erschöpfend die Kritik bei *Achenbach/C. Wegner*, ZWeR 2006!¹ S. 49 (51 ff.), die es (S. 51) „bemerkenswert“ finden, dass der Gesetzgeber „allein eine – zudem nicht rechtskräftige – Entscheidung des FG Rheinland-Pfalz heranzieht“ u. „alle weiteren zu dieser Thematik veröffentlichten Beiträge ausgeblendet werden“. Siehe ferner *Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 2⁶, § 81 Rn. 616 u. *Vollmer*, in: *MünchKomm-WettbR, GWB*², § 81 Rn. 140 jew. m. w. N.

7 Siehe – auch zum Folgenden – BT-Drs. 15/3640, S. 67 (li. Sp.).

§ 11 Änderungshistorie und kartellrechtliche Verbandsgeldbuße

Ausgang der hier gestellten Forschungsfrage letztlich keine wesentlichen Auswirkungen hat. Die Forschungsfrage ließe sich tatsächlich gar leichter beantworten, wenn die kartellrechtliche Verbandsgeldbuße den Zweck hätte, dem Verband als solchem anlässlich der Tat des Organwalters ein trans-restitutives Übel aufzuerlegen.⁸ Im Folgenden geht es deshalb darum, den schwerer zu begründenden Fall einer nur restitutiven Kartell-Verbands-Geldbuße vorzubereiten. Wie die Forschungsfrage im Hinblick auf eine so – wohl richtig – verstandene Verbandsgeldbuße zu beantworten ist, soll Gegenstand des nächsten Kapitels (§ 12) sein.

aa) Allem voran stellt sich erneut ein nunmehr bekanntes Problem: Der Regierungsentwurf operiert, wie auch der Gesetzesentwurf, mit dem Begriff der „Ahndung“. Der mit diesem Ausdruck verknüpfte Inhalt wird nur vorausgesetzt, nicht aber aufgedeckt. Noch im Jahr 2012 hat *Achenbach* völlig zu Recht bemängelt, dass „sich in der Literatur [...] keine Analyse dessen [findet], was eigentlich mit Ahndung gemeint ist.“⁹ Vor diesem Hintergrund ist es jedenfalls nicht selbstverständlich, dass der Begriff der „Ahndung“ in der Entwurfsbegründung und im § 81 Abs. 5 Satz 2 GWB bezogen auf die juristische Person eine reaktiv-retrospektive und trans-restitutive Übelzufügung meinen muss, wie dies bei der natürlichen Person (wohl) der Fall ist.¹⁰

Dieser vorsichtige Verdacht lässt sich untermauern, wenn man sich der Frage aus der Perspektive des § 1 Abs. 1 OWiG nähert.¹¹ Dort ist die Ordnungswidrigkeit definiert¹² als „eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zuläßt.“ Anders gewendet meint Ahndung – im Ordnungswidrigkeitenrecht¹³ – die Zufügung des angedrohten Übels durch Verhängung einer (Individual-)Geldbuße als retrospektive staatliche Reaktion auf die Verwirklichung eines Ordnungswidrigkeitentatbestands.¹⁴ Damit aber eine

8 Dazu noch Anm. 12.7 in § 12 C. III. (S. 491).

9 So *Achenbach*, in: FS I. Roxin (2012), S. 3 (5) = ZIS 2012⁵ S. 178 (179).

10 Dazu aufs. oben § 7 C. (S. 209).

11 Diesen Weg geht auch *Achenbach*, in: FS I. Roxin (2012), S. 3 (5 ff.) = ZIS 2012⁵ S. 178 (179), der jedoch zu völlig anderen Ergebnissen kommt.

12 Von einer Legaldefinition spricht *Gerhold*, in: BeckOK-OWiG²⁸ § 1 vor Rn. 1. *Roggall*, in: Karlsruher Komm-OWiG⁵ § 1 Rn. 1 spricht – ohne ersichtlich etwas anderes zu meinen – von einer „verbindlichen Begriffsbestimmung“.

13 Auf das Strafrecht i. e. S. gemünzt, die Verhängung einer (Kriminal-)Strafe als missbilligende, staatliche Reaktion auf die rechtswidrige und schuldhafte Verwirklichung einer Straftatbestands.

14 Ganz in diesem Sinne auch *Achenbach*, in: FS I. Roxin (2012), S. 3 (6) = ZIS 2012⁵ S. 178 (179).

solche Ahndung durch Verhängung einer Geldbuße eintreten kann, muss eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und vorwerfbare Handlung vorliegen.¹⁵

Die juristische Person selbst ist zu einer Handlung im natürlichen Sinne jedoch nicht in der Lage¹⁶ – geschweige denn zu einer vorwerfbaren Handlung. Sie ist deshalb auch nicht im Stande, die Voraussetzung einer so verstandenen Ahndung zu erfüllen. Dann aber kann dieser Begriff mit dem Inhalt, der ihm bezogen auf die natürliche Person zukommt, auf die juristische Person nicht ohne Bedeutungsänderung übertragen werden. Für die Frage, was der Begriff bezogen auf die kartellrechtliche Verbandsgeldbuße bedeuten soll, ist damit freilich wenig gewonnen. Auch bedeutet das Vorstehende nicht, dass der Gesetzgeber daran gehindert wäre, den Begriff der Ahndung mit einem anderen Inhalt in Bezug auf juristische Personen zu verwenden. Allein aus der Formulierung des § 81 Abs. 5 Satz 2 GWB kann jedoch nicht darauf geschlossen werden, dass es sich bei einer „allein der Ahndung“ dienenden Verbandsgeldbuße um eine trans-restitutive Übelszufügung handeln muss.

bb) Jenseits dieser begrifflichen Unschärfe stützt sich die Entwurfsbegründung auf das europäische Vorbild. Insoweit sei „anerkannt, dass Geldbußen der Kommission ausschließlich Sanktionscharakter haben und keine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bezeichnen.“¹⁷ Diese These vom „reinen Ahndungszweck“ der Geldbuße nach europäischem Recht ist – ohne dass hier darauf eingegangen werden könnte – keineswegs unumstritten.¹⁸ Die im Hinblick auf das „künftig[e] Netzwerk europäische[r] Wettbewerbsbehörden“ gebotene Vereinheitlichung der Bemessungskriterien ist ebenfalls nur teilweise gelungen. Während die 10 %-Grenze des europäischen Rechts

15 Zu den Gründen, weshalb Handlungs- u. Schuldfähigkeit notwendige Voraussetzungen einer reaktiv-retrospektiven Übelszufügung bei der natürlichen Person sind, nur Schünemann, ZIS 2014!¹ S. 1 (2 f.) – allerdings zum Strafrecht i. e. S. Dazu bereits oben § 10 C. IV. 1. (S. 360).

16 Siehe – wie zuvor – BT-Drs. V/1269, S. 58 (li. Sp.): „Die juristische Person [...] ist als fiktives und im natürlichen Sinne handlungsunfähiges Wesen“ einer (S. 61 li.) „Tat im natürlichen Sinne nicht fähig. Sie selbst kann keine Ordnungswidrigkeit oder Straftat begehen“.

17 BT-Drs. 15/3640, S. 67 (li. Sp.).

18 Überzeugend u. erschöpfend Achenbach/C. Wegner, ZWeR 2006!¹ S. 49 (51 ff.), die es (S. 51) „bemerkenswert“ finden, dass der Gesetzgeber „allein eine – zudem nicht rechtskräftige – Entscheidung des FG Rheinland-Pfalz heranzieht“ u. „alle weiteren zu dieser Thematik veröffentlichten Beiträge ausgeblendet werden“. Siehe ferner Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 2⁶ § 81 Rn. 616 u. Vollmer, in: Münch-Komm-WettbR, GWB² § 81 Rn. 140 jew. m. w. N.

als Kappungsgrenze ausgelegt wird, zwang das deutsche Verfassungsrecht dazu, sie als Bußgeldrahmenbestimmung aufzufassen.¹⁹

cc) Neben dieser – insoweit nicht recht gelungenen – Harmonisierung des deutschen mit dem europäischen Sanktionsrecht, verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die Berechnung von Geldbußen für Kartellordnungswidrigkeiten zu vereinfachen.²⁰ Insoweit wird einmal auf die damals bestehende Notwendigkeit verwiesen, bei der Berechnung von Bußgeldern „die auf den wirtschaftlichen Vorteil entfallenden Steuern“ zu berücksichtigen.²¹ Ob sich ein Verzicht auf die Vorteilsabschöpfung im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG allein zur Vereinfachung der Bußgeldberechnung rechtfertigen lässt, wird mit Recht bestritten,²² soll hier aber nicht vertieft werden. Daneben sollte künftig „die Verrechnung mit Schadenersatzleistungen an Dritte gemäß § 33“ entfallen.²³ Der Gesetzgeber ging insoweit wohl davon aus, dass durch die gesetzten Anreize zum „Private Enforcement“ verstärkt mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zu rechnen sein würde.²⁴ Solche Ansprüche würden in der Regel im Wege sog. „Follow on“-Klagen und deshalb erst nach Erlass des Bußgeldbescheides eingeklagt. Weil solche Schadenersatzleistungen den wirtschaftlichen Vorteil des Verbandes mindern, müsste der entsprechende Betrag in analoger Anwendung des § 99 Abs. 2 OWiG den Verbänden erstattet werden. Die Möglichkeit des § 81 Abs. 5 Satz 1 GWB sollte ein solches Hin und Her von Abschöpfung und Rückerstattung vermeiden.²⁵

19 Siehe BGH, Beschl. v. 26. 2. 2013 – KRB 20/12 („Grauzementkartell“) – BGHSt 51, 158 ff. (Rn. 50 ff.). Ausf. zum Ganzen *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 2⁶ § 81 Rn. 390 ff. u. *Vollmer*, in: MünchKomm-WettbR, GWB² § 81 Rn. 109 ff. jew. m. w. N.

20 Siehe BT-Drs. 15/3640, S. 47 (li. Sp.): „Die Neuregelung vermeidet auch praktische Schwierigkeiten, [...].“

21 BT-Drs. 15/3640, S. 67 (li. Sp.). Details u. weiterführende Nachw. bei *Vollmer*, in: MünchKomm-WettbR, GWB² § 81 Rn. 140. *Achenbach/C. Wegner*, ZWeR 2006¹ S. 49 (58) weisen darauf hin, dass es mit dieser „zwingende[n] Notwendigkeit“ im Vorfeld nicht gar so genau genommen worden sei.

22 Siehe dazu nur *Achenbach/C. Wegner*, ZWeR 2006¹ S. 49 ff.; *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 2⁶ § 81 Rn. 623 u. *Vollmer*, in: MünchKomm-WettbR, GWB² § 81 Rn. 140 jew. m. w. N.

23 BT-Drs. 15/3640, S. 67 (li. Sp.).

24 Siehe zum Folgenden *Vollmer*, in: MünchKomm-WettbR, GWB² § 81 Rn. 140.

25 So die äußerst überzeugende Einschätzung bei *Vollmer*, in: MünchKomm-WettbR, GWB² § 81 Rn. 140. Unwillkürlich fühlt man sich auch hier an *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I¹² S. 301 (li. Sp.) erinnert, die ihren öffentlich-rechtlichen Berei-

Diese beiden Hemmnisse der Bußgeldberechnung wollte der Gesetzgeber durch § 81 Abs. 5 Satz 1 GWB beseitigen. Der Regelungsmechanismus ist dabei einigermaßen gewagt.²⁶ Der Teil der Geldbuße, der mit diesen Erschwerissen belastet war, wurde unter dem Etikett des Abschöpfungsteils i. S. d. § 17 Abs. 4 OWiG zusammengefasst.²⁷ Für den unbelasteten Teil blieb in der überkommenen Terminologie nur der Gegenbegriff und damit das Etikett des *Ahndungsteils* – wenngleich der Begriff der Ahndung im klassischen Sinn auf die juristische Person nicht übertragbar ist. Entsprechend musste es nur gelingen, die kartellrechtliche Verbandsgeldbuße ohne einen *Abschöpfungsteil* (in diesem Sinne), sprich: als reine *Ahndungsmaßnahme* (in diesem Sinne) festsetzen zu können.²⁸ Zu diesem Zweck sieht § 81 Abs. 5 Satz 1 GWB vor, dass die – auf den Verband ohnehin nur entsprechend anwendbare²⁹ – Regelung des § 17 Abs. 4 OWiG nur mit der Maßgabe Anwendung finde, dass der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft werden *kann*, nicht *soll*.

Vor diesem Hintergrund findet sich in der Entwurfsbegründung ein entscheidender Satz, der eine völlig andere Deutung der Wendung „Dient die Geldbuße allein der Ahndung“ nahelegt:³⁰ Die Rechtsfolge des § 81 Abs. 5 Satz 2 GWB – „so ist dies bei der Zumessung zu berücksichtigen“ – wird dort nicht vom reinen Ahndungscharakter der Verbandsgeldbuße abhängig gemacht. Statt dessen soll sie eintreten, wenn „bei der Festsetzung der Geldbuße nach Absatz 5 auf eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils verzichtet“ wird. „Dient die Geldbuße allein der Ahndung“ ist danach

cherungs- u. Schadenersatzanspruch gerade für jene Fälle der Wirtschaftsdelikte entwickelt hatte, in denen oft „gar keine Einzelperson da [sei], die [dem Verband] den Gewinn wegnehmen oder ihn schadensersatzpflichtig machen“ könne. Dazu aufs. oben § 9 B. III. 3. (S. 303).

26 Zu den „Problemen der ‚reinen Ahndungsgeldbuße‘ im Kartellrecht“ Achenbach/C. Wegner, ZWeR 2006,¹ S. 49 ff., die nicht weniger als die (teilweise) Verfassungswidrigkeit des Instruments nachweisen.

27 Siehe BT-Drs. 15/3640, S. 67 (li. Sp.): Die „Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG“ werde „nur noch als Kann-Regelung für anwendbar erklärt“, sodass die Geldbuße „auch als reine Ahndungsmaßnahme festgesetzt werden“ könne. „Daraus folgt“, so heißt es dort, dass in diesen Fällen die steuerliche Abzugsfähigkeit u. die Ersatzansprüche Dritter nicht berücksichtigt werden müssten.

28 Soweit aber die „reine Ahndungsmaßnahme“ – wenn auch nur verdeckt – Gewinne abschöpft, muss sie entgegen der gesetzgeberischen Intention gleichwohl steuerlich abzugsfähig sein. Siehe Achenbach/C. Wegner, ZWeR 2006,¹ S. 49 (57 ff.).

29 § 30 Abs. 3 OWiG.

30 BT-Drs. 15/3640, S. 67 (li. Sp.): „Wird bei der Festsetzung der Geldbuße nach Absatz 5 auf die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils verzichtet, so ist dies bei der Zumessung zu berücksichtigen.“

ein gleichbedeutender – sprachlich sehr unscharfer – Platzhalter dafür, dass von der Möglichkeit des § 81 Abs. 5 Satz 1 GWB Gebrauch gemacht wird. Eine Geldbuße, die i. S. d. § 81 Abs. 5 Satz 2 GWB „allein der Ahndung“ dient, ist folglich schlicht eine solche, die von der Möglichkeit des Satz 1 Gebrauch macht und einen steuerlich (teilweise) abzugsfähigen und mit Ersatzansprüchen Dritter zu verrechnenden Anteil nicht enthält.³¹ Damit ist nicht ausgesagt, dass die Verbandsgeldbuße der Ahndung im Sinne einer trans-restitutiven Übelzufügung dienen muss.

c) Zwischenergebnis

Auch die Wendung des § 81 Abs. 5 Satz 2 GWB, wonach die kartellrechtliche (Verbands-)Geldbuße „allein der Ahndung“ dienen kann, zwingt nicht dazu, die hier entwickelte Konzeption einer rein restitutiven Verbandsgeldbuße aufzugeben.

3. Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts

Zuletzt und gleichsam zur Abrundung bleibt noch ein – kurzer³² – Blick in die Leitlinien, die das Bundeskartellamt für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren aufgestellt.³³ Darin ist vorgesehen (Rn. 9), dass im konkreten Fall ein Bemessungsspielraum bestimmt wird, der das Gewinn- und Schadenspotential einerseits und den Gesamtumsatz des Unternehmens andererseits berücksichtigt. Das Gewinn- und Schadenspotential betrage dabei (Rn. 10) „10 % des während der Dauer des Kartellverstoßes erzielten tatbezogenen Umsatzes des Unternehmens“. Der tatbezogene Umsatz wiederum sei (Rn. 11) der „mit den Produkten bzw. Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen, während des gesamten Tatzeitraums erzielte Inlandsumsatz des Unternehmens.“ Um der jeweiligen

31 Als Substrat einer restitutiven Verbandsgeldbuße bleiben damit all jene Vorteile, die keinen Dritten zum Ersatz berechtigen: Etwa die verbesserte Marktposition, die aus den Taterträgen durchgeführte Betriebsmodernisierung oder sonstige auf Kosten der Allgemeinheit angemaßte Vorteile.

32 Ausf. zu den Bußgeldleitlinien des BKartA *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 2⁶, § 81 Rn. 541 ff.

33 Siehe BKartA, [®] Bußgeldleitlinien. Die folgenden Randnummern sind dort entnommen.

Unternehmensgröße Rechnung zu tragen, wird (Rn. 13) auf das so ermittelte Gewinn- und Schadenspotential ein Multiplikationsfaktor angewandt.³⁴ Diese Multiplikation von tatbezogenem Umsatz mit einem aus dem Gesamtumsatz abgeleiteten Faktor dient „nicht zur Festlegung einer bestimmten Geldbuße, sondern zur Bestimmung eines Bereichs, oberhalb dessen eine Geldbuße auch in der denkbar schwersten Konstellation bezogen auf den konkreten Fall und die Ahndungsempfindlichkeit des konkreten Unternehmens in der Regel nicht mehr angemessen wäre.“³⁵ Denn die Sanktion soll (Rn. 4) „nicht außer Verhältnis zu den Möglichkeiten stehen, durch die konkrete Tat Vorteile im Wettbewerb zu erzielen und für Dritte bzw. die Volkswirtschaft insgesamt Nachteile zu bewirken“.³⁶

Rein rechnerisch ist die kartellrechtliche Verbandsgeldbuße damit stets auf einen Anteil am tatbezogenen Umsatz gedeckelt. Bei kleinen Unternehmen kann dieser Anteil bis zu 20 %, bei größten Unternehmen bis über 60 % des tatbezogenen Umsatzes betragen kann. Diese Obergrenze wird jedoch nur im denkbar schwersten Fall der Zuwiderhandlung beim Fehlen jedweder Milderungsgründe erreicht. Die tatsächlich ausgeworfene Geldbuße wird regelmäßig unterhalb dieser Grenze liegen, weil sie innerhalb des Bemessungsspielraums nach tatbezogenen und täterbezogenen Kriterien geschärfert oder gemildert wird (Rn. 16). Zu den tatbezogenen Kriterien zählen etwa die Art und Dauer der Zuwiderhandlung, die Bedeutung der betroffenen Märkte und der Organisationsgrad unter den Beteiligten. Zu den täterbezogenen Kriterien rechnen die Rolle des jeweiligen Unternehmens im Kartell, seine Stellung im betroffenen Markt, der Verschuldengrad des handelnden Organwalters und vorangegangene Verstöße. All diese Faktoren laufen letztlich darauf hinaus, dass eine höhere Geldbuße innerhalb des Bemessungsspielraums ausgeworfen wird, wenn die Zuwiderhandlung im Zweifel zu höheren mittelbaren und unmittelbaren Gewinne geführt hat.³⁷

Ob die nach diesen Leitlinien bemessene Verbandsgeldbuße überhaupt oder auch nur im Regelfall über eine Abschöpfung des unmittelbaren und mit-

34 Bei einem Gesamtumsatz von bis zu 100 Mio. Euro beträgt der Faktor 2–3, bei einem Umsatz von mehr als 100 Mrd. Euro mehr als 6.

35 BKartA,® Bußgeldleitlinien, Anm. 1 zu Rn. 13. Ganz ähnlich auch die Anm. 1 zu Rn. 9.

36 Das klingt wiederum sehr nach dem von *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 302 (re. Sp.) vorgeschlagenen „öffentlichen Gewinnabschöpfungs- und Schadensersatzanspruch.“ Herv. im Original durch Sperrung.

37 Dieser Gedanke ist bereits oben in Anm. 10.6 in § 10 C. III. 4. (S. 358) geäußert worden.

telbaren Vorteils hinausgeht, lässt sich kaum ermitteln. Vieles spricht jedoch dafür, dass es mit den Leitlinien gelungen ist, das schon von *Mezger* in der Großen Strafrechtskommission prophezeite „gerecht[e] Verhältnis zwischen der Zu widerhandlung und der aufzuerlegenden Geldleistung“ herauszubilden.³⁸ Jedenfalls lässt sich den Leitlinien kein Mechanismus entnehmen, der sicherstellen würde, dass den Verbänden verlässlich ein über die erzielten Vorteile hinausgehendes Übel zugefügt wird. Dazu wäre es etwa erforderlich, nicht an den Kartellumsatz, sondern an den – wiederum schwer zu beziffernden – Reingewinn anzuknüpfen. Auch müsste die Bußgeldbemessung um eine Abschätzung ergänzt werden, ob und in welchem Umfang der Vorteil des Verbandes durch Schadenersatzansprüche Dritter gemindert werden wird. Dergleichen sucht man in den Leitlinien indes vergeblich.

III. Ergebnis

Nach alledem spricht Vieles dafür, dass auch die kartellrechtliche Verbandsgeldbuße nach § 81 GWB – aller Missverständlichkeiten zum Trotz – eine allein der Abschöpfung dienende Restitutionsmaßnahme ist. Selbstverständlich mag der Leser diese Frage anders beantworten. Insoweit sei abermals³⁹ angemerkt, dass die Positionierung in dieser Frage auf den Ausgang der Forschungsfrage keine Auswirkungen hat. Selbst wenn die kartellrechtliche Verbandsgeldbuße tatsächlich den Zweck hätte, dem Verband anlässlich der Tat des Organwalters ein Übel aufzuerlegen, wird wenigstens eines der im nächsten Kapitel angeführten Argumente⁴⁰ die Verbandsgeldbuße aus dem Bereich jener Nachteile ausklammern, die der Rechtsanwender als Schaden anerkennen darf.

38 Siehe *Mezger*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I¹³ S. 318 (re. Sp.).

39 Dazu bereits die Anm. 11.8 unter II. 2. b) (S. 449).

40 Siehe unten § 12 C. III. (S. 488).

Vierter Teil
(Verbands-)Geldbuße als Schaden

