

§ 3 Internationale Koordinierungs- und Kooperationsinstrumente

A. Ansätze im allgemeinen Völkerrecht

Der Bestand an Normen im allgemeinen Völkerrecht, die geeignet sind, die Normenkonkurrenz im internationalen Kartellstrafrecht zu begrenzen oder die Folgen dieser Normenkonkurrenz abzuschwächen, ist sehr gering. Das völkerrechtliche Gebot eines hinreichenden Konnexes zwischen dem zu regelnden Sachverhalt und dem anwendbaren Recht entpuppt sich im Kartell(straf)recht meist als Leerformel, da sich ein Kartell typischerweise in sehr vielen Staaten auswirkt und diese Auswirkungen bereits eine ausreichende Verbindung darstellen.³⁰² Auch gibt es im allgemeinen Völkerrecht keinen *ne bis in idem*-Grundsatz, der es den Staaten gebieten würde, von einer Bestrafung abzusehen, wenn der Beschuldigte wegen derselben Tat bereits in einem anderen Staat verfolgt wurde.³⁰³ Nicht ganz so eindeutig zu beantworten ist die Frage, ob die Staaten völkerrechtlich verpflichtet sind, im Ausland wegen derselben Tat verhängte Sanktionen bei der eigenen Sanktionszumessung wenigstens zu berücksichtigen. Wie bereits erwähnt, sehen viele nationale Rechtsordnungen eine Teilanrechnung von im Ausland erlittenen Sanktionen vor.³⁰⁴ Bisher wurde eine Verdichtung des Anrechnungsgebots zu einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel

302 Siehe *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 2008, S. 301 und 314; *Lamendola*, 22 *Suffolk Transnat'l. L. Rev.* 663, 694 ff. (1999); *Meessen*, *EuR* 1973, 18, 35 f.; *Schwarze*, *Jurisdiktionsabgrenzung im Völkerrecht*, 1994, S. 17 ff. sowie *Ohler*, *Kollisionsordnung*, 2005, S. 354 ff. Siehe auch oben § 2 B.

303 Siehe *Conway*, 3 *Int'l. Crim. L. Rev.* 217, 217 f. (2003); *Hein*, *Zuständigkeitskonflikte im internationalen Strafrecht*, 2002, S. 77, 84 und 116; *Jagla*, *Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen ne bis in idem*, 2007, S. 68 ff.; *Kniebühler*, *ne bis in idem*, 2005, S. 349 ff.; *Mansdörfer*, *ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, 2004, S. 19 ff.; *OECD*, *Cartel Sanctions against Individuals*, 2003, <http://www.oecd.org/dataoecd/61/46/34306028.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 9; *Oehler*, *Internationales Strafrecht*, 1983, S. 578 sowie *Specht*, *ne bis in idem*, 1999, 86 ff. Siehe zudem BVerfG, Nichtannahme zur Entscheidung vom 4.12.2007, 2 BvR 38/06, Rn. 27 ff. und BVerfG, Beschluss vom 31.3.1987, 2 BvM 2/86, BVerfGE 75, 1 ff., Rn. 46 ff.

304 Siehe oben § 2 D.

jedoch zumeist abgelehnt.³⁰⁵ Selbst wenn man hier die konträre Position vertritt, ist für das Kartellstrafrecht zu beachten ist, dass sich das Anrechnungsprinzip nur auf Sanktionen für ein und dieselbe Tat bezieht. Durch ein auswirkungsorientiertes Verständnis des Tatbegriffs könnte auch dem Anrechnungsprinzip daher seine praktische Wirkung für das Kartellstrafrecht genommen werden.

Im Bereich der Völkerrechtscourtoisie (*comity*) findet sich der Appell an die Staaten, bei der Anwendung ihres Rechts auf Sachverhalte mit Auslandsbezug auf kenntlich gemachte Interessen der betroffenen, ausländischen Staaten Rücksicht zu nehmen (sog. *negative comity*).³⁰⁶ Auch besteht eine Gepflogenheit, wonach jeder Staat, von dessen Territorium aus das Recht eines anderen Staates verletzt wird, von diesem ausländischen Staat zum Einschreiten gegen die Rechtsverletzung aufgerufen werden kann (sog. *positive comity*).³⁰⁷

Normative Kraft kommt diesen Gepflogenheiten jedoch nicht zu.³⁰⁸

B. Das Kooperationsinstrumentarium im internationalen Kartellrecht

Im Folgenden werden nun die, für die zwischenstaatliche Kooperation der Wettbewerbsbehörden im internationalen Raum maßgeblichen Instrumen-

305 Conway, 3 Int'l. Crim. L. Rev. 217, 226 f. und 243 f. (2003); Kniebühler, ne bis in idem, 2005, S. 355 f. Siehe auch BVerfG, Beschluss vom 31.3.1987, 2 BvM 2/86, BVerfGE 75, 1 ff., Rn. 42.

306 OECD, Recommendation Concerning Cooperation between Member countries on Anticompetitive Practices, 1995, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/anticompetitivepracticesaffectinginternationaltrade-oecdrecommendationconcerningco-operationbetweenoecdcountries.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Rn. I. B. 4. b). Siehe auch Podszun, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 87.

307 OECD, Recommendation Concerning Cooperation between Member countries on Anticompetitive Practices, 1995, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/anticompetitivepracticesaffectinginternationaltrade-oecdrecommendationconcerningco-operationbetweenoecdcountries.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Rn. I. B. 5.; OECD, Report on Positive Comity, 1999, <http://www.oecd.org/dataoecd/40/3/2752161.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.1.2013); International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC), Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter IV; Podszun, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 88.

308 Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2012, S. 391; Podszun, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 87.

te erläutert und sodann auf ihre Verfügbarkeit zur Durchsetzung von straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Kartellsanktionen gegen natürliche Personen hin untersucht.

I. Bilaterale kartellrechtliche Kooperationsabkommen

Seit den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts steigt die Zahl der bilateralen kartellrechtlichen Kooperationsabkommen stetig an.³⁰⁹ Diese Abkommen werden meist unmittelbar von den Kartellbehörden ausgehandelt und im Namen der Staatsregierungen abgeschlossen.³¹⁰ Sie binden völkerrechtlich dann den gesamten Staat.³¹¹ Oftmals sind die wesentlichen, aus dem Vertrag erwachsenden Pflichten jedoch allein den Kartellbehörden und nicht den sonstigen staatlichen Stellen zugewiesen.³¹² In der Normenhierarchie stehen diese förmlichen Kooperationsabkommen in den meisten Staaten unter den nationalen Gesetzen und können diese daher nicht abwandeln.³¹³ Neben diesen förmlichen Kooperationsabkommen kam es gerade in jüngerer Vergangenheit vermehrt zum Abschluss rein zwischenbehördlicher Kooperationsabkommen, deren rechtliche Bindungswirkung von vornherein auf die vertragsschließenden Wettbewerbsbehörden beschränkt ist.³¹⁴

309 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 6 f. und 305 ff.; *Dekeyser/Siragusa/Rosenthal/Golden*, 10 Sedona Conf. J. 43, 59 (2009); *Holzmüller*, Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen, 2009, S. 300 ff.; *ICN Cartels Working Group*, Co-operation between competition agencies in cartel investigations, 2007, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf> (zuletzt abgerufen am 2.1.2013), S. 18 ff. sowie *Podszun*, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 72 ff.

310 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 5 ff.

311 *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 5 f.; *Podszun*, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 78 f.

312 Siehe etwa Art. 2.1 Kooperationsabkommen Deutschland-USA, Art. 4.1 Kooperationsabkommen EG-USA von 1991 sowie Art. 2.1. Kooperationsabkommen Japan-USA.

313 *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 5 f.; *Podszun*, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 78.

314 *Ezrachi/Kindl*, in: *Beaton-Wells/Ezrachi*, Criminalising Cartels, 2011, S. 419, 429.

Entsprechend der vorgesehenen Kooperationsdichte lässt sich zwischen kartellrechtlichen Kooperationsabkommen der ersten, der zweiten und der dritten Generation unterscheiden.

1. Kooperationsabkommen der ersten Generation

Kooperationsabkommen der ersten Generation, welche zahlenmäßig die mit Abstand größte Gruppe der Kooperationsabkommen bilden, regeln typischerweise die Bereiche Notifizierung, Informationsaustausch, Beweiserhebung auf Ersuchen der anderen Wettbewerbsbehörde sowie Comity- und Koordinierungsaspekte.

Im Rahmen der Notifizierungsregelung wird üblicherweise vereinbart, dass die ausländische Partnerbehörde unterrichtet werden muss, falls eigene Durchsetzungsbemühungen wichtige Interessen des anderen Vertragsstaats berühren können. Die Notifizierung wird in den Abkommen als Soll-Pflicht ausgestaltet und die tatsächlichen Umstände, in denen diese Soll-Pflicht ausgelöst wird, näher beschrieben.³¹⁵ Hinsichtlich des Informationsaustausches ist festzuhalten, dass die Übermittlung von einer Wettbewerbsbehörde bereits vorliegenden, wettbewerbsrelevanten Informationen auf Ersuchen einer anderen Wettbewerbsbehörde nach der Diktation der Abkommen grundsätzlich verbindlich ist.³¹⁶ Allerdings steht der Informationsaustausch durchweg unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem nationalen Recht, den wichtigen Interessen und einer vernünftigen Ressourcenverwaltung der über die Informationen verfügenden Behörde.³¹⁷ Der Austausch von Informationen und Beweismitteln, die noch nicht vorliegen, sondern auf Ersuchen der Partnerbehörde hin erst noch erhoben werden müssen, wird nur in einigen Kooperationsabkommen aus-

315 Siehe beispielsweise Art. 2 Kooperationsabkommen EG–USA von 1991, Art. 2 Kooperationsabkommen USA-Japan und Art. 2 Kooperationsabkommen USA-Brasilien.

316 Siehe Art. 3 Abs. 4 Kooperationsabkommen EG-USA von 1991, Art. 3 Abs. 2 lit. c) Kooperationsabkommen USA-Japan sowie Art. 3 Abs. 3 lit. c) Kooperationsabkommen USA-Kanada.

317 Siehe etwa Art. 3 Abs. 3 Kooperationsabkommen USA-Kanada, Art. 3 Abs. 1 Kooperationsabkommen Deutschland-USA sowie Art. 3 Abs. 1 Kooperationsabkommen USA-Japan.

drücklich thematisiert.³¹⁸ Andere Abkommen verwenden lediglich eine Generalklausel, die jede Seite zur Leistung von „Unterstützung“ verpflichtet, ohne präzisere Formen solcher Unterstützungsmaßnahmen vorzugeben.³¹⁹ Mangels entgegenstehender Angaben in den Abkommen lassen sich aber auch Beweiserhebungsmaßnahmen im Anschluss an ein entsprechendes Ersuchen der anderen Behörde als von dieser Unterstützungspflicht umfasst ansehen.³²⁰ Zu bemerken ist auch, dass die meisten Abkommen ausweislich ihres Wortlauts die Verbindlichkeit dieses Beistands statuieren.³²¹ Allerdings wird die Unterstützungsleistung stets einem Bündel von Vorbehalten unterstellt, das zumindest die Trias des nationalen Rechts, der wichtigen nationalen Interessen und der verfügbaren Ressourcen umfasst.³²²

Nahezu durchgehender Inhalt der kartellrechtlichen Kooperationsabkommen sind auch Regelungen zur negativen und positiven *comity*. Wie bereits erwähnt verlangt der Mechanismus der negativen *comity* vom verfahrensführenden Staat, bei seiner Verfolgungstätigkeit auf die Interessen der anderen Staaten Rücksicht zu nehmen.³²³ In den Kooperationsabkommen wird dies üblicherweise dadurch umgesetzt, dass ein Katalog von Kriterien ausgewiesen ist, die wichtige Interessen der anderen Staaten reflektieren und auf die der ermittelnde Staat in jeder Verfahrensphase bedacht sein muss.³²⁴ Diese Gesichtspunkte umfassen beispielsweise den Grad der Auswirkungen der verfolgten Verhaltensweise auf das Territorium des ermittelnden Staates im Verhältnis zum Grad der Auswirkungen

318 So etwa Art. 2 Abs. 3 Kooperationsabkommen Deutschland-USA, Art. 3 Abs. 3 Kooperationsabkommen USA-Kanada und Art. 3 Abs. 3 Kooperationsabkommen USA-Israel.

319 So etwa Art. 4 Abs. 1 Kooperationsabkommen EG-USA.

320 So auch *American Bar Association*, *International Antitrust Cooperation Handbook*, 2004, S. 148.

321 So etwa Art. 4 Abs. 1 Kooperationsabkommen EG-USA von 1991, Art. 3 Abs. 3 Kooperationsabkommen USA-Israel sowie Art. 2 Abs. 1 Kooperationsabkommen Deutschland-USA. Siehe auch *American Bar Association*, *International Antitrust Cooperation Handbook*, 2004, S. 39 f.

322 Siehe etwa Art. 3 Abs. 3 Kooperationsabkommen USA-Kanada, Art. 3 Abs. 1 und 2 Kooperationsabkommen Deutschland-USA sowie Art. 3 Abs. 1 Kooperationsabkommen USA-Japan.

323 Siehe oben § 3 A.

324 So Art. 6 Abs. 3 Kooperationsabkommen EG-USA von 1991, Art. 6.3 Kooperationsabkommen USA-Japan und Art. 5 Abs. 3 Kooperationsabkommen EG-Süd Korea.

auf ausländische Märkte oder die Frage, inwiefern Sanktionsmaßnahmen anderer Staaten bereits ausreichend sind, um auch die Auswirkungen der Verhaltensweise auf das eigene Territorium zu sühnen und von einer Wiederholungstat abzuschrecken.³²⁵ Auch Bestimmungen zur *positive comity* sind mittlerweile etablierter Bestandteil bilateraler Kooperationsabkommen.³²⁶ Werden wichtige Interessen eines Staates durch wettbewerbswidrige Praktiken, die vom Territorium eines anderen Staates ausgehen, beeinträchtigt, gewähren die Kooperationsabkommen dem betroffenen Staat das Recht, den anderen Staat zum Einschreiten gegen den Wettbewerbsverstoß aufzufordern.³²⁷ Dem so aufgeforderten Staat obliegt es dann, die ihm angezeigte Verhaltensweise auf einen Wettbewerbsverstoß hin zu prüfen.³²⁸ Der ersuchte Staat ist jedoch nicht gezwungen, ein Kartellverfahren zur Abstellung dieser Verhaltensweise zu eröffnen.³²⁹ Dies verbleibt vielmehr in seinem freien Ermessen. Konsequenterweise bleibt es auch dem ersuchenden Staat grundsätzlich unbenommen, gemäß seinen Kartellgesetzen selbst gegen die im Ausland durchgeführte Verhaltensweise vorzugehen.³³⁰

Führen beide Staaten ein Kartellverfahren mit demselben oder einem verwandten Untersuchungsgegenstand durch, sehen die Kooperationsabkommen die Möglichkeit vor, die Verfolgungstätigkeit zu koordinieren.³³¹ Im Falle der Koordinierung sind beide Behörden dazu aufgerufen, das eigene Verfahren so zu führen, dass die Verfolgungsstrategie der Partnerbe-

325 Siehe etwa Art. 6 Abs. 5 Kooperationsabkommen USA-Kanada.

326 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 45; *Dekeyser/Siragusa/Rosenthal/Golden*, 10 Sedona Conf. J. 43, 57 (2009) sowie *Podszun*, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 88 f.

327 Siehe Art. 4 Abs. 2 Kooperationsabkommen USA-Brasilien, Art. 3 Kooperationsabkommen EG-USA von 1998 und Art. 5 Abs. 1 Kooperationsabkommen USA-Japan.

328 Siehe etwa Art. 5 Abs. 2 Kooperationsabkommen USA-Japan und Art. 4 Abs. 3 Kooperationsabkommen USA-Brasilien.

329 So ausdrücklich Art. 4 Abs. 4 Kooperationsabkommen USA-Brasilien, Art. 6 Abs. 4 Kooperationsabkommen EG-Südkorea.

330 Siehe Art. 4 Abs. 4 Kooperationsabkommen USA-Brasilien und Art. 5 Abs. 4 Kooperationsabkommen USA-Mexiko. Diese Möglichkeit auf bestimmte Umstände reduzierend, Art. 4 Kooperationsabkommen EG-USA von 1998.

331 Siehe etwa Kooperationsabkommen Art. 4 Abs. 1 Kooperationsabkommen USA-Japan und Art. 4 Abs. 1 Kooperationsabkommen USA-Israel.

hörde nicht durchkreuzt wird.³³² Dies bedeutet beispielsweise, dass unangekündigte Nachprüfungen bei verdächtigten Unternehmen mit der fremden Wettbewerbsbehörde abzusprechen sind.³³³ Über die Möglichkeit der Verfahrenskoordinierung hinaus schaffen bilaterale Kooperationsabkommen schließlich auch die Möglichkeit, sich unabhängig von einem gegenwärtig parallel verfolgten Fall über alle Fragen der Kartellrechtsdurchsetzung zu konsultieren.³³⁴

Der gesamte Kommunikationsverkehr in Anwendung der Kooperationsabkommen erfolgt grundsätzlich ohne besondere Formerfordernisse unmittelbar zwischen den beiden Wettbewerbsbehörden. Lediglich Notifizierungen, Ersuchen im Rahmen von *positive comity*-Regelungen sowie allgemeine Konsultationsersuchen müssen anschließend schriftlich über den diplomatischen Weg bestätigt werden.³³⁵

2. Kooperationsverhältnisse der zweiten Generation

Wie in § 2 der Untersuchung gesehen finden sich in einigen nationalen Rechtsordnungen besondere kartellrechtliche Rechtshilfenormen, die eine über das herkömmliche Rechtshilferecht hinausgehende Rechtshilfe ermöglichen. Zum Teil stellen diese nationalen Regeln jedoch nicht selbst die Rechtsgrundlage für diese vertiefte Rechtshilfe dar, sondern ermächtigen lediglich zum Abschluss eines bilateralen völkerrechtlichen Vertrags, der dann als Rechtsgrundlage für die vertiefte Rechtshilfe fungiert.³³⁶ Da sich das Rechtshilfeniveau dann deutlich von der unter üblichen Kooperationsabkommen verfügbaren Rechtshilfe abhebt, bezeichnet man diese kartellrechtlichen Rechtshilfeverträge auch als Kooperationsabkommen der zweiten Generation.³³⁷ Im Folgenden soll nun das kartellrechtliche

332 Art. 4 Abs. 3 Kooperationsabkommen EG-USA von 1991, Art. 4 Abs. 3 Kooperationsabkommen USA-Japan und Art. 4 Abs. 3 Kooperationsabkommen USA-Israel.

333 Ausführlicher *Podszun*, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 91 ff.

334 Art. 7 Kooperationsabkommen EG-USA von 1991, Art. 8 Abs. 1 Kooperationsabkommen USA-Japan und Art. 7 Kooperationsabkommen USA-Israel.

335 Siehe etwa Art. 10 Kooperationsabkommen EG-USA von 1991, Art. 11 Kooperationsabkommen USA-Israel, Art. 12 Kooperationsabkommen USA-Japan.

336 Siehe oben § 2 E. V.

337 *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalre>

Rechtshilfeabkommen zwischen den USA und Australien genauer betrachtet werden. Sodann kommt das kartellrechtliche Kooperationsverhältnis zwischen Australien und Neuseeland zur Anschauung, welches ebenfalls der zweiten Generation angehört.

Zuletzt wird auf das vor kurzem von der Europäischen Union und der Schweiz unterzeichnete kartellrechtliche Kooperationsabkommen eingegangen, welches gegenwärtig noch nicht in Kraft getreten ist.

2.1. Der Antitrust Mutual Assistance Treaty zwischen den USA und Australien auf Grundlage des International Antitrust Enforcement Assistance Act

Das *Antitrust Mutual Assistance Agreement* mit Australien ist bisher das einzige US-amerikanische Kooperationsabkommen der zweiten Generation.³³⁸ Der Schwerpunkt dieses Abkommens liegt auf dem Informationsaustausch und der Beweiserhebung auf Ersuchen der ausländischen Partnerbehörde. Die übrigen, traditionell in kartellrechtlichen Kooperationsabkommen geregelten Themen der Notifizierung, Koordination, *comity* und Konsultation bleiben fast völlig außen vor.³³⁹

Die zentrale Norm des *Antitrust Mutual Assistance Agreement* findet sich in Art. 2 lit. A des Abkommens. Danach beabsichtigen (*intend*) die Vertragsparteien, Beweise, die für das von der fremden Wettbewerbsbehörde geführte Kartellverfahren hilfreich sein können, auszutauschen und zu erheben. Welche Ermittlungsmaßnahmen im Einzelnen möglich sind, wird sodann in einer nicht abschließenden Aufzählung katalogisiert.³⁴⁰ Ausdrücklich klargestellt wird auch, dass die Gewährung von Rechtshilfe nach Art. 2 lit. A des Abkommens nicht voraussetzt, dass die von der um

port.html (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter IV; *Podszun*, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 111.

338 *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter IV.

339 Siehe Art. 2 lit. B und C *Antitrust Mutual Assistance Agreement* USA-Australien. Siehe auch *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 53.

340 Siehe Art. 2 lit. E *Antitrust Mutual Assistance Agreement* USA-Australien.

Rechtshilfe ersuchenden Behörde verfolgte Verhaltensweise auch gegen das materielle Kartellrecht des ersuchten Staates verstößt.³⁴¹

Konform zur Systematik traditioneller Kooperationsabkommen werden auch die Gründe festgeschrieben, aus denen die ersuchte Rechtshilfe versagt werden kann.³⁴² Diese umfassen das Übersteigen der vernünftigerweise einzusetzenden Ressourcen der ersuchten Behörde, entgegenstehende öffentliche Interessen des ersuchten Staates sowie die Unvereinbarkeit mit dem nationalen Recht der ersuchten Behörde.³⁴³ Hinsichtlich des Austausches vertraulicher Informationen ist bedeutsam, dass viele im US-Recht bestehende Preisgabeverbote für vertrauliche Informationen durch das besondere kartellrechtliche Rechtshilfegesetz der USA für diejenigen Fälle abbedungen wurden, in denen die Informationsweitergabe auf Grundlage eines *Antitrust Mutual Assistance Agreements* erfolgt.³⁴⁴ Die Übermittlung der allermeisten vertraulichen Informationen kann daher nicht unter Berufung auf den Versagungsgrund der Unvereinbarkeit der Rechtshilfe mit der innerstaatlichen Rechtsordnung abgelehnt werden.³⁴⁵

Rechtshilfeersuchen auf Grundlage des *Antitrust Mutual Assistance Agreements* können in einfacher Schriftform unmittelbar an die zu ersuchende Wettbewerbsbehörde gesandt werden.³⁴⁶ Werden im Anschluss an ein entsprechendes Ersuchen Informationen an die ersuchende Behörde übertragen, dürfen diese grundsätzlich nur zur Durchsetzung der Wettbewerbsgesetze und nur für das im Ersuchen angegebene Verfahren verwendet werden.³⁴⁷ Ob das Verfahren der ersuchenden Behörde strafrechtlicher

341 Art. 2 lit. F *Antitrust Mutual Assistance Agreement* USA-Australien.

342 Art. 4 *Antitrust Mutual Assistance Agreement* USA-Australien.

343 Eingehend hierzu *Laudati/Friedbacher*, 16 Nw. J. Int'l. L. & Bus. 478, 492 f. (1996).

344 Genauer); *Atwood*, 19 World Competition 43, 46 (1995); *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Annex 1 c, dortige Fußnote 15 sowie *Laudati/Friedbacher*, 16 Nw. J. Int'l. L. & Bus. 478, 495 (1996).

345 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 49.

346 Siehe Art. 3 lit. A i.V.m. Art. 1 *Antitrust Mutual Assistance Agreement* USA-Australien.

347 Art. 7 lit. A und lit. B *Antitrust Mutual Assistance Agreement* USA-Australien.

oder verwaltungsrechtlicher Natur ist, soll für die Verwertbarkeit unbeachtlich sein.³⁴⁸

2.2. Der Kooperationsverbund zwischen Australien und Neuseeland

Die Kooperation zwischen Australien und Neuseeland beruht auf einem vielschichtigen Geflecht zwischenstaatlicher und zwischenbehördlicher Abkommen, die unter anderem ein besonders leistungsfähiges Rechtshilfeinstrumentarium vorsehen und teilweise sogar die Ausübung von Hoheitsbefugnissen auf fremdem Staatsgebiet ermöglichen.³⁴⁹

2.2.1. Weitreichende Amts- und Rechtshilfe

Ähnlich der Entwicklung in den USA und einigen europäischen Staaten wurde in den nationalen Rechtsordnungen die Grundlage dafür geschaffen, dass vertrauliche Informationen an ausländische Staaten weitergegeben werden dürfen, wenn diese die Geheimhaltung im selben Maße wie die inländischen Stellen gewährleisten.³⁵⁰ Darauf aufbauend sieht das zwischen der australischen und der neuseeländischen Kartellbehörde abgeschlossene Kooperationsabkommen den Austausch von vertraulichen Informationen vor.³⁵¹

Im Bereich der Verfolgung einseitiger Wettbewerbsbeschränkungen werden die für Wettbewerbssachen zuständigen Gerichte beider Staaten

348 Siehe Section 6204 Abs. 2 lit. B *International Antitrust Enforcement Assistance Act*. Siehe auch *American Bar Association*, *International Antitrust Cooperation Handbook*, 2004, S. 51.

349 Grundlegend hierzu und, soweit sich dies anhand der Normtexte nachvollziehen lässt, immer noch aktuell, *Strohmaier*, Die Zusammenarbeit von Australien und Neuseeland auf dem Gebiet des Kartellrechts, 2000. Siehe auch *Basedow*, Weltkartellrecht, 1998, S. 36 f.; *Holz Müller*, Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen, 2009, S. 305 ff.; *Petersen*, internationale Zusammenarbeit, 2005, S. 197 ff.; *Podszun*, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 108 ff.

350 Art. 7 Abs. 2 des australischen *Mutual Assistance in Business Regulation Act*. Siehe hierzu *Strohmaier*, Die Zusammenarbeit von Australien und Neuseeland auf dem Gebiet des Kartellrechts, 2000, S. 264 f.

351 Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 Kooperationsabkommen Australien-Neuseeland. Siehe auch *Strohmaier*, Die Zusammenarbeit von Australien und Neuseeland auf dem Gebiet des Kartellrechts, 2000, S. 157.

ferner jeweils durch ein nationales Gesetz ermächtigt, alle ihre Eingriffsbefugnisse einzusetzen, um einem Rechtshilfeersuchen des jeweils anderen Gerichts zu entsprechen.³⁵² Beschränkt auf diesen Bereich unilateraler Wettbewerbsverstöße wurden auch die Voraussetzungen für die Vollstreckung von Urteilen aus dem jeweils anderen Staat erheblich erleichtert.³⁵³

2.2.2. Hoheitliche Befugnisse auf fremdem Staatsgebiet

Die bemerkenswerteste Errungenschaft im australisch-neuseeländischen Kooperationsverbund besteht darin, dass unter Verzicht auf die eigene Souveränität den verfahrensführenden Rechtsdurchsetzungsorganen des anderen Vertragsstaats auf dem eigenen Staatsgebiet Hoheitsbefugnisse eingeräumt wurden. So ist es den Wettbewerbsbehörden erlaubt, zur Sachverhaltsaufklärung Auskunftsverlangen an Personen im jeweils anderen Staatsgebiet zu versenden und von ihnen die Herausgabe von Dokumenten zu begehren.³⁵⁴ Die Missachtung dieser ausländischen Anordnungen ist jeweils im Aufenthaltsstaat der betroffenen Person unter Strafe gestellt.³⁵⁵ Kommt etwa ein in Neuseeland ansässiges Unternehmen einem Auskunftsverlangen der australischen Wettbewerbsbehörde nicht nach, verstößt es damit auch gegen neuseeländisches Recht. Diese Konstruktion führt dazu, dass bei einer Missachtung der Anordnung nicht im Anordnungsstaat eine Sanktion verhängt und diese dann wiederum extraterritori-

352 Siehe Section 56 R neuseeländischer *Judicature Act*, 4.8.1908, zuletzt geändert am 1.4.2012, <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1908/0089/latest/DLM144693.html> (zuletzt abgerufen am 4.1.2013) sowie Section 32 T bis 32 V australischer *Federal Court Act*, 9.12.1976, zuletzt geändert am 28.6.2011, http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fcoaa1976249/index.html (zuletzt abgerufen am 4.1.2013). Eingehend hierzu *Strohmaier*, Die Zusammenarbeit von Australien und Neuseeland auf dem Gebiet des Kartellrechts, 2000, S. 193, 281 und 304 f.

353 Siehe hierzu *Strohmaier*, Die Zusammenarbeit von Australien und Neuseeland auf dem Gebiet des Kartellrechts, 2000, S. 193 f. und 290.

354 Siehe Section 155 A des australischen *Competition and Consumer Act* sowie Section 98 H des neuseeländischen *Commerce Act*.

355 Siehe Section 155 B Abs. 3 australischer *Competition and Consumer Act* sowie Section 99 A Abs. 3 neuseeländischer *Commerce Act*. Siehe auch *Holzmüller*, Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen, 2009, S. 306.

al im Aufenthaltsstaat vollstreckt werden muss, sondern dass sogleich das Sanktionsinstrumentarium des Aufenthaltsstaats verfügbar ist.³⁵⁶

Noch über die Befugnisse der Behörden hinaus gehen die Rechte der mit Wettbewerbssachen befassten Gerichte. Diese können beispielsweise im jeweils anderen Hoheitsgebiet Urteile, einstweilige Verfügungen, und Vorladungen selbst an die betroffenen Unternehmen zustellen und dürfen im Wege einstweiliger Verfügungen, von diesen ein Tun oder Unterlassen im fremdem Staatsgebiet fordern.³⁵⁷ Zu beachten ist allerdings, dass diese Übertragung von Hoheitsgewalt größtenteils nur für Verfahren zur Verfolgung von unilateralem Missbrauch von Marktmacht und nicht auch bei sonstigen Kartellrechtsverstößen gilt.³⁵⁸

2.3. Das Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweiz

Das gegenwärtig in der Ratifizierungsphase befindliche Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweiz steht den Abkommen der zweiten Generation insofern nahe, als es ebenfalls den Austausch vertraulicher Informationen erlaubt.³⁵⁹ Das Abkommen bezieht unmittelbar jedoch nur die schweizerische Wettbewerbsbehörde und die Europäische Kommission mit ein.³⁶⁰ Letztere darf die erhaltenen Informationen nur in sehr begrenztem Rahmen an die Wettbewerbsbehörden der

356 Siehe hierzu *Strohmaier*, Die Zusammenarbeit von Australien und Neuseeland auf dem Gebiet des Kartellrechts, 2000, S. 246.

357 Siehe hierzu *Strohmaier*, Die Zusammenarbeit von Australien und Neuseeland auf dem Gebiet des Kartellrechts, 2000, S. 275 ff. und 300 ff.

358 *Strohmaier*, Die Zusammenarbeit von Australien und Neuseeland auf dem Gebiet des Kartellrechts, 2000, S. 192 sowie *Holzmüller*, Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen, 2009, S. 306.

359 Siehe Art. 7 Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (im Folgenden: Kooperationsabkommen EU-Schweiz) sowie *Europäische Kommission*, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des Abkommens zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts – Begründung, 1.6.2012, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0245:FIN:DE:PDF> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Erwägungsgrund 4.

360 Siehe Art. 2 Abs. 1 Kooperationsabkommen EU-Schweiz.

EU-Mitgliedsstaaten weiterleiten.³⁶¹ Eine Verwertung der Informationen durch die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden auf Grundlage von Art. 12 Abs. 1 Verordnung 1/2003³⁶² soll offenbar nicht möglich sein. Der Austausch vertraulicher Informationen zwischen der Kommission und der schweizerischen Wettbewerbsbehörde ist zudem auf solche Informationen beschränkt, die der jeweils ersuchten Behörde bereits vorliegen. Ermittlungsmaßnahmen zur Einholung noch nicht vorliegender Informationen sind nicht vom Abkommen gedeckt. Informationen aus Kronzeugenanträgen dürfen ferner nur mit Zustimmung des Antragstellers ausgetauscht werden.³⁶³

Abgesehen von der Einbeziehung vertraulicher Informationen und dem generellen Ausschluss von Beweiserhebungsmaßnahmen steht das Abkommen einem Kooperationsabkommen der ersten Generation gleich und enthält Regeln zur Notifizierung von Kartellrechtsverstößen, zur Koordination sowie zur negativen und positiven comity.³⁶⁴

3. Kooperationsabkommen der dritten Generation

Während die Vernetzung der Industriestaaten mittels Kooperationsabkommen der ersten Generation weiter voranschreitet,³⁶⁵ lässt sich der Trend hin zu einer Einbindung von Schwellen- und Entwicklungsländern in das kartellrechtliche Kooperationsgeflecht beobachten.³⁶⁶ Beispielhaft hierfür steht etwa das Abkommen zwischen den USA und Chile sowie das *Memo-randum of Understanding* zwischen den US-amerikanischen und den chi-

361 Siehe Art. 10 Abs. 1 Kooperationsabkommen EU-Schweiz.

362 Zum Mechanismus aus Art. 12 Verordnung 1/2003 siehe unten § 3 D. II. 3.

363 Art. 7 Abs. 6 Kooperationsabkommen EU-Schweiz.

364 Siehe Art. 3, 4, 5 und 6 Kooperationsabkommen EU-Schweiz.

365 Siehe etwa *Seitz*, EuZW 2011, 325, 325 f.

366 Siehe etwa *U.S. Department of Justice/Federal Trade Commission*, Charting the Future Course of International Technical Assistance, 2009, <http://www.justice.gov/atr/public/reports/250908.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter IV; *Varney*, Preparing for the Future, 2010, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/262606.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

nesischen Wettbewerbsbehörden.³⁶⁷ Kennzeichnendes Merkmal dieser Kooperationsabkommen der dritten Generation ist ihr Akzent auf der Einrichtung einer technischen Kooperationsebene (*technical assistance*).³⁶⁸ Inhalt dieser technischen Hilfe ist die Schulung der Beamten der Schwellenländer in allen wettbewerbsrechtlich relevanten Bereichen und ihre Beratung bei konkreten Fragen der Verfahrensführung durch Kollegen aus den industriestaatlichen Behörden.³⁶⁹ Dies geschieht etwa in der Form von Fortbildungsveranstaltungen, Kommentierungen der Partnerbehörde zu vorgeschlagenen Änderungen der eigenen Verwaltungspraxis sowie durch Videokonferenzen oder E-Mails, in denen Einzelfragen rasch durch Amtskollegen aus dem erfahreneren Partnerstaat beantwortet werden können.³⁷⁰ Ziel dieser Ausbildungsmaßnahmen ist aus Sicht der Industrienationen die größtmögliche Angleichung der entwicklungs- und schwellenstaatlichen Wettbewerbspolitiken, einschließlich materieller und verfahrensrechtlicher Regelungen, an ihre eigenen Verhältnisse und Anschauungen.³⁷¹ Diese Konvergenzbemühungen folgen der Einsicht, dass nur bei hinreichender Vergleichbarkeit der angewandten Kartellrechtssysteme ein Verzicht auf eine eigene Verfahrensführung und die Zustimmung zu einer tiefgreifenden Kooperation erreicht werden kann.³⁷²

Neben der Vereinbarung der technischen Hilfe beinhalten die Abkommen der dritten Generation meist auch unverbindliche Regelungen zu In-

367 Siehe zu letzterem, *Federal Trade Commission*, Press Release of 27.7.2011, <http://www.ftc.gov/opa/2011/07/chinamou.shtm> (zuletzt abgerufen am 4.1.2013).

368 Siehe *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter IV; *Dekeyser/Siragusa/Rosenthal/Golden*, 10 Sedona Conf. J. 43, 62 (2009).

369 *U.S. Department of Justice/Federal Trade Commission*, Charting the Future Course of International Technical Assistance, 2009, <http://www.justice.gov/atr/public/reports/250908.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 3 ff.

370 *U.S. Department of Justice/Federal Trade Commission*, Charting the Future Course of International Technical Assistance, 2009, <http://www.justice.gov/atr/public/reports/250908.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 1 und 8.

371 *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter IV.

372 *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter IV.

formationsaustausch und negativer Comity, erreichen aber nur selten den Standard der Abkommen erster Generation.³⁷³

II. Multilaterale Institutionen

1. OECD

Die *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD) ist ein, mittlerweile 34 Industriestaaten (Stand: Oktober 2014) einbindendes Forum, das zum Ziel hat, mittels rechtlich unverbindlicher Verhaltensempfehlungen und Erklärungen, den wirtschaftlichen Wohlstand in seinen Mitgliedsstaaten zu fördern.³⁷⁴ Kartellrechtliche Fragestellungen sind Gegenstand einer Reihe von Empfehlungen, Leitlinien und *Best Practices*, die die OECD-Gremien herausgegeben haben.³⁷⁵ Ferner organisiert die OECD Tagungen zu einer Vielzahl wettbewerbsrechtlicher Themen und unterzieht die Wettbewerbsordnungen seiner Mitgliedsstaaten einer Peer-Review, deren Ergebnisse veröffentlicht werden.

Mit der hier interessierenden internationalen Kooperation von Wettbewerbsbehörden zum Zwecke der effektiveren Durchsetzung der nationalen Kartellrechte befassen sich die *Recommendation of the Council Concerning Cooperation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade*, die 1995 letztmalig aktualisiert wurde, die *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels* von 1998 sowie die *Best practices for the formal exchange of information between competition authorities in hardcore cartel investigations* aus dem Jahre 2005.

373 Siehe etwa Art. 2 Abs. 1 Kooperationsabkommen USA-Chile.

374 Siehe eingehend hierzu Basedow, *Weltkartellrecht*, 1998, S. 33 f.; Dannecker/Jansen, *Competition Law Sanctioning*, 2004, S. 257, 261 ff.; Dekeyser/Siragusa/Rosenthal/Golden, 10 *Sedona Conf. J.* 43, 55 (2009); Holzmüller, *Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen*, 2009, S. 310 ff.; Jansen, in: Podszun, *Kartellverfahrensrecht*, 2003, S. 68 ff.; Schoneveld, 26 *World Competition* 433, 464 ff. (2003).

375 Genauer Basedow, *Weltkartellrecht*, 1998, S. 65; Holzmüller, *Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen*, 2009, S. 310 ff.; Jansen, in: Dannecker/Jansen, *Competition Law Sanctioning*, 2004, S. 257, 261 ff.; Petersen, *internationale Zusammenarbeit*, 2005, S. 30 ff. und Podszun, *Kartellverfahrensrecht*, 2003, S. 68 ff.

Vor allem die erstgenannte Empfehlung, welche die Mitgliedsstaaten dazu aufruft, Regelungen zu Informationsaustausch, Notifizierungen sowie positiver und negativer *comity* zu vereinbaren, wurde wie oben gesehen in vielen kartellrechtlichen Kooperationsabkommen rezipiert.³⁷⁶

2. ICN

Das *International Competition Network* (ICN) wurde 2001 auf Empfehlung des US-amerikanischen *International Competition Policy Advisory Committee* gegründet.³⁷⁷ Vor dem Hintergrund der Tendenz in vielen Staaten, eigene kartellrechtliche Regelungen zu erlassen und durchzusetzen, soll das ICN als Diskussionsforum und Plattform für den interbehördlichen Erfahrungsaustausch dienen, um die Kohärenz der Kartellrechtsanwendung zu verbessern.³⁷⁸ Heute sind mehr als 120 Wettbewerbsbehörden aus mehr als 100 Staaten durch das ICN miteinander vernetzt. Das in Arbeitsgruppen (*working groups*) und Untergruppen (*subgroups*) organisierte ICN analysiert die Rechtslage in seinen Mitgliedsstaaten und formuliert Empfehlungen und Berichte, die in nationalen Gesetzesvorhaben oft zum Vorbild genommen werden und so die Konvergenz der einzelstaatlichen Wettbewerbsordnungen verstärken.³⁷⁹ Gewollter Nebeneffekt dieser ge-

376 *Brandenburger*, Transatlantic Antitrust: Past and Present, St. Gallen, 21.5.2010 <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/260273.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); *Dekeyser/Siragusa/Rosenthal/Golden*, 10 Sedona Conf. J. 43, 55 (2009); *Holzmüller*, Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen, 2009, S. 310 ff.; *Podszun*, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 68 ff.

377 Siehe *Burnside/Crossley*, 30 E. L. Rev. 234, 258 f. (2005); *Holzmüller*, Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen, 2009, S. 321 ff.; *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter VI; *Petersen*, internationale Zusammenarbeit, 2005, S. 56 ff.; *Podszun*, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 120 ff. sowie *Schoneveld*, 26 World Competition, 433, 468 ff. (2003).

378 *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter VI. Siehe auch *Varney*, Preparing for the Future, 2010, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/262606.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

379 Siehe *Holzmüller*, Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen, 2009, S. 322 ff.; *Kroes*, European Competition Policy in the age of globalization, 2008, <http://euro>

meinsamen Arbeit ist auch der gesteigerte Kontakt unter den Wettbewerbsbehörden, der es erlaubt, das fremde Durchsetzungssystem und die ausländischen Amtskollegen besser kennenzulernen und wechselseitiges Vertrauen zu generieren. Das ICN schaffte so auch das Fundament für eine, seit seinem Bestehen deutlich vitalere informelle Kooperation.³⁸⁰

Das Thema der Kartellrechtskriminalisierung wurde von der mit Kartellen befassten ICN-Arbeitsgruppe bereits des Öfteren aufgegriffen.³⁸¹ Dabei wurde insbesondere die Wechselwirkung von Kartellstraftatbeständen mit Kronzeugenprogrammen, die Verwertbarkeit von verwaltungsrechtlich gesammelten Beweisen in Strafverfahren sowie das Verhältnis zwischen nationaler Wettbewerbsbehörde und Staatsanwaltschaft behandelt.³⁸² Detailscharfe Beschreibungen der sich stellenden Probleme und konkrete Handlungsempfehlungen an die Mitgliedsstaaten wurden bisher allerdings nicht veröffentlicht.

pa.eu/rapid/press-release_SPEECH-08-61_en.htm (zuletzt abgerufen am 5.12.2014) sowie *Podszun*, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 120 f.

380 Zur informellen Kooperation siehe sogleich.

381 ICN, Trends and Developments in Cartel Enforcement, 2010, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc613.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); ICN, Cartel Awareness and Outreach, 2012, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/awareness.aspx> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); ICN Cartel Working Group, Long Term Work Plan, 2010, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc625.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); *Italianer*, Trends in Cartel Enforcement and Policy, 2010, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2010_02_en.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); *Pinsonnault*, Developing Effective Relations with Public Prosecutors, 2009, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc717.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); ICN, Cartel Workshop Yokohama 2010 - Agenda, 2010, http://www.jftc.go.jp/en/international_relations/icn/yokohama-materials/index.html (zuletzt abgerufen am 4.1.2013) sowie ICN, Cartel Workshop Bruges 2011-Agenda, 2011, http://ec.europa.eu/competition/information/icn_workshop_2011/agenda_ICN_cartel_workshop_2011.pdf (zuletzt abgerufen am 4.1.2013).

382 ICN, Cartel Workshop Yokohama 2010 - Agenda, 2010, http://www.jftc.go.jp/en/international_relations/icn/yokohama-materials/index.html (zuletzt abgerufen am 4.1.2013); ICN, Cartel Workshop Bruges 2011-Agenda, 2011, http://ec.europa.eu/competition/information/icn_workshop_2011/agenda_ICN_cartel_workshop_2011.pdf (zuletzt abgerufen am 4.1.2013); *Italianer*, Trends in Cartel Enforcement and Policy, 2010, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2010_02_en.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

3. UNCTAD

Die *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) ist eine unter dem Dach der Vereinten Nationen errichtete Organisation, deren Augenmerk auf der besseren Einbindung der Entwicklungsländer in den Welthandel liegt.³⁸³ Im Rahmen dieser Aufgabenstellung unterstützt die UNCTAD u.a. die Entwicklungsländer bei der Einführung eines Kartellrechtsregimes, leistet technische Hilfe beim Aufbau einer funktionsfähigen, nationalen Durchsetzungsinstanz und stellt, etwa in Form der *Inter-governmental Group of Experts on Competition Law and Policy* (IGE) ein Forum zur Verfügung, in dem Vertreter aller Mitgliedsstaaten gleichberechtigt über Fortschritt und Hindernisse in der internationalen Kartellrechtsdurchsetzung diskutieren können.³⁸⁴

Die bedeutendsten Instrumente der UNCTAD auf dem Gebiet des Kartellrechts sind das *UNCTAD Model Law on Competition*, das als Vorlage und Orientierungsgegenstand bei der Einführung und Modifizierung eines nationalen Kartellrechtsregimes dient und dabei auch auf die Möglichkeit von monetären und freiheitsentziehenden Sanktionen gegen natürliche Personen hinweist und wesentliche Argumente für und gegen die Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen nennt, sowie das *UNCTAD Set of Principles and Rules on Competition*. Letzteres richtet sich unmittelbar an Unternehmen und missbilligt bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen.³⁸⁵ Das *UNCTAD Set of Principles and Rules on Competition* formuliert also ein materielles Kartellverbot von globaler Reichweite. Dieses Regelungswerk wurde von der UN-Vollversammlung als Resolution nach Art. 10 der UN-Charta erlassen und ist damit völkerrechtlich un-

383 Siehe hierzu *UNCTAD, Competition Law and Policy*, <http://www.unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/Competition-Law-and-Policy.aspx> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014). Siehe auch Böge, Statement at the Fifth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles, 2005, http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/tdrbpconf6p054_en.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); Holzmüller, Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen, 2009, S. 314 ff.; Podszun, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 119; Schoneveld, 26 *World Competition* 433, 464 f. (2003).

384 Siehe *UNCTAD, Competition Law and Policy*, <http://www.unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/Competition-Law-and-Policy.aspx> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

385 *UNCTAD, Set of Principles and Rules on Competition*, 1980, <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Punkt D. 3 und 4.

verbindlich.³⁸⁶ Das UNCTAD *Set of Principles and Rules on Competition* ruft die UN-Mitgliedsstaaten zudem im Rahmen des nach nationalem Recht zulässigen zur Weitergabe von wettbewerbsrelevanten Informationen auf, die von einer anderen Behörde angefordert werden.³⁸⁷ Ferner räumt es jedem Staat das Recht ein, eine Konsultation mit einem anderen Staat zu verlangen, um eine wettbewerbsrechtliche Angelegenheit zu erörtern und eine einvernehmliche Lösung zu erreichen.³⁸⁸ Das so ausgestaltete Konsultationsrecht ist damit ein Ansatz einer *positive* und *negative comity* auf völkervertragsrechtlicher Ebene. Fühlt sich ein Staat durch die Durchsetzungstätigkeit eines anderen Staates in seinen Interessen beeinträchtigt, kann er im Sinne der *negative comity* eine Konsultation beantragen und seine Interessen zu Gehör bringen. Möchte er den bislang untätigen anderen Staat zum Einschreiten gegen eine bestimmte Wettbewerbsbeschränkung bewegen und stellt mit dieser Intention einen Konsultationsantrag, wird das Instrument der Konsultation zum Zwecke der *positive comity* genutzt. In dieser Funktion kam der Konsultationsmechanismus des UNCTAD *Set of Principles and Rules on Competition* bereits auch schon zum Einsatz.³⁸⁹

4. Regionale Integrationsordnungen

Ein immer bedeutender werdendes Vehikel zur Festigung des Kartellrechts in nationalen Rechtsordnungen sind regionale Integrationsordnungen.³⁹⁰ Mitunter errichten diese auf regionaler Ebene Institutionen, die die

386 UN-Vollversammlung, Resolution 35/63, 1980, <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014). Siehe hierzu Holz Müller, Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen, 2009, S. 315.

387 UNCTAD, Set of Principles and Rules on Competition, 1980, <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Punkt E.9.

388 UNCTAD, Set of Principles and Rules on Competition, 1980, <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Punkt F.4.

389 UNCTAD, Assessment of the application and implementation of the set, 30.8.2010, http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d2_en.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 15.

390 Bakhoun, RIDE 2011, 305, 305 ff.; Gal, in: Drexler/Grimes/Jones/Peritz/Swaine, More Common Ground for International Competition Law?, 2010, S. 331, 344 und 350 ff.; Podszun, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 128 ff.; Petersen, internationale Zusammenarbeit, 2005, S. 79 ff.; Solano/Sennekamp, OECD Trade Policy Working Paper No. 31, 2006, S. 10.

Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in den Mitgliedsstaaten überwachen.³⁹¹ Teilweise werden auch eigene, unmittelbar auf die Marktteilnehmer anwendbare, supranationale Wettbewerbsregeln etabliert.³⁹² Eigens auf die Verbesserung der zwischenbehördlichen Kooperation gerichtete Netzwerke der mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden bestehen allerdings nur in wenigen Integrationsordnungen.³⁹³

III. Informelle Kooperation

Der mit der rasant voranschreitenden Vernetzung der Wettbewerbsbehörden einhergehende, gesteigerte Kontakt hat die Kenntnis der Beamten vom jeweils anderen Kartellrechtsregime und dessen Durchsetzungsorgane gestärkt. Das in der Folge entstandene gegenseitige Vertrauen bewirkt, dass sich die Wettbewerbsbehörden immer häufiger auch unabhängig vom Bestehen eines Kooperationsabkommens informell unterstützen.³⁹⁴ Unantastbare Schranke der informellen Kooperation ist jedoch die nationale Rechtsordnung, die oftmals die aus Sicht öffentlicher Verfolgungsinteressen effektivsten Formen der Unterstützung, wie etwa die Weitergabe vertraulicher Informationen oder den Einsatz zwingender Ermittlungsmaß-

391 Genauer *Solano/Sennekamp*, OECD Trade Policy Working Paper No. 31, 2006, S. 10.

392 Genauer *Solano/Sennekamp*, OECD Trade Policy Working Paper No. 31, 2006, S. 10 und *UNCTAD*, Assessment of the application and implementation of the set, 30.8.2010, http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d2_en.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 3.

393 *ICN Cartels Working Group*, Co-operation between competition agencies in cartel investigations, 2007, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 20 sowie *UNCTAD*, Assessment of the application and implementation of the set, 30.8.2010, http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d2_en.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 8. Zum Kooperationsnetzwerk in der EU siehe ausführlich unten § 3 D. II.

394 *ICN Cartels Working Group*, Co-operation between competition agencies in cartel investigations, 2007, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 9 f.; *Antitrust Modernization Commission*, Report and recommendations, 2007, S. 216; *Hammond*, Recent Developments In The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, 2005, <http://www.justice.gov/atrp/public/speeches/207226.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

nahmen zur Erhebung noch nicht vorliegender Beweise, untersagt.³⁹⁵ Gegenüber der auf Grundlage der traditionellen Kooperationsabkommen funktionierenden Zusammenarbeit birgt die informelle Kooperation zudem den Nachteil, dass das „Ob“ und „Wie“ der Amtshilfe völlig dem Wohlwollen der fremden Behörde überantwortet und sie damit inhaltlich, zeitlich und verfahrensmäßig weniger verlässlich ist.³⁹⁶

IV. Verfügbarkeit der kartellbehördlichen Kooperationsinstrumente bei der Durchsetzung von Kartellsanktionen gegen natürliche Personen

Um nun zu untersuchen, inwiefern das auf internationaler Ebene bestehende Instrumentarium kartellrechtlicher Kooperation bei der Durchsetzung von gegen natürliche Personen gerichteten Kartellstraft- und -ordnungs-widrigkeitentatbeständen fruchtbar gemacht werden kann, sind wiederum die bilateralen Kooperationsabkommen, die multilateralen Ansätze sowie die informellen Kooperationskanäle getrennt zu betrachten.

Die Durchsicht der bilateralen Kooperationsabkommen ergibt, dass durchgängig nur der angestammten nationalen Wettbewerbsbehörde das Recht eingeräumt wird, Amtshilfeersuchen auf Grundlage des Kooperationsabkommens zu stellen.³⁹⁷ Das Kartellstrafrecht im engeren Sinne profitiert daher nur in denjenigen Ländern unmittelbar von den Kooperationsabkommen, in denen es von einer Doppelhut-Behörde, die die nationalen Wettbewerbsregeln sowohl strafrechtlich als auch zivil- oder verwaltungsrechtlich verfolgen kann, durchgesetzt wird. Solche Doppelhut-Behörden mit strafrechtlicher Anklagebefugnis sind - soweit ersichtlich - nur die *Antitrust Division* des US-Justizministeriums, die israelische Wettbewerbsbehörde sowie die irische Wettbewerbsbehörde.

395 *ICN Cartels Working Group*, Co-operation between competition agencies in cartel investigations, 2007, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 9 f.

396 Siehe *UNCTAD*, Assessment of the application and implementation of the set, 30.8.2010, http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d2_en.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 13.

397 Siehe Art. 6 Abs. 2 Kooperationsabkommen Deutschland-USA, Art. 3 Abs. 3 Kooperationsabkommen USA-Kanada, Art. 11 Kooperationsabkommen USA-Brasilien sowie Art. 3 lit. A *Antitrust Mutual Assistance Agreement* USA-Australien, Art. 12 Kooperationsabkommen USA-Japan, Art. 11 Kooperationsabkommen USA-Israel.

Eine Weitergabe von, auf Grundlage des Kooperationsabkommens erhaltenen Informationen an die Strafverfolgungsbehörden und eine anschließende Verwertung im Strafverfahren sind nur selten möglich. Zumeist ist es der ersuchenden Wettbewerbsbehörde untersagt, erhaltene Informationen an Dritte und andere staatliche Stellen weiterzuleiten.³⁹⁸ Teilweise ist eine Weiterleitung nur mit Zustimmung des ersuchten Staates möglich.³⁹⁹ Über dieses Weitergabeverbot hinaus ist des Öfteren vorgesehen, dass die übermittelten Beweise nur in Verfahren zur Durchsetzung des nationalen Wettbewerbsgesetzes verwertet werden dürfen, womit eine Verwertung zur Durchsetzung von außerhalb des Wettbewerbsgesetzes belegenen Strafvorschriften ausscheidet.⁴⁰⁰ Vereinzelt wird die Unverwertbarkeit der Informationen in Strafverfahren sogar ausdrücklich festgeschrieben.⁴⁰¹

In Bezug auf nur im weiteren Sinne strafrechtliche Sanktionen gegen natürliche Personen ergibt sich ein anderes Bild. Diese Sanktionen werden häufig von der im Kooperationsabkommen erwähnten, angestammten nationalen Wettbewerbsbehörde verhängt.⁴⁰² Soweit das Kooperationsabkommen also eine Beweisverwertung zu Lasten von natürlichen Personen nicht eigens untersagt,⁴⁰³ können die Wettbewerbsbehörden die Amtshilfe auch in Verfahren gegen natürliche Personen erbitten, und erhaltene Beweise darin verwerten.

In Hinblick auf die Einbindung in die multilateralen Foren des ICN, der OECD und der UNCTAD sowie in die, in einigen regionalen Integrationsordnungen bestehenden Netzwerke der Wettbewerbsbehörden ergibt sich wiederum der Befund, dass die allgemeinen Staatsanwaltschaften nicht

398 Art. 9 Abs. 2 Kooperationsabkommen USA-Brasilien, Art. 8 Abs. 2 Kooperationsabkommen EG-USA von 1991, Art. 10 Abs. 2 Kooperationsabkommen EG-Kanada und Art. 10 Abs. 2 Kooperationsabkommen USA-Mexiko.

399 So etwa Art. 9 Abs. 5 Kooperationsabkommen USA-Israel, Art. 10 Abs. 5 Kooperationsabkommen USA-Kanada.

400 Art. 10 Abs. 6 Kooperationsabkommen USA-Kanada sowie Art. 9 Abs. 2 Kooperationsabkommen EG-Japan.

401 Art. 10 Kooperationsabkommen USA-Japan.

402 Siehe oben § 1 B. II.

403 So Art. 8 Abs. 4 des gegenwärtig in der Ratifizierungsphase befindlichen kartellrechtlichen Kooperationsabkommens zwischen der Europäischen Union und der Schweiz.

eingebunden sind.⁴⁰⁴ Diejenigen Kartellstrafverfahren, bei denen die Anklagebefugnis allein bei der Staatsanwaltschaft liegt,⁴⁰⁵ sind daher nur insoweit in die multilateralen Instanzen integriert, als die anfängliche, strafrechtliche Ermittlungsarbeit von der nationalen Wettbewerbsbehörde ausgeführt wird. Nur in diesem Stadium können die Kartellstrafverfahren dann auch von den engen informellen Kontakten zwischen den Wettbewerbsbehörden profitieren.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das gegen natürlichen Personen gerichtete Kartellrecht nur insoweit und solange in den kartellrechtlichen internationalen Kooperationsverbund eingebunden ist, wie es von den nationalen Wettbewerbsbehörden durchgesetzt wird. Eine mittelbare Partizipation der Staatsanwaltschaften ist nur in sehr eingeschränktem Maße möglich.

C. Kooperation im internationalen Strafrecht

Im Folgenden soll eine Bestandsaufnahme des im Strafrecht auf internationaler Ebene verfügbaren Kooperations- und Koordinationsinstrumentariums durchgeführt werden. Neben bi- und multilateralen Abkommen des Auslieferungs-, Vollstreckungshilfe- und sonstigen Rechtshilferechts kommen dabei internationale *ne bis in idem*-Verbürgungen sowie sonstige Koordinierungsinstanzen und -formen zur Anschauung.

I. Internationale Kooperation im Bereich der Auslieferung

Im Folgenden werden zunächst die bilateralen Auslieferungsverträge beleuchtet, bevor dann das Augenmerk auf bestehende, multilaterale Ansätze gelegt wird. In einem dritten Schritt werden die Auslieferungsinstrumente auf ihre Verfügbarkeit bei der Durchsetzung von Kartellstraf- und ordnungswidrigkeitsdelikten hin überprüft.

404 Ausführlich zur Einbindungen in das European Competition Network siehe unten § 3 D. IV.

405 Siehe hierzu oben § 1 B. II.

1. Bilaterale Auslieferungsverträge

Die Zahl bilateraler Auslieferungsverträge übersteigt deutlich die Zahl kartellbehördlicher Kooperationsabkommen. Die USA beispielsweise haben mit über 100 Staaten ein bilaterales Auslieferungsabkommen abgeschlossen.⁴⁰⁶ Diese dichte Vernetzung der Staaten wird verständlich, wenn man bedenkt, dass die Auslieferung die elementarste Form der Rechtshilfe ist, die ein Strafverfahren benötigen kann, und dass sie ohne völkervertragliche Vereinbarung von mehreren Staaten nicht gewährt wird.⁴⁰⁷ Dennoch ist das Geflecht bilateraler Auslieferungsverträge noch keineswegs flächendeckend.⁴⁰⁸

Grundvoraussetzung für die Auslieferung auf Grundlage eines Auslieferungsvertrages ist das Vorliegen einer auslieferungsfähigen strafbaren Handlung.⁴⁰⁹ Während diese auslieferungsfähigen Delikte in älteren Auslieferungsabkommen mitunter in abschließenden Katalogen zusammengestellt sind,⁴¹⁰ erklären neuere Auslieferungsabkommen all jene Taten für

406 Siehe *Garcia/Doyle*, Report for Congress 98-958, 2010, S. 1 sowie *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 10 und 65 f., die auf S. 589 ff. auch eine Liste bisheriger US-Auslieferungsabkommen zusammenstellen.

407 Siehe *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esner/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 328; *Girardet*, 1 J. Eur. Comp. L. & Prac. 286, 288 (2010). Siehe auch oben § 2 E. I.

408 Zu den Auslieferungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland, siehe *Bundesministerium für Justiz*, Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten (RiVAST), http://www.bmj.de/SiteGlobals/Function/s/ThemenIndex/themenIndex_RiVAST.html?isOverview=true&letter=A#themeA (zuletzt abgerufen am 5.12.2014) sowie *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esner/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 325. Zu den Auslieferungsverträgen Österreichs siehe *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 9. Zu den Auslieferungsverträgen der Schweiz siehe *Zimmermann*, Coopération judiciaire internationale, 2009, S. 63 f.

409 *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esner/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 201 ff.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2012, S. 55; *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 118 ff. sowie *Pohl*, Anerkennung, 2009, S. 31.

410 Siehe etwa Art. 2 Auslieferungsvertrag USA-Brasilien, Anhang im Auslieferungsvertrag USA-Kanada, Anhang im Auslieferungsvertrag USA-Japan sowie Art. 2 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Australien. Siehe hierzu auch *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 65. und *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 123 f.

auslieferungsfähig, die in beiden Staaten mit einer Freiheitsstrafe von im Höchstmaß mindestens einem Jahr bedroht sind.⁴¹¹

Für die Auslieferung stets erforderlich ist weiterhin, dass sich das Recht des ersuchenden Staates auf die Tat anwendbar erklärt. Oftmals wird diesbezüglich, entsprechend den nationalen Rechtshilferegeln, weiter eingeschränkt und verlangt, dass die Tat auf dem Territorium des ersuchenden Staates begangen worden sein muss oder dass, wurde die Tat außerhalb dieses Hoheitsgebiets begangen, das Recht des ersuchten Staates solche Auslandstaten unter vergleichbaren Umständen ebenfalls erfassen würde.⁴¹² Die extraterritoriale Strafrechtsanwendung eines Staates wird durch das gegenwärtige Auslieferungssystem also nur in eingeschränktem Maße unterstützt.

Inhaltlich verpflichten die Abkommen den ersuchten Staat zur Auslieferung angeklagter oder verurteilter Personen und decken damit sowohl die Auslieferung zur Verfolgung als auch die Auslieferung zur Vollstreckung ab.⁴¹³

Die Auslieferung ist nach den Auslieferungsabkommen verbindlich und kann nur aus abschließend aufgezählten Versagungs- und Ausschlussgründen abgelehnt werden.⁴¹⁴ Für die hiesige Untersuchung relevant ist vor allem der Ausschlussgrund des *ne bis in idem*. Dieser findet sich in den al-

411 Siehe etwa Art. 2 Abs. 1 und 2 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 2 Abs. 1 und 2 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada, Art. 2 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Mexiko, Art. 2 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Österreich sowie Art. 4 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-EU. Siehe auch *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 67; *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 203 sowie *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 118 ff.

412 Siehe Art. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada, Art. 1 Auslieferungsvertrag USA-Australien, Art. 4 Abs. 4 Auslieferungsvertrag EU-USA und Art. 4 Auslieferungsvertrag USA-Brasilien. Siehe auch *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 133 ff. Ausdrücklich keine derartige Beschränkung enthält das Auslieferungsabkommen USA-Österreich, siehe dort Art. 2 Abs. 6.

413 Siehe Art. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada, Art. 1 Auslieferungsvertrag USA-Australien, Art. 1 Auslieferungsvertrag USA-Belgien, Art. 1 Auslieferungsvertrag USA-Brasilien, Art. 1 Auslieferungsvertrag USA-Kanada und Art. 1 Auslieferungsabkommen USA-Österreich.

414 Siehe Art. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada, Art. 1 Auslieferungsvertrag USA-Australien, Art. 1 Auslieferungsvertrag USA-Belgien, Art. 1 Auslieferungsvertrag USA-Brasilien, Art. 1

lermeisten Auslieferungsabkommen und verbietet die Auslieferung, wenn die betreffende Person im ersuchten Staat wegen der fraglichen Tat bereits rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen wurde.⁴¹⁵ Unter einigen Auslieferungsverträgen darf die Auslieferung auch dann versagt werden, wenn die betreffende Person in einem Drittstaat bereits verurteilt oder freigesprochen wurde.⁴¹⁶ Ist die betreffende Person im ersuchten Staat noch nicht rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen, wird aber gerade wegen derselben Tat verfolgt, sehen einige Auslieferungsabkommen ebenfalls ein Auslieferungsverbot⁴¹⁷ oder einen fakultativen Versagungsgrund vor.⁴¹⁸ Andere Abkommen räumen dem ersuchten Staat in diesen Fällen nur das Recht ein, die Auslieferung aufzuschieben⁴¹⁹ oder die Person nur vorübergehend, für die Dauer des ausländischen Verfahrens an den ersuchenden Staat zu überstellen.⁴²⁰ Für die praktische Bedeutung dieser Ausschluss- und Versagungsgründe ist der Tatbegriff und damit die Frage, ob eine selbe Tat auch dann vorliegt, wenn der ersuchende Staat den Betroffenen wegen anderer, noch nicht abgestrafter Tatfolgen sanktionieren will. Die Auslieferungsabkommen enthalten, soweit ersichtlich, keinen genaueren Hinweis auf die diesbezüglich anzulegende Auslegungsweise.

Auslieferungsvertrag USA-Kanada und Art. 1 Auslieferungsabkommen USA-Österreich.

- 415 So Art. 8 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 6 Abs. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada, Art. 7 Auslieferungsvertrag USA-Australien, Art. 6 Auslieferungsvertrag USA-Österreich, Art. 5 Auslieferungsvertrag USA-Belgien, Art. 4 Auslieferungsvertrag USA-Kanada, Art. 8 Auslieferungsvertrag USA-Frankreich. Zu diesem Ablehnungsgrund siehe auch *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esner/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 219; *Gless*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 107 f.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2012, S. 57; *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 340 ff.
- 416 Siehe etwa Art. 6 Abs. 2 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada sowie Art. 5 Abs. 2 Auslieferungsvertrag USA-Vereinigtes Königreich.
- 417 So Art. 4 Abs. 1 lit. i) Auslieferungsvertrag USA-Kanada. Siehe auch *Gless*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 108.
- 418 So Art. 8 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada sowie Art. 10 Abs. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA. Siehe auch *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esner/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 219.
- 419 So etwa Art. 15 Auslieferungsvertrag USA-Österreich und Art. 9 Abs. 2 Auslieferungsvertrag USA-Australien.
- 420 So etwa Art. 16 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Frankreich, Art. 12 Auslieferungsvertrag USA-Belgien und Art. 9 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Australien.

Ein weiterer, praktisch erheblicher Ablehnungsgrund betrifft die Auslieferung von Staatsangehörigen des ersuchten Staates. Diese wird, von wenigen Ausnahmen⁴²¹ abgesehen, nahezu durchgehend entweder kategorisch ausgeschlossen, oder es wird dem ersuchten Staat das Recht eingeräumt, die Auslieferung zu versagen.⁴²² Staaten, deren interne Rechtsordnung die Auslieferung eigener Staatsangehöriger untersagt, sind verpflichtet, von diesem Versagungsgrund Gebrauch zu machen.⁴²³ Unterbleibt die Auslieferung aufgrund der Staatsangehörigkeit der auszuliefernden Person, erhält der ersuchende Staat oftmals jedoch das Recht, eine Weiterleitung des Falles an die im ersuchten Staat für die Strafverfolgung der betreffenden Tat zuständigen Behörden zu verlangen, so dass die betreffende Person im ersuchten Staat für die Tat verfolgt und bestraft werden kann (sog. *aut dedere au iudicare*-Prinzip).⁴²⁴ Der ersuchte Staat ist jedoch nicht gezwungen, ein Strafverfahren tatsächlich einzuleiten.

Im Hinblick auf die Ablehnungsgründe ist ferner zu beachten, dass die meisten Auslieferungsabkommen, im Gegensatz zu vielen nationalen Rechtshilfeordnungen, einen Ablehnungsgrund aufgrund drohender Verletzung der Menschenrechte nicht vorsehen.⁴²⁵ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und ihm folgend das UN-*Human Rights Committee* haben allerdings entschieden, dass trotz diesbezüglich schweigendem Auslieferungsabkommen ein Versagungsrecht bzw. eine Versagungspflicht besteht, wenn der Auszuliefernde im ersuchten Staat eine, mit den

421 Siehe Art. 3 Auslieferungsabkommen USA-Vereinigtes Königreich, Art. 4 Auslieferungsvertrag USA-Israel, sowie Art. 4 Auslieferungsabkommen USA-Italien.

422 So Art. 7 Abs. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 5 Abs. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada, Art. 5 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Australien, Art. 3 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Frankreich, Art. 5 Auslieferungsabkommen USA-Japan. Siehe auch *Gless*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 100 f.; *Pohl*, Anerkennung, 2009, S. 225 ff.; *Riegel*, FPR 2010, 502, 502 und *Hackner*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2014, Kapitel 24, Rn. 139. Siehe ausführlich, wenn auch etwas älter, *Oehler*, Internationales Strafrecht, 1983, S. 175 ff.

423 So für den Auslieferungsverkehr mit den USA, *Jacoby*, in: *Pötz/Kreß*, Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 3, 2014, II V 10, S. 6.

424 So etwa Art. 7 Abs. 3 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 5 Abs. 3 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada und Art. 3 Abs. 2 Auslieferungsvertrag USA-Frankreich. Siehe zu diesem Prinzip ausführlich *Bassiouni*, International Criminal Law, 2003, S. 334 ff.

425 Siehe *Pohl*, Anerkennung, 2009, S. 95 f.; *Zühlke/Pastille*, ZaöRV 1999, 749, 753.

Menschenrechtserklärungen unvereinbare Behandlung erfahren würde.⁴²⁶ Neben diesen Versagungsgründen enthalten die Auslieferungsverträge durchgehend auch eine Beschränkung, wonach die ausgelieferten Personen im ersuchenden Staat grundsätzlich nur wegen dem, im Auslieferungsersuchen angegebenen Sachverhalt verfolgt werden dürfen (sog. Spezialitätsgrundsatz).⁴²⁷

Hinsichtlich des Kommunikationsweges sehen die meisten Auslieferungsabkommen vor, dass Auslieferungsgesuche über den diplomatischen Weg bei der Botschaft des ersuchten Staates im ersuchenden Staat gestellt werden müssen.⁴²⁸ In dringenden Fällen kann nach einigen Abkommen ein Gesuch unmittelbar zwischen den Justizministerien oder über Interpol gestellt werden.⁴²⁹

426 Grundlegend, EGMR, Urteil vom 7.7.1989, Rs. 1/1989/161/217, Rn. 86 ff. - *Soering gegen Vereinigtes Königreich*. Siehe hierzu *Doehring*, in: *Ipsen/Schmidt-Jortzig*, Recht - Staat - Gemeinwohl, 2001, S. 419, 420 ff.; *Lorz/Sauer*, EuGRZ 2010, 389, 389 ff.; *Menzel*, Internationales Öffentliches Recht, 2011, S. 76 f.; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Art. 6, Rn. 167 und *Zühlke/Pastille*, ZaöRV 1999, 749, 751 ff.

427 Siehe etwa Art. 22 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 22 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada und Art. 13 Auslieferungsvertrag USA-Israel. Siehe auch *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 184 und *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 147 f.

428 Siehe Art. 13 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada, Art. 5 und 7 Auslieferungsvertrag EU-USA, Art. 11 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Australien sowie Art. 9 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Kanada. Zum diplomatischen Geschäftsweg siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 16; *Luban/O'Sullivan/Stewart*, Transnational Criminal Law, 2010, S. 360 f.; *US Department of Justice*, United States Attorney's Manual, http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/ (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter 9-15.700 sowie *Hackner*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2014, Kapitel 24, Rn. 121.

429 So etwa Art. 6 Auslieferungsvertrag EU-USA sowie Art. 12 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Australien.

2. Multilaterale Auslieferungsinstrumente

Auch im Hinblick auf multilaterale Übereinkünfte ist das Inventar im Auslieferungsrecht beachtlich.⁴³⁰ Auf regionaler Ebene wurden bereits des Öfteren deliktsneutrale Mehrparteienabkommen vereinbart und in bedeutendem Umfang ratifiziert. Zu nennen sind hier beispielsweise die ECOWAS *Convention d'Extradition*, das SADC *Protocol on Extradition* sowie das *Scheme for Extradition within the Commonwealth*. Nur geringe Resonanz erhielt demgegenüber das Auslieferungsabkommen der OAS.⁴³¹ Auf überregionaler Ebene wurden auslieferungsbezogene Vorschriften in vielen deliktsspezifischen UN-Konventionen integriert.⁴³² Zu einem einheitlichen, multilateralen Auslieferungsabkommen von annähernd globaler Spannweite haben sich die UN-Mitgliedsstaaten jedoch noch nicht durchringen können.

Für die hiesige Untersuchung relevant ist das UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, das für schwerwiegende Verbrechen, die von einer organisierten kriminellen Vereinigung begangen werden, auslieferungs- und rechthilfebezogene Regelungen enthält.⁴³³ Das Übereinkommen ist im September 2003 in Kraft getreten und mittlerweile für 181 Staaten verbindlich.⁴³⁴ Nicht ratifiziert haben bisher – Stand Oktober 2014 – lediglich Japan, Korea sowie einige, noch sehr we-

430 Siehe auch Murschetz, *Auslieferung*, 2007, S. 8 f. und eingehend Zimmermann, *Coopération judiciaire internationale*, 2009, S. 11 ff.

431 OAS, *Inter-American Convention on Extradition*. Diese wurde nur von 6 Staaten, zu denen nicht die Vereinigten Staaten gehören, ratifiziert. Zum Ratifizierungsstand siehe OAS, *Signatories and Ratifications*, 2012, <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-47.html> (zuletzt abgerufen am 12.5.2012).

432 Siehe etwa Art. 7 ff. *United Nations Terrorist Bombings Convention*, Art. 6 *United Nations Drug Trafficking Convention*, Art. 9 ff. *United Nations Terrorist Financing Convention* und Art. 44 *United Nations Convention Against Corruption*. Siehe ausführlich Zimmermann, *Coopération judiciaire internationale*, 2009, S. 76 ff.

433 Siehe hierzu Plachta, ZStW 1998, 819-824, 819 ff.; Rijken/Kronenberger, in: Kronenberger, *The European Union and the International Legal Order*, 2001, 481, 483 ff. sowie Zimmermann, *Coopération judiciaire internationale*, 2009, S. 96 ff. Ausführlich zur Anwendbarkeit auf das Kartellstrafrecht siehe sogleich.

434 Zum Ratifizierungsstand siehe *United Nations, Convention against Transnational Organized Crime – Status*, 2012, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en (zuletzt abgerufen am 13. Mai 2012).

nig entwickelte Länder.⁴³⁵ Anders als viele, auf regionaler Ebene verabschiedete Abkommen stellt dieses UN-Übereinkommen grundsätzlich keine eigenständige Rechtsgrundlage für die Auslieferung dar. Vielmehr wirkt sie nur mittelbar auf den zwischenstaatlichen Auslieferungsverkehr ein. So erklären Art. 16 Abs. 3 und 6 des UN-Übereinkommens alle unter das Übereinkommen fallenden Delikte zu auslieferungsfähigen Delikten im Sinne der bi- und multilateralen Auslieferungsabkommen und der nationalen Rechtsordnungen. Nach Art. 16 Abs. 7 bleiben jedoch, im nationalen Recht oder in den Auslieferungsabkommen erhobene Mindest-Anforderungen an die Höhe der Strafandrohung unberührt. Die Art. 16 Abs. 3 und 6 des UN-Übereinkommens bewirken daher (lediglich), dass die in einigen Auslieferungsabkommen und nationalen Rechtsordnungen bestehenden, abschließenden Kataloge der auslieferungsfähigen Straftaten dahingehend ausgeweitet werden, dass sie auch alle Delikte miteinschließen, die unter das UN-Übereinkommen fallen.

Eine weitere wichtige Funktion des UN-Übereinkommens ist in Art. 16 Abs. 4 festgeschrieben. Danach können Vertragsstaaten, deren nationale Rechtsordnungen die Auslieferung vom Bestehen eines internationalen Auslieferungsabkommens mit dem jeweils ersuchenden Staat abhängig machen,⁴³⁶ das UN-Übereinkommen als derartigen Auslieferungsvertrag ansehen.⁴³⁷ Das UN-Übereinkommen beseitigt so, begrenzt auf die von ihr umfassten Delikte, ein ansonsten oftmals unüberwindbares Auslieferungshindernis. Zuletzt sei erwähnt, dass das UN-Übereinkommen das *aut dedere, aut iudicare*-Prinzip für alle Auslieferungsverfahren festschreibt, die von dem Übereinkommen erfasste Verbrechen betreffen. Lehnt ein Staat die Auslieferung einer Person nur deshalb ab, weil sie seine Staatsangehörigkeit besitzt, kann der ersuchende Staat daher verlangen, dass der Fall den im ersuchten Staat für die Strafverfolgung der Person zuständigen Behörden zugeleitet wird.⁴³⁸

435 Siehe *United Nations*, Convention against Transnational Organized Crime – Status, 2012, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en (zuletzt abgerufen am 10. Juni 2013).

436 Siehe hierzu oben § 2 E. I.

437 Siehe auch *Rijken/Kronenberger*, in: *Kronenberger*, The European Union and the International Legal Order, 2001, 481, 501.

438 Art. 16 Abs. 10 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität. Siehe hierzu auch *Böse* in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch, 2013, § 6 Rn. 22 und *Zimmermann*, Coopération judiciaire internationale, 2009, S. 97.

3. Die Anwendbarkeit der internationalen Auslieferungsinstrumente auf die Durchsetzung von Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht

3.1. Auslieferungsfähige Straftat

Wie soeben gesehen werden in den neueren bilateralen Auslieferungsabkommen diejenigen Delikte zu auslieferungsfähigen Straftaten bestimmt, die in ersuchendem und ersuchtem Staat mit einer Freiheitsstrafe von im Höchstmaß einem Jahr oder mehr bedroht sind. Auslieferungsabkommen mit einer solchen, vom Strafmaß abhängigen Definition der auslieferungsfähigen Straftat sind für kartellstrafrechtliche Verfahren also dann einsetzbar, wenn sich die auszuliefernde Person gerade in einem Land aufhält, das Kartellrechtsverstöße ebenfalls mit im Höchstmaß mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht. Gegenwärtig sind solche Staaten noch in der Minderheit. Eine Auslieferung zur Verfolgung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens wird gegenwärtig daher noch häufig scheitern.⁴³⁹ Zu beachten ist allerdings die Möglichkeit einer akzessorischen Auslieferung. Verwirklicht der Täter neben dem auslieferungsfähigen Delikt noch weitere Straftatbestände, wie etwa Korruptions- und Betrugsdelikte, wird die Auslieferung vom ersuchten Staat auch bezüglich der zusätzlichen Straftatbestände bewilligt, obwohl diese allein betrachtet mangels beiderseitiger qualifizierter Strafbarkeit keine auslieferungsfähige Straftat darstellen.⁴⁴⁰ Auch für die akzessorische Auslieferungsfähigkeit ist jedoch erforderlich, dass die Tat im ersuchten Staat strafbar ist⁴⁴¹ und oftmals zudem, dass die dort angedrohte Straftat in einer Freiheitsstrafe besteht.⁴⁴²

439 Zur künftigen Überwindung dieser Hürde infolge der sich ausbreitenden Kriminalisierungsentwicklung, siehe *Joshua/Klawiter*, 16 SUM Antitrust 67, 71 (2002); *O'Kane*, in: *Beaton-Wells/Ezrachi*, Criminalising Cartels, 2011, S. 397, 418 sowie *Wils*, Efficiency and Justice, 2008, S. 177 ff. und 195.

440 Siehe etwa Art. 2 Abs. 4 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada, Art. 2 Abs. 4 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 4 Abs. 2 Auslieferungsvertrag EU-USA, Art. 2 Abs. 5 Auslieferungsvertrag USA-Australien, Art. 2 Abs. 7 Auslieferungsvertrag USA-Südafrika. Zur akzessorischen Auslieferung siehe auch *Lagodny*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, § 4 IRG, Rn. 1-10.

441 Siehe Art. 2 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA sowie Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Auslieferungsvertrag EU-USA.

442 Siehe Art. 4 Abs. 2 Auslieferungsabkommen EU-USA, der für das Verhältnis aller EU-Mitgliedsstaaten zu den USA gilt. Siehe hierzu *Jacoby*, in: *Pötz/Kreß*, Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 3, 2014, II V 10, S. 78 ff.

Diejenigen Auslieferungsabkommen, die den Kreis der auslieferungsfähigen Straftaten nicht in Abhängigkeit der Strafandrohung, sondern mittels eines abschließenden Katalogs bestimmen, nennen Kartellstraftdelikte, soweit ersichtlich, nicht.⁴⁴³ Das bereits angesprochene UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität könnte jedoch für bestimmte Kartellstraftdelikte geöffnet sein, mit der Folge, dass diese Delikte selbst dann als auslieferungsfähige Straftaten im Sinne der Abkommen angesehen werden müssen, wenn sie in den dort aufgeführten abschließenden Katalogen nicht enthalten sind.⁴⁴⁴ Nach ihrem Art. 3 Abs. 1 lit. b) ist das UN-Übereinkommen auf alle schwerwiegenden Verbrechen (*serious crimes*) anwendbar, denen ein transnationales Element innewohnt und die von einer organisierten kriminellen Vereinigung (*organized criminal group*) begangen werden.

Das schwerwiegende Verbrechen (*serious crime*) ist definiert als jede Tat, die im Höchstmaß mit 4 Jahren Freiheitsentzug oder mehr bedroht ist.⁴⁴⁵ Für die Anwendbarkeit des UN-Übereinkommens ist es ausreichend, wenn die Tat nur im Recht des ersuchenden Staates ein derartiges schwerwiegendes Verbrechen darstellt.⁴⁴⁶ Da die Strafraumen der Kartellstraftatbestände seit geraumer Zeit beständig erhöht wurden, überschreiten nun viele Kartellstraftatbestände diese Schwelle.⁴⁴⁷ Das in Art. 3 Abs. 1 lit. b) des UN-Übereinkommens geforderte transnationale Element ist erfüllt, wenn die Tat in mehr als einem Staat begangen wurde oder in mehr als einem Staat Wirkungen zeitigte.⁴⁴⁸ Aufgrund der ständig zunehmenden, globalen Verflechtung vormals nationaler Märkte wirken sich Kartelle sehr häufig in mehr als einem Staat aus. Eine transnationale Tat im Sinne des Übereinkommens wird im Kartellstrafrecht daher oftmals vorliegen. Die organisierte, kriminelle Vereinigung im Sinne von Art. 3 Abs. 1

443 Siehe Anhang im Auslieferungsvertrag USA-Kanada, Art. 2 Auslieferungsvertrag USA-Brasilien, Art. 2 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Australien und Anhang im Auslieferungsvertrag USA-Japan.

444 Die mögliche Relevanz des UN-Übereinkommens für das Kartellstrafrecht ebenfalls erkennend *Clarke*, 19 JFC 76, 90 (2012).

445 Art. 2 lit. b) UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

446 Umkehrschluss aus Art. 18 Abs. 9 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

447 Vgl. § 1 B. II.

448 Art. 3 Abs. 2 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

lit. b) des UN-Übereinkommen ist schließlich definiert als „structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes (...), in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit;”.⁴⁴⁹

Das Merkmal der *structured group* ist dabei zu verstehen als „a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure”.⁴⁵⁰

Für das Kartellrecht lässt sich nun feststellen, dass internationale Kartellbünde häufig für einen längeren Zeitraum geschlossen werden und das Merkmal der *existence for a period of time* in aller Regel erfüllen. Horizontale Kartellvereinbarungen werden ferner mit dem ausdrücklichen Ziel eines Wettbewerbsverstoßes gebildet. Das Merkmal der verbrecherischen Zielsetzung ist Kartellen daher immanent. Die Kartellmitglieder kommen ferner zumeist auch nicht zufällig (*randomly*) zur sofortigen Begehung des Kartellrechtsbruchs zusammen.⁴⁵¹ Eine *structured group* im Sinne des Übereinkommens liegt daher sehr häufig vor. Nicht ganz so eindeutig erscheint allerdings die Frage, ob die, eine Kartellvereinbarung abschließenden natürlichen Personen die Absicht hegen, unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder anderen materiellen Vorteil (*financial or other material benefit*) zu erlangen. Das Ziel, dem eigenen Unternehmen einen finanziellen Vorteil zu verschaffen ist für den Begriff der organisierten, kriminellen Vereinigung wohl noch nicht ausreichend, da nach dem Normtext eine Fremdbereicherung nicht zu genügen scheint. Auch ist zu bedenken, dass natürliche Personen zuweilen aus immateriellen Motiven zum Mittel der Kartellbildung greifen, wie etwa aus dem Bestreben, im eigenen Unternehmen mehr Anerkennung zu erfahren. In den meisten Fällen werden *hardcore*-Kartelle jedoch von der Unternehmensleitung und nicht von untergeordneten Mitarbeitern geschlossen.⁴⁵² Bei diesen Personen besteht in der Regel ein unmittelbarer Konnex zwischen finanziellem Verdienst

449 Art. 2 Buchstabe a) UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

450 Art. 2 Buchstabe c) UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

451 Zum Merkmal „randomly“ genauer siehe *Rijken/Kronenberger*, in: *Kronenberger*, *The European Union and the International Legal Order*, 2001, 481, 489.

452 Eingehend *Stephan*, SSRN 2009, 1, 8 ff.

und dem Unternehmensergebnis. Ein eigenes, finanzielles Motiv zur Kartellbildung wird daher oft vorliegen. Uneindeutig ist das Übereinkommen hinsichtlich der Frage, ob das Motiv eines finanziellen oder sonstigen, materiellen Vorteils das alleinige oder das bestimmende Motiv sein muss, oder ob es ausreicht, wenn es nur einen unter mehreren anderen Beweggründen darstellt. Der Normtext lässt sich mit allen diesen Auslegungsweisen vereinbaren. Vom teleologischen Standpunkt aus lässt sich mutmaßen, dass die Vertragsstaaten mit dem UN-Übereinkommen ein wirksames Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität schaffen wollten und eine restriktive Auslegung daher nicht gewollt ist. Es darf daher angenommen werden, dass es für den Begriff der organisierten, kriminellen Vereinigung jedenfalls ausreichend ist, wenn das finanzielle oder sonst materielle Motiv einen mitbestimmenden Beweggrund unter mehreren bildet.⁴⁵³ Dies wird bei vielen internationalen Kartellen zu bejahen sein.

Resümierend ist also zu konstatieren, dass das Vorliegen einer organisierten, kriminellen Vereinigung im Einzelfall stets zu überprüfen bleibt, dass die hierfür erforderlichen Merkmale bei vielen internationalen Kartellverbünden jedoch erfüllt sein werden.⁴⁵⁴ Auch die Elemente des schwerwiegenden Verbrechens (*serious crime*) und der Transnationalität liegen im Kartellstrafrecht oftmals vor. Wird ein transnationales Kartell also von einer organisierten, kriminellen Vereinigung im Sinne des UN-Übereinkommens über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität begangen und droht im ersuchenden Staat dafür eine Freiheitsstrafe von im Höchstmaß vier Jahren oder mehr, greift Art. 16 Abs. 3 des UN-Übereinkommens ein, vorausgesetzt, dass sowohl ersuchender als auch ersuchter Staat zu den 181 Staaten gehören, die das UN-Übereinkommen ratifiziert haben. Die Tat ist dann trotz eines sie nicht nennenden Katalogs auslieferungsfähig im Sinne der bilateralen Abkommen. In Abhängigkeit des Strafmaßes gefasste Definitionen des Begriffs der auslieferungsfähigen Straftaten bleiben allerdings von dem UN-Übereinkommen unangetastet.⁴⁵⁵

453 So im Ergebnis auch *Rijken/Kronenberger*, in: *Kronenberger*, The European Union and the International Legal Order, 2001, 481, 490.

454 So tendenziell auch *Clarke*, 19 JFC 76, 90 (2012).

455 Siehe Art. 16 Abs. 7 UN-Übereinkommen.

3.2. Jurisdiktionsbezogene Schranke

Wie bereits erwähnt verlangen viele Auslieferungsabkommen zudem, dass die Tat auf dem Territorium des ersuchenden Staates begangen werden muss oder dass, wenn die Tat außerhalb des ersuchenden Staates begangen wurde, das Recht des ersuchten Staates solche Auslandstaten unter vergleichbaren Umständen ebenfalls erfassen würde.⁴⁵⁶ Ob eine Tat bereits dann als im Territorium des ersuchenden Staates begangen angesehen wird, wenn dort nur der Taterfolg eintrat, die Tathandlungen jedoch außerhalb dieses Territoriums erfolgten, geht aus dem Wortlaut der Auslieferungsabkommen nicht hervor. Dass die ersuchten Staaten hier eine streng tathandlungsbezogene Auslegung vertreten, ist unwahrscheinlich, da ein solch handlungsorientiertes Verständnis des Tatortbegriffs nur in sehr wenigen nationalen Strafrechtsordnungen verwendet wird.⁴⁵⁷ Es ist denkbar, dass viele Staaten die jurisdiktionsbezogene Auslieferungsvoraussetzungen dementsprechend als erfüllt ansehen, wenn zwar nicht die Tathandlung im Hoheitsgebiet des ersuchenden Staates begangen wurde, die bezweckten Tatfolgen aber dort Platz greifen sollten.⁴⁵⁸ In Bezug auf die Auffangklausel, nach der Auslieferungen bei Auslandstaten jedenfalls dann zu erfolgen haben, wenn das Recht des ersuchten Staates solche Auslandstaten unter vergleichbaren Umständen ebenfalls erfassen würde, ist anzumerken, dass die meisten Kartellstrafregime extraterritorial anwendbar sind.⁴⁵⁹ Würde der Kartellstraftatbestand des ersuchten Staates die fragliche Tat bei sinngemäßer Sachverhaltsumstellung ebenfalls erfassen, ist diese Auffangklausel erfüllt und die jurisdiktionsbezogene Schranke überwunden.

456 Siehe Art. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 1 Auslieferungsvertrag Deutschland-Kanada, Art. 1 Auslieferungsvertrag USA-Australien, Art. 4 Abs. 4 Auslieferungsvertrag EU-USA und Art. 4 Auslieferungsvertrag USA-Brasilien. Siehe *Girardet*, 1 J. Eur. Comp. L. & Prac. 286, 292 (2010); *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 133 ff. sowie *O'Kane*, in: *Beaton-Wells/Ezrachi*, Criminalising Cartels, 2011, S. 397, 400 ff.

457 Siehe *Oehler*, Internationales Strafrecht, 1983, S. 206 ff. Siehe auch *O'Kane*, in: *Beaton-Wells/Ezrachi*, Criminalising Cartels, 2011, S. 397, 403.

458 Siehe auch *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 134 sowie *O'Kane*, in: *Beaton-Wells/Ezrachi*, Criminalising Cartels, 2011, S. 397, 403.

459 Siehe auch oben § 2 B.

3.3. Versagungs- und Ausschlussgründe

Mit Blick auf die Versagungsgründe ist festzustellen, dass im Kartellstrafrecht meist die Auslieferung eines Kartellsünders aus seinem Heimatland begehrt werden wird. Damit wird der auf internationaler Ebene in fast allen Auslieferungsabkommen festgeschriebene Ablehnungsgrund für die Auslieferung eigener Staatsangehöriger relevant.⁴⁶⁰ Ist im ersuchten Staat eine Auslieferung eigener Staatsangehöriger untersagt, müssen die dortigen Behörden von diesem Ablehnungsgrund Gebrauch machen. Der ersuchende Staat kann dann nur die Übergabe des Falles an die im ersuchten Staat für die Verfolgung der betreffenden Person zuständigen Behörden nach dem sog. *aut dedere, aut iudicare*-Prinzip erreichen. Da einige *common law*-Staaten einer Auslieferung eigener Staatsangehöriger nicht entgegenstehen,⁴⁶¹ können aber auch im Kartellstrafrecht Ersuchen auf Auslieferung ausländischer Staatsangehöriger aus deren Heimatstaaten Erfolg haben.

Für die hiesige Untersuchung besonders interessant ist ferner der in den Auslieferungsabkommen verankerte Ausschlussgrund des *ne bis in idem*. Das US-Justizministerium will offenbar auch im Rahmen der Auslieferung von Kartellsündern die im Kartellrecht übliche *idem*-Abgrenzung anhand der geographischen Auswirkungen des Kartells anwenden. So wurden im Marineschläuche-Fall die Täter an das Vereinigte Königreich übergeben, obwohl sie zuvor in den USA wegen derselben Kartellvereinbarung für schuldig befunden wurden, da die Sanktionsentscheidungen der USA stets nur der Abgeltung von in den USA verspürten Deliktauswirkungen dienen würden.⁴⁶² Ob auch andere Staaten diese eigens kartell-

460 Siehe hierzu *Gless*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 100 f.; *Pohl*, Anerkennung, 2009, S. 225 ff.; *Riegel*, FPR 2010, 502, 502; *Hackner*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2014, Kapitel 24, Rn. 139 und ausführlich, wenn auch etwas älter, *Oehler*, Internationales Strafrecht, 1983, S. 175 ff. Siehe hierzu auch oben § 3 C. I. 1.

461 Siehe *Oehler*, Internationales Strafrecht, 1983, S. 175 ff.; *O'Kane*, in: *Beaton-Wells/Ezrachi*, Criminalising Cartels, 2011, S. 397, 409 ff. sowie *Zühlke/Pastille*, ZaöRV 1999, 749, 753. Siehe auch oben § 2 E. I.

462 Siehe United States District Court, Southern District of Texas, Plea agreement United States of America v. Bryan Allison, Peter Whittle, David Brammar, 12.12.2007, <http://www.justice.gov/atr/cases/allison.htm> (zuletzt abgerufen am 3.1.2013), Rn. 16. Siehe auch *Girardet*, 1 J. Eur. Comp. L. & Prac. 286, 289 (2010) und *O'Kane*, Criminal Cartels, 2009, S. 282 ff.

rechtliche *idem*-Definition auf das Auslieferungsrecht übertragen und im Falle eingehender Auslieferungsersuchen die Auslieferung trotz bereits erfolgter Inlandsverfolgung bewilligen, bleibt abzuwarten.

Zweifel daran ergeben sich jedoch deshalb, weil der Ausschlussgrund des *ne bis in idem* zumeist die einzige Möglichkeit für die ersuchten Staaten darstellt, um Auslieferungsersuchen abzulehnen, die auf die Auslieferung von Kronzeugen zielen. Um das eigene Kronzeugenprogramm für Kartellsünder attraktiv zu halten, haben die Staaten ein starkes Interesse daran, Personen, denen sie Kronzeugenimmunität gewährt haben, vor einer weiteren Strafverfolgung im Ausland zu schützen.⁴⁶³ Im Bereich der sonstigen Rechtshilfe werden Rechtshilfeersuchen, die ausländische Verfahren gegen die Kronzeugen betreffen, üblicherweise unter Rekurs auf den Ablehnungsgrund der entgegenstehenden, wichtigen Interessen abgelehnt.⁴⁶⁴ Im Gegensatz zu den Rechtshilfeabkommen ist ein solcher Ablehnungsgrund in den meisten Auslieferungsabkommen allerdings nicht verankert.⁴⁶⁵ Auch sprechen die Auslieferungsverträge dem ersuchten Staat zumeist hinsichtlich der Auslieferungsentscheidung keinen Ermessensspielraum zu, in welchem der Schutz des Kronzeugenprogramms berücksichtigt werden könnte.⁴⁶⁶ Greift keiner der abschließend niedergeschriebenen Ablehnungsgründe ein, besteht eine völkerrechtliche Pflicht zur Auslieferung.

Da die Übernahme der traditionellen kartellrechtlichen *idem*-Abgrenzung in das Auslieferungsrecht daher nicht gesichert ist, soll nun überprüft werden, ob die Auslieferung von Kronzeugen unter Berufung auf den Ablehnungsgrund *ne bis in idem* dann versagt werden könnte, wenn man von einem tathandlungsbezogenen Tatbegriff ausgeht.⁴⁶⁷ Die meisten Auslieferungsabkommen lassen den Ausschlussgrund des *ne bis in idem* ihrem Wortlaut nach nur dann eingreifen, wenn die auszuliefernde Person wegen derselben Tat bereits im ersuchten Staat „rechtskräftig freigesprochen oder

463 Siehe genauer hierzu unten, unter § 4 A. I. 2.

464 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 63. Siehe auch unten § 3 C. III. 3.

465 Siehe etwa Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Auslieferungsvertrag USA-Kanada sowie Auslieferungsvertrag USA-Australien.

466 Siehe oben § 3 C. I. 1.

467 Dies ohne tiefere Begründung bejahend, *Girardet*, 1 J. Eur. Comp. L. & Prac. 286, 299 (2010).

verurteilt“ wurde.⁴⁶⁸ Eine weitere Präzisierung erfolgt dort nicht. Eine zweite Gruppe von Abkommen fügt nach der Anknüpfung an den rechtskräftigen Freispruch oder die rechtskräftige Verurteilung klarstellend hinzu, dass die Auslieferung nicht bereits dadurch ausgeschlossen ist, dass die Behörden des ersuchten Staates entschieden haben, das Verfahren gegen die auszuliefernde Person einzustellen oder ein Verfahren gar nicht erst einzuleiten.⁴⁶⁹ Vereinzelt finden sich auch etwas detailliertere Regelungen.⁴⁷⁰ Sehr selten wird der Fall der Amnestie angesprochen und dann entweder vorgesehen, dass diese der Auslieferung nicht entgegengehalten werden kann⁴⁷¹ oder, im Gegenteil, dass diese zu einem Ausschluss der Auslieferung führt.⁴⁷²

In welcher Form das gegen eine natürliche Person geführte Kartellverfahren abgeschlossen wird, wenn der betreffenden Person Kronzeugenimmunität gewährt wurde, hängt von der jeweiligen Ausgestaltung der nationalen Verfahrensordnung ab. In den allermeisten Staaten scheint es so zu sein, dass Kartellbeteiligte, die alle Voraussetzungen für die Erlangung voller Immunität erfüllen, eine Zusicherung erhalten, dass keine Sanktion gegen sie erlassen wird bzw. dass keine Anklage gegen sie erhoben wird. Das Verfahren wird daraufhin bereits im Ermittlungsverfahren eingestellt.⁴⁷³

468 So Art. 8 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 7 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Australien, Art. 6 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Österreich, Art. 4 Abs. 1 Auslieferungsvertrag USA-Kanada, Art. 6 Auslieferungsvertrag USA-Israel sowie Art. 5 Auslieferungsvertrag USA-Korea.

469 Art. 8 Abs. 2 Auslieferungsvertrag USA-Frankreich, Art. 4 Abs. 3 Auslieferungsvertrag USA-Schweiz und Art. 5 Abs. 3 Auslieferungsvertrag USA-Vereinigtes Königreich.

470 So in Art. 6 Abs. 2 b) Auslieferungsvertrag USA-Südafrika, Art. 4 Abs. 1 Ziffer 4 Auslieferungsvertrag USA-Japan und Art. 6 Auslieferungsvertrag USA-Mexiko.

471 So Art. 2 Auslieferungsvertrag USA-Spanien sowie Art. 14 Auslieferungsvertrag USA-Brasilien.

472 So Art. 9 Rechtshilfeabkommen Deutschland-Kanada sowie Art. 6 Auslieferungsabkommen USA-Italien.

473 Siehe für Deutschland *Bundeskartellamt*, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung, 2006, Rn. 19 sowie die E-Mail vom 9.1.2012 von Katharina Krauß, Referatsleiterin beim Bundeskartellamt an den Verfasser, in der erklärt wird, dass die betreffenden Kartellanten eine Zusicherung erhalten, dass ihnen bei Erfüllung der Kooperationspflichten das Bußgeld erlassen wird, und dass das Verfahren sodann im Ermittlungsstadium eingestellt wird. Zur entsprechenden Rechtslage in den USA siehe *U.S. Department of Justice – Antitrust Division*, Model Corporate Conditio-

Sieht das einschlägige Auslieferungsabkommen vor, dass die Auslieferung bei rechtskräftigem Freispruch oder rechtskräftiger Verurteilung ausgeschlossen ist und präzisiert nicht, welche Folgen bei einer Verfahrenseinstellung eintreten, werden diejenigen Staaten, die das Verfahren gegenüber Kronzeugen im Ermittlungsverfahren einstellen und ihnen dauerhafte Verfolgungsfreiheit zusichern, möglicherweise zu einer Auslegungsweise übergehen, wonach die Begriffe des Freispruchs und der Verurteilung weit zu verstehen sind, und alle Verfahrensabschlüsse miteinbeziehen, die, wie die an die Kronzeugen gemachte Zusicherung der Sanktionsfreiheit ein Prozesshindernis für eine spätere Verfolgung darstellen. Bei einer solchen Auslegung (und bei Zugrundelegung eines tathandlungsorientierten *idem*-Begriffs) würde der Ausschlussgrund des *ne bis in idem* also einer Auslieferung von Kronzeugen entgegenstehen. Ob eine derartige Ausdehnung des Ablehnungsgrundes *ne bis in idem* vom ersuchenden Staat, und im Klagefall vom Internationalen Gerichtshof akzeptiert werden würde,⁴⁷⁴ erscheint jedoch unwahrscheinlich. Gegen diese Interpretation spricht nämlich, dass die rechtskräftige Verurteilung und der rechtskräftige Freispruch aus einer verfahrensabschließenden Sachentscheidung der hierfür zuständigen Stelle resultieren, und sich damit deutlich von Verfahrenseinstellungsverfügungen der Verfolgungsorgane unterscheiden, selbst wenn letztere, ausnahmsweise als Prozesshindernis für eine spätere Verfolgung wirken.

Bei Abkommen, die ausdrücklich festschreiben, dass eine Ablehnung der Verfahrensaufnahme oder eine Verfahrenseinstellung im ersuchten Staat der Auslieferung nicht entgegenstehen, scheint die Auslieferungspflicht gänzlich unumgebar. Anhaltspunkte dafür, dass die Verfahrenseinstellung gegenüber Kronzeugen keine Verfahrenseinstellung im Sinne der Auslieferungsabkommen darstellt, gibt es nicht. Insbesondere ist der Umstand, dass die Verfahrenseinstellung gegenüber Kronzeugen aufgrund der entsprechenden, an den Kronzeugen gerichteten Zusicherung zum

nal Leniency Letter, <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239524.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Rn. 3 und *U.S. Department of Justice – Anti-trust Division*, Model Individual Conditional Leniency Letter, <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239526.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Rn. 3. Zur entsprechenden Rechtslage im Vereinigten Königreich, siehe *Office of Fair Trading*, The cartel offence, 2002, http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflet/s/enterprise_act/oft513.pdf (zuletzt abgerufen am 19.12.2013), Rn. 3.2.

474 Zur Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs siehe Art. 36 Abs. 2 und 3 IGH-Statuten.

Strafklageverbrauch führt, nicht geeignet eine Sonderstellung dieser Einstellungsart zu begründen, da auch andere Einstellungsarten die Wirkung des Strafklageverbrauchs entfalten.⁴⁷⁵ Soweit *O’Kane* das Eingreifen des Ausschlussgrundes *ne bis in idem* auch in dieser Konstellation damit begründet, dass die dem Kronzeugen gemachte Zusicherung der Verfolgungsfreiheit ihrem Gedanken nach eine vollständige, auch auf das Ausland bezogene Verfolgungsfreiheit garantiere und daher den Bestimmungen des Auslieferungsvertrages vorgehe,⁴⁷⁶ ist dies offenkundig unhaltbar. Von völkerrechtlicher Warte betrachtet kann die im (völkervertraglichen) Auslieferungsabkommen eingeführte Auslieferungspflicht keineswegs durch nationale Zusicherungen an den Auszuliefernden ausgehebelt werden.

Richtigerweise besteht die Möglichkeit, die Auslieferung eines Kronzeugen zu verweigern, daher allenfalls dann, wenn das einschlägige Auslieferungsabkommen Fälle von Amnestien ausdrücklich anspricht und die Auslieferung dann für ausgeschlossen erklärt. Ob die Konstellation der Gewährung von Sanktionsfreiheit unter dem nationalen kartellrechtlichen Kronzeugenprogramm als Amnestie im Sinne des betreffenden Auslieferungsabkommens verstanden werden kann, muss dann für jeden Auslieferungsvertrag gesondert überprüft werden.

3.4. Zusammenfassung und empirische Erfahrungen

Nach alledem kann zusammenfassend festgestellt werden, dass Kartellstraftdelikte im Zuge der sich weiter ausbreitenden Kriminalisierungsentwicklung in immer mehr bilateralen Beziehungen die Erfordernisse der auslieferungsfähigen Tat erfüllen werden. Im Falle einer vormaligen Verurteilung der auszuliefernden Person durch den ersuchten Staat, hängt die Möglichkeit der Auslieferung davon ab, ob der ersuchte Staat den Begriff derselben Tat (*idem*) auswirkungsbezogen versteht, und ob diese Interpretation vom ersuchenden Staat, und im Klagefall vom Internationalen Gerichtshof, akzeptiert wird. Vor dem Hintergrund dessen, dass die Staaten selbst durch ein streng handlungsorientiertes *idem*-Verständnis Personen mit Kronzeugenimmunität nur selten vor einer Auslieferung schützen kön-

475 Siehe nur *Beulke*, Strafprozessrecht, 2012, S. 226 ff.

476 *O’Kane*, Criminal Cartels, 2009, S. 274.

nen, ist anzunehmen, dass viele Staaten die im Kartellrecht traditionelle *idem*-Abgrenzung anhand der Kartellauswirkungen auch auf das Auslieferungsrecht übertragen. In kartellrechtlichen Fällen wird die Auslieferung daher nur selten an der *ne bis in idem*-Schranke scheitern.

Besitzt die auszuliefernde Person die Staatsangehörigkeit des ersuchten Staates ist eine Auslieferung nur aus denjenigen Staaten möglich, deren interne Rechtsordnung eine Auslieferung eigener Staatsangehöriger zulässt.

In der Praxis war es bis zum Jahr 2014 noch nicht zu einer Auslieferung in einem Kartellstrafverfahren gekommen. Im Aufsehen erregenden Fall des an Preisabsprachen in der Karbon-Industrie beteiligten britischen Staatsangehörigen *Ian Norris* erfolgte eine Auslieferung von Großbritannien in die USA im Jahr 2010 letztlich nur für den US-Straftatbestand der Behinderung der Justiz (*obstruction of Justice*), da Preisabsprachen zum Zeitpunkt der Tatbegehung, 1989 bis 2000, in Großbritannien nur bei Hinzutreten weiterer Unrechtsmerkmale strafbar waren, welche im konkreten Fall nicht vorlagen.⁴⁷⁷ Bereits zuvor, im Jahr 2007, wurden drei am Marineschläuche-Kartell beteiligte britische Staatsangehörige auf ihren eigenen Willen hin in Polizei-Gewahrsam aus den USA wieder in das Vereinigte Königreich gebracht, nachdem sie sich in den USA schuldig bekannt und in einem *plea agreement* mit dem *U.S. Department of Justice* die Anrechnung einer in Großbritannien gegen sie zu verhängenden Freiheitsstrafe auf die Strafe in den USA vereinbart hatten.⁴⁷⁸

Im Jahr 2014 kam es sodann, mit Bezug auf das eben erwähnte Marineschläuche-Kartell, zum ersten Fall einer Auslieferung für ein Kartellstraf-

477 Siehe ausführlich hierzu *Girardet*, 1 J. Eur. Comp. L. & Prac. 286, 295 ff. (2010). Siehe auch *Hammond*, Charting New Waters in International Cartel Prosecutions, 2006, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); *House of Lords - Appellate Committee*, Norris versus Government of the United States of America and others, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd080312/norris-1.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Rn. 63 und *O'Kane*, Criminal Cartels, 2009, S. 268. Zur Strafbarkeit von Kartellrechtsverstößen in Großbritannien vor Einführung von Section 188 *Enterprise Act 2002* siehe oben § 1 B. II.

478 Siehe *Hammond*, Recent Developments, Trends, and Milestones in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, 2008, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/232716.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014) sowie *Office of Fair Trading*, Pressemitteilung vom 19.12.2007, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2007/177-07> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014). Siehe hierzu auch oben § 2 D.

verfahren. Der an diesem Kartell beteiligte und von den USA mittels einer Fahndungsausschreibung über Interpol gesuchte italienische Staatsangehörige *Romano Pisciotti* wurde im Juni 2013 am Frankfurter Flughafen festgenommen, als er dort von Nigeria kommend in ein Flugzeug nach Italien umsteigen wollte.⁴⁷⁹ Nachdem sich *Pisciotti*, wie zu erwarten, mit seiner Auslieferung an die USA nicht einverstanden erklärt hatte, befand das zuständige OLG Frankfurt die Auslieferung an die USA für zulässig.⁴⁸⁰ Insbesondere das Erfordernis der auslieferungsfähigen Straftat war im konkreten Fall erfüllt, da das Marineschläuche-Kartell zahlreiche Submissionsabsprachen miteinschloss und die Tat daher nach § 298 StGB auch in Deutschland mit Freiheitsstrafe von im Höchstmaß mehr als einem Jahr bedroht war. Das OLG Frankfurt stellte ferner zutreffend fest, dass Herr *Pisciotti* als italienischer Staatsangehöriger nicht unter Verweis auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot den Schutz des Verbots der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger aus Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG beanspruchen konnte, da der vorliegende Sachverhalt – die Auslieferung durch einen EU-Mitgliedsstaat an einen Drittstaat – nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.⁴⁸¹ Zahlreiche Rechtsbehelfe *Pisciottis* gegen seine Auslieferung, unter anderem vor dem Bundesverfassungsgericht und dem EGMR, blieben erfolglos.⁴⁸² Im April 2014 wurde *Pisciotti* an die USA ausgeliefert und erhielt dort eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten und Geldstrafe in Höhe von USD 50.000.⁴⁸³ Gerade bei Kartellverstößen, die Submissionsabsprachen miteinschließen, ist zu erwarten, dass diesem ersten kartellrechtlichen Auslieferungsfall in naher Zukunft weitere Fälle folgen werden.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass den ermittelnden Behörden neben der sich nun stetig verbessernden Auslieferungsperspektive mitun-

479 *Bischke/Brack*, NZG 2014, 735, 735 f.; *Stancke*, CCZ 2014, 217, 217. Zum Instrument der Fahndungsausschreibung über Interpol siehe unten § 3 C. V. 3.

480 OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.1.2014, Az. 2 Ausl. A 104/13 = NSTz-RR 2014, 288-290.

481 OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.1.2014, Az. 2 Ausl. A 104/13, Rn. 24-28 = NSTz-RR 2014, 288, 290, bestätigt durch BVerfG, Beschluss vom 17.2.2014, Az. 2 BvQ 4/14.

482 Siehe BVerfG, Beschluss vom 17.2.2014, Az. 2 BvQ 4/14 sowie *Bischke/Brack*, NZG 2014, 735, 737 und *Stancke*, CCZ 2014, 217, 217. Eine Klage vor dem EuGH ist gegenwärtig (Stand: Oktober 2014) unter dem Aktenzeichen C-411/14 P anhängig.

483 *Bischke/Brack*, NZG 2014, 735, 735; *Stancke*, CCZ 2014, 217, 217 f.

ter auch andere Wege offenstehen, um im Ausland wohnhafte Kartellsünder der eigenen Strafjustiz zu unterziehen. So stellten sich bereits zahlreiche nicht-amerikanische Kartelltäter freiwillig den US-Behörden, und stimmten ihrer Bestrafung zu, um so ein Einreiseverbot in die USA zu vermeiden.⁴⁸⁴ In anderen Fällen warteten die US-Behörden mit den Durchsuchungen und Festnahmen ab, bis sich die Beschuldigten auf US-Territorium befanden.⁴⁸⁵

II. Internationale Kooperation im Bereich der Vollstreckungshilfe

Eine Rechtshilfe durch Vollstreckung bereits erlassener, ausländischer Entscheidungen findet im außereuropäischen Raum fast ausschließlich in Form der Gefangenenüberstellung statt, bei der inhaftierte Staatsangehörige eines anderen Staates nach ihrer Verurteilung zur Verbüßung der Freiheitsstrafe in ihren Heimatstaat zurückgesandt werden.⁴⁸⁶ Dieser Gefangenentransfer ist in einigen bilateralen Verträgen und multilateralen Abkommen, wie etwa der *OAS-Convention on Serving Criminal Sentences Abroad* und dem Übereinkommen zur Überstellung verurteilter Personen, das unter dem Dach des Europarats verabschiedet wurde, vorgesehen.⁴⁸⁷ Das Überstellungsübereinkommen des Europarats wurde auch von vielen außereuropäischen Staaten, wie etwa den USA, Japan, Kanada und Mexiko, ratifiziert und ist daher von besonderer Bedeutung. Eine Gefangenenüberstellung nach den multilateralen Überstellungsabkommen setzt neben der beiderseitigen Strafbarkeit voraus, dass die zu überstellende Person, der

484 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 66 f.; *Hammond*, Charting New Waters in International Cartel Prosecutions, 2006, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014) sowie *O'Kane*, in: *Beaton-Wells/Ezrachi*, Criminalising Cartels, 2011, S. 397, 418.

485 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 66 f.; *Hammond*, Recent Developments, Trends, and Milestones in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, 2008, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/232716.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

486 *Mitsch*, in: *Senge*, Karlsruher Kommentar OWiG, 2014, § 89 OWiG, Rn. 32; *Mix*, Vollstreckungsübernahme, 2003, S. 133 ff.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, 1983, S. 17 f.

487 Siehe hierzu *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 639. Zum Ganzen siehe *Mix*, Vollstreckungsübernahme, 2003, S. 60 ff. sowie *Wilkitzki*, JR 1983, 227, 233 f.

Urteils- und der Vollstreckungsstaat der Überstellung zustimmen, und dass die zu überstellende Person die Staatsangehörigkeit des Vollstreckungsstaates besitzt.⁴⁸⁸ Das Ersuchen auf Gefangenenüberstellung kann entweder vom Urteils- oder vom Vollstreckungsstaat, mitunter sogar vom Häftling selbst, gestellt werden.⁴⁸⁹ Mit der Überstellung wird die Strafvollstreckung im Urteilsstaat ausgesetzt.⁴⁹⁰ Der Vollstreckungsstaat vollstreckt entweder unmittelbar die Strafscheidung des Urteilsstaates oder führt ein eigenes Verfahren gegen den Beschuldigten durch und wandelt so die ausländische Entscheidung in eine eigene um.⁴⁹¹

In der Praxis wird die Möglichkeit der Gefangenenüberstellungen, trotz der zahlreichen Ratifikationen des Überstellungsübereinkommens, nur selten genutzt.⁴⁹²

Für andere, über die Gefangenenüberstellung hinausgehende Formen der Vollstreckungshilfe gibt es im außereuropäischen Raum kaum völkervertragliche Grundlagen.⁴⁹³ Die allgemeinen, auf die sonstige Rechtshilfe gerichteten Rechtshilfeabkommen enthalten, von wenigen Ausnahmen abgesehen,⁴⁹⁴ keine Regelungen zur Vollstreckungshilfe.

Zur Verfügbarkeit der Vollstreckungshilfemechanismen für Kartellstrafverfahren kann hier daher kurz festgestellt werden, dass die Gefangenenüberstellungsabkommen die Strafbarkeit der Tat sowohl im Urteils- als auch im Vollstreckungsstaat voraussetzen, und dass diese Bedingung angesichts der Kriminalisierungstendenz im Kartellstrafrecht in den Verhält-

488 Siehe Art. 3 Europäisches Überstellungsübereinkommen und Art. 3 *OAS Convention on Serving Criminal Sentences Abroad*. Siehe hierzu *Mix*, Vollstreckungsübernahme, 2003, S. 62 und 64.

489 Art. 2 Abs. 3 Europäisches Überstellungsübereinkommen, Art. 5 *OAS Convention on Serving Criminal Sentences Abroad*.

490 Art. 8 Abs. 1 Europäisches Überstellungsübereinkommen.

491 Art. 9 Europäisches Überstellungsübereinkommen. Siehe näher *Mix*, Vollstreckungsübernahme, 2003, S. 65.

492 *Grotz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Überstellungs-Übk, III A 2.1., S. 4a.

493 *Mitsch*, in: *Senge*, Karlsruher Kommentar OWiG, 2014, § 89 OWiG, Rn. 32; *Mix*, Vollstreckungsübernahme, 2003, S. 133 ff. sowie *Oehler*, Internationales Strafrecht, 1983, S. 17 f.

494 Siehe Art. 2 *ASEAN Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*. Siehe ferner *Bock*, in: *Ambos/König/Rackow*, Rechtshilfe in Strafsachen, 2015, S. 620 ff. sowie *Mitsch*, in: *Senge*, Karlsruher Kommentar OWiG, 2014, § 89 OWiG, Rn. 34.

nissen immer mehr Staaten zueinander erfüllt ist. Gefangenenerstellungen können dann auch in kartellstrafrechtlichen Fällen vereinbart werden.

III. Internationale Kooperation im Bereich sonstiger Rechtshilfe

Im Folgenden werden Inhalt und Verbreitungsgrad von bi- und multilateralen Rechtshilfeabkommen dargestellt, und die Abkommen sodann auf ihre Verfügbarkeit für die Durchsetzung von Kartellstraft- und -ordnungswidrigkeitentatbeständen hin überprüft.

1. Bilaterale Rechtshilfeabkommen

Ebenso wie die kartellbehördlichen Kooperationsabkommen erleben strafrechtliche Rechtshilfeabkommen gegenwärtig einen beträchtlichen Zuwachs.⁴⁹⁵ Da die strafrechtliche Entwicklung der kartellrechtlichen zeitlich vorausging, kann sich die internationale Kooperation im Strafrecht nun bereits auf ein weitaus dichteres Geflecht bilateraler Rechtshilfeabkommen stützen.⁴⁹⁶ Selbst bei kartellrechtlichen Vorreiter-Ländern wie den USA übersteigt die Zahl der abgeschlossenen strafrechtlichen Rechtshilfeabkommen die der kartellrechtlichen Kooperationsabkommen um das 5-fache.⁴⁹⁷ Grundlegende Voraussetzung für die Gewährung von Rechtshilfe unter einem Rechtshilfeabkommen ist, dass diese Rechtshilfe für ein Strafverfahren erbeten wird.⁴⁹⁸ Ob sich das Strafverfahren dabei im Er-

495 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 55; *Hammond*, Recent Developments In The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, 2005, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/207226.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); *Luban/O'Sullivan/Stewart*, Transnational Criminal Law, 2010, S. 376 und *Zimmermann*, Coopération judiciaire internationale, 2009, S. 63 ff.

496 Siehe *Hammond*, Recent Developments In The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, 2005, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/207226.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

497 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 8.

498 Siehe Art. 1 Rechtshilfevertrag Deutschland-USA, Art. 1 Rechtshilfevertrag USA-Österreich, Art. 1 Rechtshilfevertrag USA-Belgien, Art. 1 Rechtshilfevertrag USA-Frankreich und Art. 1 Rechtshilfevertrag USA-Italien. Siehe auch *Luban/O'Sullivan/Stewart*, Transnational Criminal Law, 2010, S. 376; *Wilkitzki*, in:

mittlungs-, Zwischen- oder Hauptverfahren befindet, und welcher Instanzenzug gerade durchlaufen wird, ist unbedeutend. Die Rechtshilfe kann daher von allen strafverfolgenden Einheiten⁴⁹⁹ als auch von allen Strafgerichten genutzt werden.⁵⁰⁰ Nur äußerst selten wird die Anwendbarkeit des Rechtshilfeabkommens auf bestimmte Deliktstypen begrenzt.⁵⁰¹ Eine Begrenzung besteht jedoch in Form der Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit, welche zwar nicht in allen,⁵⁰² aber doch in einigen bilateralen Rechtshilfeverträgen, zumindest für Zwangsmaßnahmen, statuiert ist und dem ersuchten Staat ein fakultatives Ablehnungsrecht einräumt, falls die Tat unter seiner Rechtsordnung nicht strafbar ist.⁵⁰³ Inhaltlich sehen die Rechtshilfeabkommen üblicherweise eine generalklauselartige Beistandspflicht vor und zählen die praktisch bedeutsamsten Rechtshilfeformen beispielhaft auf. Vor dem Hintergrund der insoweit unzulänglichen kartellrechtlichen Kooperationsabkommen ist hervorzuheben, dass einige strafrechtliche Rechtshilfeabkommen auch einen Austausch vertraulicher Informatio-

Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 1, 2014, § 59 IRG, Rn. 35 und Zimmermann, *Coopération judiciaire internationale*, 2009, S. 509 f. Siehe näher auch unten § 3 C. III. 3.

499 Luban/O'Sullivan/Stewart, *Transnational Criminal Law*, 2010, S. 376.

500 Siehe etwa Art. 1 Abs. 3 Rechtshilfevertrag Deutschland-USA, Art. 1 lit. b) Rechtshilfevertrag USA-Kanada.

501 So aber in Art. 1 lit. c) und d) Rechtshilfevertrag USA-Kanada sowie in Art. 2 lit. c) Rechtshilfevertrag USA-Schweiz. Keine Beschränkung hingegen in Rechtshilfevertrag USA-Australien, Rechtshilfevertrag USA-Belgien, Rechtshilfevertrag USA-Brasilien, Rechtshilfevertrag USA-Frankreich, Rechtshilfevertrag USA-Israel, Rechtshilfevertrag USA-Italien, Rechtshilfevertrag USA-Österreich und Rechtshilfevertrag USA-Südafrika.

502 Siehe Art. 1 Abs. 3 Rechtshilfevertrag USA-Italien, Art. 1 Abs. 3 Rechtshilfevertrag USA-Brasilien, Art. 1 Abs. 3 Rechtshilfevertrag USA-Israel. Siehe auch Luban/O'Sullivan/Stewart, *Transnational Criminal Law*, 2010, S. 376.

503 Siehe etwa Art. 3 Rechtshilfevertrag Deutschland-Kanada, Art. 1 Abs. 3 Rechtshilfevertrag USA-Österreich, Art. 1 Abs. 4 und Art. 11 Abs. 1 Rechtshilfevertrag Deutschland-USA. Zum Ganzen siehe Böhm/Rosenthal, in: Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal, *Internationales Strafrecht*, 2008, S. 165, 369; Gless, *Internationales Strafrecht*, 2011, S. 94 f.; Hackner, in: Wabnitz/Janovsky, *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2014, Kapitel 24, Rn. 135a; ICN *Cartels Working Group*, *Co-operation between competition agencies in cartel investigations*, 2007, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 15 und Zimmermann, *Coopération judiciaire internationale*, 2009, S. 530 ff.

nen ermöglichen.⁵⁰⁴ Dies liegt daran, dass die nationalen Vertraulichkeitschutzvorschriften einiger Staaten die ansonsten verbotene Weitergabe bestimmter vertraulicher Informationen für zulässig erklären, wenn mit dem Empfängerland ein strafrechtliches Rechtshilfeabkommen besteht.⁵⁰⁵

Im Bereich der Erhebung neuer Beweise auf Ersuchen der ausländischen Behörde ist hervorzuheben, dass die strafrechtlichen Rechtshilfeabkommen mitunter selbst die Rechtsgrundlage für solche Ermittlungsmaßnahmen bilden. So werden etwa im deutsch-US-amerikanischen Rechtshilfevertrag sowie in den Rechtshilfeverträgen der USA mit Kanada, Israel und Südafrika die jeweiligen nationalen Gerichte dazu ermächtigt, Durchsuchungsanordnungen und andere zwingende Eingriffsmaßnahmen zu erlassen, um damit entsprechenden Rechtshilfege suchen des Vertragsstaats nachkommen zu können.⁵⁰⁶ Ohne diese Eingriffsgrundlagen aus den Rechtshilfeabkommen wären die nötigen Rechtshilfe Maßnahmen oft nicht durchführbar, da die gesetzlichen Eingriffsgrundlagen eines Staates häufig nur dann verfügbar sind, wenn auch gegen das nationale, materielle Strafrecht verstoßen wurde (sog. Gleichlaufprinzip).⁵⁰⁷ Allgemein lässt sich feststellen, dass strafrechtliche Rechtshilfeabkommen im Vergleich zu ihrem kartellrechtlichen Pendant ein breiteres Sortiment an Rechtshilfe Maßnahmen zur Verfügung stellen und neben Informationsaustausch und Beweiserhebungen durchgehend etwa auch die Zustellungen von Schriftstücken an sich im Inland aufhaltende Personen miteinschließen.⁵⁰⁸ Zudem ermöglichen einige, wenngleich wenige strafrechtliche Rechtshilfeabkommen durch den Austausch vertraulicher Informationen und die Durch-

504 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 59 f.

505 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 59 f. sowie *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter IV.

506 Siehe Art. 19 Abs. 3 Satz 2 Rechtshilfevertrag Deutschland-USA, Art. 7 Abs. 1 Rechtshilfevertrag USA-Kanada, Art. 5 Abs. 1 Rechtshilfevertrag USA-Israel und Art. 5 Abs. 1 Rechtshilfevertrag USA-Südafrika. Siehe hierzu auch *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 61.

507 Siehe oben § 2 E. V.

508 Siehe *Luban/O'Sullivan/Stewart*, Transnational Criminal Law, 2010, S. 376. Demgegenüber zu den Unzulänglichkeiten der kartellbehördlichen Zusammenarbeit siehe *Podszun*, Kartellverfahrensrecht, 2003, S. 44 ff.

brechung des Gleichlaufprinzips auch eine intensivere Rechtshilfe als die kartellrechtlichen Kooperationsabkommen der ersten Generation.

Wie die Auslieferungsverträge sehen auch die allgemeinen Rechtshilfeverträge die grundsätzliche Verbindlichkeit der Rechtshilfe vor.⁵⁰⁹ Eingehende Ersuchen dürfen nur aus abschließend in den Abkommen aufgelisteten Versagungsgründen abgelehnt werden. Zu diesen Versagungsgründen zählt durchgehend der Umstand, dass die Rechtshilfe die Souveränität, die Sicherheit oder wesentliche Interessen des ersuchten Staates beeinträchtigen würde.⁵¹⁰

Um die Übermittlung von Rechtshilfeersuchen zwischen den jeweiligen Vertragsstaaten zu erleichtern, benennen die Rechtshilfeabkommen für jeden Staat eine einheitliche, zum Empfang und zur Absendung von Rechtshilfeersuchen zuständige Behörde (sog. „einheitliche Zentralbehörde“ oder „zentrale Behörde“), üblicherweise das Justizministerium.⁵¹¹ Benötigt ein Strafgericht Rechtshilfe von einem anderen Staat muss es sich mit seinem Ersuchen an das heimische Justizministerium wenden, das dann das Ersuchen übermittelt. Im Vergleich zur direkten Kommunikation zwischen den Kartellbehörden gestaltet sich der Übermittlungsweg für Ersuchen auf Grundlage strafrechtlicher Rechtshilfeersuchen somit als etappenreicher.⁵¹² Angesichts der Vielzahl an Strafverfolgungsorganen in einem Staat wäre es für ein rechtshilfebedürftiges Strafgericht jedoch nur schwer möglich, die im Ausland für die betreffende Rechtshilfemaßnahme zuständige Stelle zu ermitteln und das Rechtshilfeersuchen dann unmittelbar an diese zu senden. Bereits unter dem gegenwärtigen System werden Rechtshilfeersuchen oftmals aus Unkenntnis über den richtigen Adressaten gar

509 Siehe nur Art. 1 Abs. 1 Rechtshilfevertrag Deutschland-USA, Art. 1 Abs. 1 Rechtshilfevertrag USA-Österreich, Art. 1 Abs. 1 Rechtshilfevertrag USA-Israel.

510 Siehe Art. 3 Abs. 1 Rechtshilfevertrag USA-Israel, Art. 3 Rechtshilfevertrag Deutschland-USA, Art. 3 Abs. 1 lit. b) Rechtshilfevertrag USA-Österreich. Siehe auch *ICN Cartels Working Group*, Co-operation between competition agencies in cartel investigations, 2007, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 16 sowie *Gless*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 106 f.

511 Siehe etwa Art. 2 Rechtshilfevertrag Deutschland-USA, Art. 11 Rechtshilfevertrag Deutschland-Kanada, Art. 6 Rechtshilfevertrag USA-Kanada, Art. 2 Rechtshilfevertrag USA-Brasilien und Art. 2 Rechtshilfevertrag USA-Israel. Siehe auch *Luban/O'Sullivan/Stewart*, Transnational Criminal Law, 2010, S. 376 und *Zimmermann*, Coopération judiciaire internationale, 2009, S. 235.

512 Siehe etwa *Ost*, in: *Schwarze*, Rechtsschutz und Wettbewerb, 2010, S. 33, 35.

nicht erst gestellt.⁵¹³ Die häufig bemängelte Trägheit der Behörden des ersuchten Staates bei der Bearbeitung des Rechtshilfeersuchens und die Ungewissheit darüber, ob die benötigte Rechtshilfe vom ersuchten Staat nach seinem innerstaatlichen Recht überhaupt geleistet werden kann, tragen weiter dazu bei, dass die formal bestehenden internationalen Rechtshilfestrukturen im Strafrecht oft ungenutzt bleiben.⁵¹⁴ Zwischen Staaten mit gewachsenen, vertrauensgeprägten Beziehungen herrscht hingegen ein reger und verlässlicher Rechtshilfeverkehr. So werden etwa zwischen Deutschland und den USA jeden Monat eine Vielzahl von Rechtshilfeersuchen gestellt.⁵¹⁵

2. Multilaterale Rechtshilfeabkommen

Innerhalb vieler regionaler Integrationsordnungen und Nachbarschaftsverhältnisse wurden multilaterale Rechtshilfeabkommen vereinbart. Zuweilen sind diese Abkommen noch auf einzelne Verbrechenkategorien beschränkt, wie etwa das ECCAS, *Multilateral Cooperation Agreement to Combat Trafficking in Persons*. Vielerorts wurden bereits auch schon allen Deliktssklassen offenstehende Rechtshilfeabkommen etabliert, wie die Beispiele der ECOWAS,⁵¹⁶ OAS,⁵¹⁷ ASEAN,⁵¹⁸ des Commonwealth⁵¹⁹ und

513 Siehe *Vernon*, in: *Aromaa/Viljanen*, International Law Enforcement Cooperation, 2005, S. 95, 99.

514 Siehe hierzu *ICN Cartels Working Group*, Co-operation between competition agencies in cartel investigations, 2007, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 16; *Joutsen*, in: *Aromaa/Viljanen*, International Key Issues in Crime Prevention, 2006, S. 67, 73 und *Vernon*, in: *Aromaa/Viljanen*, International Law Enforcement Cooperation, 2005, S. 95, 100. Positiver bewertend hingegen *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, Final Report to the Attorney General for Antitrust, 2000, <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Chapter IV und *US Department of Justice*, United States Attorney's Manual, http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/ (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Title 9 Section 276. Siehe auch *Ost*, in: *Schwarze*, Rechtsschutz und Wettbewerb, 2010, S. 33, 35 f.

515 *Riegel*, FPR 2010, 502, 504.

516 ECOWAS, *Convention Relative à l'Entraide Judiciaire en Matière Pénale*.

517 OAS, *Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*.

518 ASEAN, *Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*.

519 The Commonwealth, *Scheme relating to Mutual Assistance in Criminal Matters*.

des MERCOSUR⁵²⁰ belegen. Im Hinblick auf überregionale Instrumente ist zu bedauern, dass die meisten der zahlreichen, unter dem Dach der Vereinten Nationen oder auf Betreiben der OECD verabschiedeten, rechtshilfebezogenen Abkommen nur von wenigen Staaten ratifiziert wurden. Für die vorliegende Untersuchung von besonderer Relevanz ist hier jedoch wiederum das von sehr vielen Staaten ratifizierte UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.⁵²¹ Dieses Übereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten, sich bei der Verfolgung von vom Anwendungsbereich des Übereinkommens umfassten Straftaten umfassende Rechtshilfe zu leisten und enthält damit einen verbindlichen Rechtshilfemechanismus.⁵²² Neben Beschlagnahmen und dem Austausch verfügbarer Informationen sind dabei auch Zustellungen und Vernehmungen durch Beamte des ersuchenden Staates per Videokonferenz ausdrücklich genannt.⁵²³ Ausgeschlossen sind lediglich diejenigen Rechtshilfehandlungen, die nach dem nationalen Recht des ersuchten Staates unzulässig wären.⁵²⁴ Der ersuchte Staat darf die Gewährung von Rechtshilfe ablehnen, wenn die Tat im Inland nicht strafbar ist oder wenn die Rechtshilfe mit wesentlichen eigenen Interessen oder der eigenen Rechtsordnung kollidiert.⁵²⁵ Der Rechtshilfeverkehr erfolgt wie auch unter den bilateralen Abkommen schriftlich zwischen den einheitlichen Zentralbehörden, die Rechtshilfeersuchen inländischer Stellen an die ausländische Zentralbehörde weiterleiten und eingehende Ersuchen an die im Inland für die konkrete Rechtshilfemaßnahme zuständige Behörde verteilen.⁵²⁶ Besteht zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat ein bilaterales Rechtshilfeabkom-

520 MERCOSUR, Acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales.

521 Siehe hierzu auch oben § 3 C. I. 2.

522 Art. 18 Abs. 1 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität. Siehe hierzu *Zimmermann*, *Coopération judiciaire internationale*, 2009, S. 97.

523 Art. 18 Abs. 3 und Abs. 18 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

524 Art. 18 Abs. 3 Buchstabe i) UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

525 Siehe Art. 18 Abs. 9 und Abs. 21 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität. Siehe auch *Zimmermann*, *Coopération judiciaire internationale*, 2009, S. 97.

526 Art. 18 Abs. 13 und Abs. 14 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

men so geht dieses in Bezug auf Versagungsgründe, Form und Kommunikationsweg dem UN-Übereinkommen vor.⁵²⁷

3. Verfügbarkeit der Rechtshilfeinstrumente bei der Durchsetzung von Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht

Nach näherer Analyse offenbart sich, dass die strafrechtlichen Instrumente im Bereich der sonstigen Rechtshilfe zu großen Teilen für die Durchsetzung von Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitentatbeständen einsetzbar sind. Wie bereits festgestellt wurde, ist das UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität auf viele Kartellstraftdelikte anwendbar.⁵²⁸ Staaten, in denen der Kartellverstoß mit 4 Jahren Freiheitsentzug oder mehr bedroht wird, können sich damit – vorbehaltlich der Erfüllung der weiteren Anwendungsvoraussetzungen des UN-Übereinkommens – für die Durchsetzung ihres Kartellstraftatbestands auf ein verbindliches Rechtshilfeinstrument von nahezu globaler Spannweite stützen. Hinsichtlich der geographischen Ausbreitung, dem Grad der Verbindlichkeit und der Intensität der vereinbarten Rechtshilfe übertrifft die im Bereich des Kartellstrafrechts somit häufig verfügbare Kooperation deutlich das lückenhafte Geflecht kartellrechtlicher Kooperationsabkommen. Anzumerken ist jedoch, dass sich das UN-Übereinkommen nicht für die Durchsetzung von auf Geldbuße gerichteten Ordnungswidrigkeitentatbeständen einsetzen lässt, da der Begriff des schwerwiegenden Verbrechens in dem Übereinkommen allein auf potentielle Freiheitsstrafen abstellt.

Richtet man den Blick auf die bilateralen Rechtshilfeabkommen, so ergibt sich, dass auch diese sehr häufig auf die Durchsetzung von Kartellstrafrecht im engeren Sinne anwendbar sind. Negativklauseln, mit denen Kartellstrafverfahren gezielt aus dem Anwendungsbereich der Rechtshilfeabkommen herausgehalten werden, sind selten,⁵²⁹ und werden mittlerweile von den Vertragsstaaten sogar teilweise wieder aufgehoben.⁵³⁰ Die

527 Art. 18 Abs. 7 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

528 Siehe oben § 3 C. I. 3., 3.1. Siehe auch *Clarke*, 19 JFC 76, 90 (2012).

529 So aber Art. 1 Abs. 7 Rechtshilfevertrag Deutschland-Kanada sowie Art. 2 Rechtshilfevertrag USA-Schweiz.

530 Siehe zur entsprechenden Änderung des Rechtshilfevertrags USA-Vereinigtes Königreich, *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 64.

bilateralen Rechtshilfeabkommen stehen Kartellstrafverfahren daher grundsätzlich offen gegenüber. Im Hinblick auf Kartellordnungswidrigkeitenverfahren stellt sich jedoch die Frage, ob diese als Strafverfahren im Sinne der Abkommen angesehen werden können. Zum Teil stellen die Vertragsstaaten dies ausdrücklich bereits im Abkommen klar⁵³¹ und erklären zudem, dass die Rechtshilfe auch an Verwaltungsbehörden geleistet werden muss.⁵³² Findet sich keine solche Klarstellung, muss geprüft werden, ob die Rechtsordnung des jeweils ersuchten Staates eine Gewährung der Rechtshilfe in ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfahren zulässt und eine weite Auslegung des Rechtshilfeabkommens vom ersuchten Staat daher gewollt gewesen sein konnte. Zudem ist, dem Prinzip der Gegenseitigkeit entsprechend, danach zu fragen, ob der nun ersuchende Staat bei früheren an ihn gerichteten Ersuchen die Rechtshilfe auch für ein Ordnungswidrigkeitenverfahren gewährt hat.⁵³³ Wurden entsprechende Ersuchen vom nun ersuchenden Staat bisher abgelehnt, wird auch der nun ersuchte Staat die nicht-reziproke Rechtshilfe in der Regel verweigern.

Die Verfügbarkeit der Rechtshilfeabkommen sowohl für Kartellstraf- als auch für Kartellordnungswidrigkeitendelikte kann zudem noch durch die Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit beschränkt sein. In vielen Rechtshilfeabkommen ist diese Bedingung jedoch nicht enthalten.⁵³⁴ Dementsprechend wurden die strafrechtlichen Rechtshilfeersuchen von vielen Staaten bereits in Kartellverfahren genutzt.⁵³⁵ Rechtshilfeersuchen, die auf eine Verfolgung von Kronzeugen abzielen, werden jedoch häufig

531 Siehe Art. 1 Abs. 1 Ziffer 1 Rechtshilfevertrag Deutschland-USA, Art. 1 Abs. 3 Rechtshilfevertrag Deutschland-Kanada, Art. 1 lit. a) Ergänzungsvertrag zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen Deutschland-Schweiz. Siehe hierzu *Mitsch*, in: *Senge*, Karlsruher Kommentar OWiG, 2014, Einleitung, Rn. 235.

532 Art. 1 Abs. 3 Rechtshilfevertrag Deutschland-USA sowie Art. 8 Rechtshilfevertrag EU-USA.

533 *Mitsch*, in: *Senge*, Karlsruher Kommentar OWiG, 2006, Einleitung, S. 235.

534 Siehe etwa Art. 1 Abs. 3 Rechtshilfevertrag USA-Italien, Art. 1 Abs. 3 Rechtshilfevertrag USA-Brasilien, Art. 1 Abs. 3 Rechtshilfevertrag USA-Israel. Siehe zur nur fragmentarischen Verbreitung der Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit im sonstigen Rechtshilfe recht auch oben § 2 E. V.

535 *ICN Cartels Working Group*, Co-operation between competition agencies in cartel investigations, 2007, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 16.

unter Rückgriff auf den Versagungsgrund der Unvereinbarkeit der Rechts-
hilfe mit wesentlichen Interessen des ersuchten Staates abgelehnt.⁵³⁶

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sowohl das UN-Überein-
kommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität als auch
das Netz bilateraler Rechtshilfeverträge zu großen Teilen für die Durchset-
zung von gegen natürliche Personen gerichteten Kartellsanktionstatbestän-
den einsetzbar sind.

IV. Ne bis in idem-Garantien im internationalen Strafrecht

Wie im ersten Kapitel der vorliegenden Untersuchung gesehen erkennen
nur die wenigsten nationalen Rechtsordnungen ein transnational wirken-
des Doppelbestrafungs- oder Doppelverfolgungsverbot an. Auf internatio-
naler Ebene ist der Grundsatz *ne bis in idem* im Internationalen Pakt über
bürgerliche und politische Rechte⁵³⁷ sowie in den regionalen Menschen-
rechtskonventionen Amerikas,⁵³⁸ der arabischen Welt⁵³⁹ und dem 7. Zu-
satzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention, nicht jedoch
in der *African Charter on Human and Peoples' Rights*, niedergelegt. Diese
Verbürgungen wirken allerdings ebenfalls lediglich innerhalb eines jewei-
ligen Vertragsstaates.⁵⁴⁰ Ein transnational geltendes Doppelbestrafungs-
verbot oder ein Gebot der Berücksichtigung einer ausländischen Sanktion
im Rahmen der Strafzumessung wird darin also nicht festgesetzt. *Ne bis in
idem*-Verbürgungen mit grenzüberschreitender Wirkung finden sich ledig-
lich in einigen völkerrechtlichen Verträgen, die jedoch entweder nur von

536 Siehe *American Bar Association*, International Antitrust Cooperation Handbook, 2004, S. 63.

537 Art. 14 Abs. 7 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 19.12.1966, <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm> (zuletzt abgerufen am 5.1.2013).

538 Art. 8 Abs. 4 *American Convention on Human Rights*, 22.11.1969, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-32.html> (zuletzt abgerufen am 5.1.2013).

539 Art. 16 *Arab Charter on Human Rights*, 27.6.1981, <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/z1afchar.htm> (zuletzt abgerufen am 5.1.2013).

540 Siehe *Conway*, 3 Int'l. Crim. L. Rev. 217, 221 (2003); *Specht*, ne bis in idem, 1999, 86 ff.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, 1983, S. 577 f.

sehr wenigen Staaten ratifiziert wurden⁵⁴¹ oder nur für ganz bestimmte Deliktgruppen gelten.⁵⁴²

Zu beachten ist jedoch, dass die Möglichkeit einer Mehrfachbestrafung faktisch durch das Auslieferungsrecht beschränkt sein könnte. Durch die Übernahme der im Kartellrecht traditionellen *idem*-Abgrenzung in das Auslieferungsrecht, könnte die in den Auslieferungsverträgen verankerte *ne bis in idem*-Schranke jedoch ihres Verbotsgehalts weitestgehend entleert werden. Ob die überwiegende Zahl der Staaten die kartellrechtliche *idem*-Abgrenzung anhand der Kartellauswirkungen tatsächlich auch auf das Auslieferungsrecht überträgt, lässt sich derzeit noch nicht absehen. Die bisher zu vernehmenden Signale deuten allerdings darauf hin. Die Hoffnungen auf einen zumindest faktischen, transnationalen Schutz vor Mehrfachbestrafung aufgrund des Auslieferungsrechts würden dann enttäuscht.

V. Strafrechtliche Koordinierungs- und Kooperationsformen im Übrigen

1. Positive comity, Verfahrensübernahme und Fallverteilungsinstrumente

Wie im Kapitel zur kartellbehördlichen Zusammenarbeit erwähnt, enthalten *kartellrechtliche* Kooperationsabkommen durchgehend eine Regelung zur positiven *comity*. Werden wichtige Interessen eines Staates durch wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die vom Territorium eines anderen Staates ausgehen beeinträchtigt, gewähren die Kooperationsabkommen dem betroffenen Staat das Recht, den anderen Staat zum Einschreiten gegen den Wettbewerbsverstoß aufzufordern.⁵⁴³ Dem so aufgeforderten Staat obliegt es dann, die ihm angezeigte Verhaltensweise auf einen Wettbewerbsverstoß hin zu prüfen.

Für den Mechanismus der positiven *comity* ist im Strafrecht der Begriff der Verfahrensübernahme gebräuchlich. Gemäß dem von den Vereinten Nationen verabschiedeten Modell-Abkommen zur Verfahrensübernahme in Strafsachen (*UN-Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Cri-*

541 Siehe *Lagodny*, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz, 2001, S. 52 und *Vervaele*, Utrecht L. Rev. 2005, 100, 102.

542 So etwa Art. VII Abs. 8 NATO-Truppenstatut. Siehe hierzu *Lagodny*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, V D 1, Rn. 12 ff.

543 Siehe oben § 3 B. I. 1.

minal Matters)⁵⁴⁴ ist der ersuchte Staat bei Eingang eines Verfahrensübernahmeersuchens verpflichtet, zu prüfen, ob und inwieweit ein eigenes Strafverfahren in der Sache eingeleitet werden kann und dem ersuchenden Staat die Entscheidung über die Verfahrenseinleitung umgehend mitzuteilen.⁵⁴⁵ Das Strafverfahren im ersuchten Staat richtet sich dabei allein nach der dortigen Rechtsordnung. Das erstaunliche am *UN-Model Treaty* ist, dass das Strafanwendungsrecht des ersuchten Staates dahingehend ausgedehnt wird, dass das materielle Strafrecht des ersuchten Staates auf alle Fälle anwendbar ist, auf die das materielle Strafrecht des ersuchenden Staates Anwendung findet.⁵⁴⁶ Demgemäß ist es für die Verfahrensübernahme nicht erforderlich, dass die Straftat im ursprünglichen Anwendungsbereich des Strafrechts des ersuchten Staates begangen wurde. Es genügt, wenn die Tat, wäre sie im Hoheitsgebiet des ersuchten Staates begangen worden, dort strafbar wäre.⁵⁴⁷ Aus Gründen des *nulla poena sine lege*-Grundsatzes wird der Anwendungsbereich des Strafrechts der beiden Vertragsstaaten unmittelbar kraft des die Verfahrensübernahme regelnden Vertrages ausgeweitet.⁵⁴⁸ Nur so ist sichergestellt, dass die Straftat bereits im Zeitpunkt ihrer Begehung auch im ersuchten Staat strafbar ist.⁵⁴⁹ Die Ausübung der so erweiterten Strafgewalt ist allerdings erst nach Eingang des Ersuchens um Verfahrensübernahme möglich.⁵⁵⁰ Nach dem *Model Treaty* kann der ersuchte Staat die Verfahrensübernahme ablehnen, wenn die verdächtige Person nicht die Staatsangehörigkeit des ersuchten Staates besitzt und in diesem auch nicht ihren Wohnsitz hat.⁵⁵¹ Leitet der ersuchte

544 UN-Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, 14.12.1990, <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r118.htm> (zuletzt abgerufen am 5.1.2013). Siehe hierzu Lagodny, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz, 2001, S. 84.

545 Art. 5 UN-Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters.

546 Siehe Lagodny, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz, 2001, S. 79 f.

547 Art. 6 UN-Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters.

548 Siehe Lagodny, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz, 2001, S. 79 f.

549 Siehe Lagodny, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz, 2001, S. 79 f.

550 Siehe Lagodny, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz, 2001, S. 79 f.

551 Art. 7 UN-Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters.

Staat ein Verfahren ein, hat der ersuchende Staat sein Verfahren auszusetzen.⁵⁵²

Durch die Ausweitung des Strafanwendungsrechts geht das UN-*Model Treaty* zur Verfahrensübernahme inhaltlich weit über die positiven *comity*-Regelungen aus kartellrechtlichen Kooperationsabkommen hinaus. Das UN-*Model Treaty* wurde bisher allerdings lediglich im ECOWAS Rechtshilfeabkommen und in einigen, vereinzelt gebliebenen Verfahrensübernahmeabkommen rezipiert.⁵⁵³ Die unter dem Dach des Europarats abgeschlossenen, multilateralen Verfahrensübernahmeabkommen wurden von keinem Nicht-Mitgliedsstaat des Europarats ratifiziert.⁵⁵⁴

Funktionell betrachtet sind die positiven *comity*- und die Verfahrensübernahmeregelungen Ansätze eines internationalen Fallverteilungsmechanismus, über den die strafrechtliche Verfolgung eines konkreten Falles nur einem, und zwar dem hierzu für am besten geeignet gehaltenen Staat zugewiesen werden soll. Im Fall der positiven *comity* und der Verfahrensübernahme ist dieser Fallverteilungsmechanismus auf Seiten des weniger gut geeigneten Staates rein freiwillig, da dieser selbst den für besser geeignet gehaltenen Staat um die Verfahrensübernahme ersuchen muss. Über präzisere, für die Fallverteilung bestimmte Kriterien aufstellende Modelle ist für den außereuropäischen Raum nichts bekannt.⁵⁵⁵ Sofern der Fall paralleler Verfahrensführungen in völkerrechtlichen Abkommen überhaupt angesprochen wird, wird lediglich eine Auflösung des positiven Strafge-

552 Art. 10 Satz 1 UN-*Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*.

553 Siehe Art. 21 ff. ECOWAS *Convention Relative à l'Entraide Judiciaire en Matière Pénale* sowie Lagodny, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz, 2001, S. 87 und UN-*Manual on the Prevention and Control of Computer-Related Crime*, Rn. 280.

554 Siehe *Europarat*, Europäisches Übereinkommen über die Ahndung von Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr – Ratifikationsstand, 2012, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=052&CM=1&DF=06/12/2011&CL=ENG> (zuletzt abgerufen am 14.5.2012) sowie *Europarat*, Europäisches Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung – Ratifikationsstand, 2012, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=073&CM=1&DF=06/12/2011&CL=ENG> (zuletzt abgerufen am 14.5.2012).

555 Zu einem ganz vereinzelt Ansatz siehe Lagodny, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz, 2001, S. 88 ff.

waltkonflikts mittels Konsultation vorgeschrieben.⁵⁵⁶ Kriterien für die Fallverteilung werden dort nicht genannt.

Da Freiheitsstrafen ohne die Anwesenheit des Verurteilten nicht vollstreckt werden können, findet eine faktische Fallverteilung allerdings durch das Auslieferungsrecht statt. Dabei kommt das oben erwähnte Phänomen zum Tragen, dass die Staaten auch im Auslieferungsverkehr ihren Grundrechten verpflichtet bleiben und die Auslieferung abgelehnt werden muss, wenn diese einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen darstellt.⁵⁵⁷ Bemerkenswerterweise lassen die nationalen Gerichte in diese Verhältnismäßigkeitsprüfung zuweilen Erwägungen einfließen, die die Geeignetheit des ausländischen Gerichtsstandes zur Führung der Strafverfolgung betreffen. So überprüfte ein *US Divisional Court* im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung unter anderem, ob die Tatfolgen hauptsächlich im ersuchenden Staat oder in den USA eintraten, ob die Beweise leicht zwischen den Staaten transferierbar waren und wo die höhere Strafandrohung für die Tat bestand.⁵⁵⁸ In einem anderen Fall überprüfte der britische *High Court* die Vereinbarkeit einer Auslieferung mit Art. 8 EMRK, dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, und stellte dabei unter anderem darauf ab, ob auch britisches Strafrecht auf die Tat des Auszuliefernden anwendbar war, wo die Zeugen, Opfer und der Täter ihren Wohnsitz hatten und wo die körperlichen Tathandlungen vonstattengingen.⁵⁵⁹ Die Grundrechtsprüfung wurde somit zu einem auslieferungsrechtlichen Fallverteilungsinstrument ausgebaut. Während diese Entwicklung auch in anderen Gerichtsentscheidungen fortgeführt wurde, treten einige Gerichte solchen Zweckmäßigkeitserwägungen im Rahmen des Auslieferungsrechts entgegen.⁵⁶⁰

Über diese Fallverteilungsansätze im bilateralen Staatenverhältnis hinaus, wird das Auslieferungsrecht unstreitig dann zur Fallallokationsinstanz, wenn mehrere Staaten zugleich ein Auslieferungsersuchen hinsicht-

556 So Art. 32 ECOWAS *Convention Relative à l'Entraide Judiciaire en Matière Pénale*.

557 Siehe oben § 3 C. I. 1.

558 O'Kane, in: *Beaton-Wells/Ezrachi*, *Criminalising Cartels*, 2011, S. 397, 411 m.w.N.

559 O'Kane, in: *Beaton-Wells/Ezrachi*, *Criminalising Cartels*, 2011, S. 397, 411 m.w.N.

560 O'Kane, in: *Beaton-Wells/Ezrachi*, *Criminalising Cartels*, 2011, S. 397, 410 f. m.w.N. Zur Reichweite der Grundrechte im Auslieferungsverfahren siehe auch Pohl, *Anerkennung*, 2009, S. 94 ff.

lich derselben Person stellen. Die Auslieferungsabkommen sehen für diese Fälle vor, dass der ersuchte Staat seine Auswahlentscheidung anhand einiger, in den Abkommen aufgelisteter Kriterien zu treffen hat, wozu insbesondere der Ort der Tatbegehung, die Nationalität der Opfer, das jeweilige Interesse der ersuchenden Staaten an der Strafverfolgung sowie die chronologische Reihenfolge des Eingangs der Auslieferungersuchen zählen.⁵⁶¹ Da diese Kriterien jedoch explizit nicht abschließend konzipiert sind und sie auch nicht in eine innere Rangordnung gestellt werden, wird das Ermessen des ersuchten Staates bei seiner Auswahlentscheidung durch sie nur in sehr grobem Umfang gelenkt.

2. Koordinierung der Ermittlungsarbeit und gemeinsame Ermittlungsgruppen

2.1. Koordinierung der Ermittlungsarbeit

In bilateralen Rechtshilfeabkommen wird eine zwischenstaatliche Koordinierung der Ermittlungsarbeit meist in Form von Konsultationen vorgesehen. Nach dem Wortlaut der Abkommen sollen Konsultationen immer dann stattfinden, wenn ein Rechtshilfeersuchen gestellt wurde, das vom ersuchten Staat wegen des gegenwärtigen Laufs eines eigenen Verfahrens hintangestellt wird,⁵⁶² oder wenn die Ausführung eines Rechtshilfeersuchens im Einzelfall besonders dringlich ist.⁵⁶³ Auch ohne die Stellung eines Rechtshilfeersuchens sehen die Rechtshilfeabkommen regelmäßige Konsultationen vor, um die zwischenstaatliche Zusammenarbeit im Allgemeinen oder in Bezug auf einen konkreten Fall zu verbessern.⁵⁶⁴

561 Siehe Art. 17 Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, Art. 10 Auslieferungsvertrag USA-EU, Art. 10 Auslieferungsvertrag USA-Vereinigtes Königreich, Art. 15 Auslieferungsvertrag USA-Südafrika.

562 Siehe Art. 5 Abs. 4 Rechtshilfevertrag USA-Australien, Art. 5 Abs. 4 Rechtshilfevertrag USA-Brasilien, Art. 7 Rechtshilfevertrag USA-Frankreich, Art. 5 Abs. 4 Rechtshilfevertrag USA-Israel, Art. 5 Abs. 2 Rechtshilfevertrag USA-Korea, Art. 5 Abs. 4 Rechtshilfevertrag USA-Spanien und Art. 5 Abs. 4 Rechtshilfevertrag USA-Vereinigtes Königreich.

563 Siehe etwa Art. 4 Rechtshilfevertrag USA-Kanada.

564 Siehe Art. 19 Rechtshilfevertrag USA-Australien, Art. 19 Rechtshilfevertrag USA-Österreich, Art. 18 Rechtshilfevertrag USA-Brasilien, Art. 2 Abs. 2 Rechtshilfevertrag USA-Mexiko, Art. 20 Rechtshilfevertrag USA-Südafrika, Art. 19

Die außerhalb Europas abgeschlossenen regionalen Rechtshilfeabkommen enthalten demgegenüber nur selten derartige Konsultationstatbestände.⁵⁶⁵ Eingehend behandelt wird die Koordinierung der Ermittlungstätigkeit hingegen in dem für die vorliegende Untersuchung äußerst relevanten UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität. Ähnlich den bilateralen Rechtshilfeabkommen sieht dieses Übereinkommen Konsultationen vor, wenn ein Rechtshilfe- oder Auslieferungsersuchen abgelehnt oder aufgrund eigener Ermittlungen des ersuchten Staates verschoben werden müsste.⁵⁶⁶ Zudem werden die Vertragsstaaten ausdrücklich zur Koordinierung aufgefordert, wenn ein Sachverhalt von mehreren Vertragsstaaten parallel verfolgt wird.⁵⁶⁷ Zu dieser Koordinierung gehöre, einen direkten Kommunikationskanal zwischen den jeweils verfahrensführenden Behörden einzurichten, gefundene Ermittlungsergebnisse auszutauschen und alle weiteren Maßnahmen zu ergreifen, die die Verfahrenskoordinierung verbessern könnten.⁵⁶⁸ Falls für derartige Maßnahmen eine völkerrechtliche Grundlage nötig sei, könne das UN-Übereinkommen als diese angesehen werden.⁵⁶⁹ Die Umsetzung dieser koordinierungsbezogenen Vorgaben des UN-Übereinkommens verlief bisher jedoch nur sehr zögerlich.⁵⁷⁰

Eine zwischenstaatliche Koordinierung der strafrechtlichen Verfolgungsarbeit erfolgt, unabhängig von rechtshilfevertraglichen Bindungen, häufig jedoch über die Internationale kriminalpolizeiliche Organisation

Rechtshilfevertrag USA-Korea, Art. 18 Rechtshilfevertrag USA-Spanien, Art. 18 Rechtshilfevertrag USA-Vereinigtes Königreich sowie Art. 18 Rechtshilfevertrag USA-Kanada.

565 Siehe die ECOWAS *Convention Relative à l'Entraide Judiciaire en Matière Pénale* sowie die OAS *Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Siehe aber auch Art. 26 ASEAN *Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*.

566 Siehe Art. 16 Abs. 16 sowie Art. 18 Abs. 26 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

567 Siehe Art. 27 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

568 Art. 27 Abs. 1 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

569 Art. 27 Abs. 2 Satz 2 UN-Übereinkommen über die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

570 Joutsen, in: Aromaa/Viljanen, *International Key Issues in Crime Prevention*, 2006, S. 67, 71.

(Interpol).⁵⁷¹ Jeder der mittlerweile 190 Interpol-Mitgliedsstaaten verfügt über ein sog. nationales Zentralbüro, das mit den Zentralbüros der übrigen Mitgliedsstaaten mittels eines eigenen Kommunikationssystems, dem I-24/7, verbunden ist.⁵⁷² Erfordert die Aufklärungsarbeit aufeinander abgestimmte Ermittlungsmaßnahmen in mehreren Ländern, kontaktiert ein Nationales Zentralbüro die Büros der übrigen betroffenen Länder, um gemeinsam die Koordinierungsarbeit zu leisten.⁵⁷³ Zudem besteht mit dem *Interpol Command and Coordination Centre* auch eine ständige Einrichtung auf zwischenstaatlicher Ebene, die angerufen werden kann, um die polizeiliche Arbeit in den einzelnen Mitgliedsstaaten zu koordinieren.⁵⁷⁴

Interpol richtet sich an alle Strafverfolgungsbehörden⁵⁷⁵ und steht damit für die Unterstützung bei der Durchsetzung von Kartellstrafrecht im engeren Sinne zur Verfügung.

Innerhalb regionaler Integrationsordnungen wurden zum Teil eigene polizeiliche Kooperationsnetzwerke ins Leben gerufen.⁵⁷⁶ Deren Aufga-

571 Hierzu siehe *Ahlbrecht*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esner/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 390, 406 sowie *Luban/O'Sullivan/Stewart*, Transnational Criminal Law, 2010, S. 375.

572 *Interpol*, Prioritäten, 2012, <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Priorities> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

573 Siehe *Interpol*, Annual Report 2010, 2010, http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.interpol.int%2Fen%2FNews-and-media%2FPublications%2FAnnual-reports%2F2010%2F&ei=6P6BVMTXBsurPLLugcAF&usg=AFQjCNGFa_sYs2HHdhQnhaENLmRBEZ-nA&bvm=bv.80642063,d.ZWU (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 26.

574 Siehe *Interpol*, Annual Report 2010, 2010, http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.interpol.int%2Fen%2FNews-and-media%2FPublications%2FAnnual-reports%2F2010%2F&ei=6P6BVMTXBsurPLLugcAF&usg=AFQjCNGFa_sYs2HHdhQnhaENLmRBEZ-nA&bvm=bv.80642063,d.ZWU (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 11 und 28.

575 Art. 2 *Interpol*, Interpol Constitution, <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/The-Constitution> (zuletzt abgerufen am 6.1.2013).

576 Siehe *ASEANAPOL*, Activities, 2012, <http://www.aseanapol.org.my/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2012); Art. 2 CARICOM, *Treaty on Security Assistance among Caricom Member States* sowie Beschluss des Rates vom 6. April 2009 zur Errichtung des Europäischen Polizeiamts (Europol), ABl. EG 2009 Nr. L 121/37.

benstellung ist teilweise allerdings auf traditionelle Verbrechenkategorien beschränkt und umfasst Kartellrechtsverstöße nicht.⁵⁷⁷

2.2. Gemeinsame Ermittlungsgruppen

Die Möglichkeit, gemeinsame Ermittlungsgruppen zu bilden, ist häufiger Bestandteil polizeilicher Kooperationsabkommen.⁵⁷⁸ Diese werden in rasant steigender Zahl in bi- und multilateralen Beziehungen sowie auf regionaler Ebene abgeschlossen.⁵⁷⁹ Vereinzelt werden gemeinsame Ermittlungsgruppen auch in allgemeinen Rechtshilfeabkommen vorgesehen.⁵⁸⁰ Obwohl die rechtlichen Voraussetzungen für die Bildung gemeinsamer Ermittlungsgruppen daher häufig vorliegen, wird davon in der Praxis nur selten Gebrauch gemacht. Außerhalb Europas sind gemeinsame Ermittlungsgruppen lediglich zwischen einigen afrikanischen Staaten sowie zwischen Australien und seinen Nachbarn gängig.⁵⁸¹

2.3. Ermittlungsmaßnahmen auf fremdem Staatsgebiet

Aufgrund der Souveränität jedes Staates sind Ermittlungsmaßnahmen auf fremdem Staatsgebiet grundsätzlich untersagt. Polizeiliche Kooperationsabkommen erlauben häufig jedoch die Fortführung der Verfolgung eines auf frischer Tat betroffenen Täters über die Landesgrenze hinweg (sog. Nacheile) sowie die Fortführung einer Observation, wenn sich die beob-

577 Siehe etwa Art. 4 Abs. 1 Beschluss des Rates vom 6. April 2009 zur Errichtung des Europäischen Polizeiamts (Europol), Abl. EG 2009 Nr. L 121/37.

578 Siehe Art. 19 polizeiliches Kooperationsabkommen Deutschland-Niederlande, Art. 12 polizeiliches Kooperationsabkommen Österreich-Slowakei. Zu weiteren Abkommen siehe *Schomburg/Hackner*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, Vor § 68 IRG, Rn. 36.

579 Siehe zu den Kooperationsabkommen Deutschlands, der Schweiz und Österreichs *Lagodny*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, Anhang 16, S. 3131.

580 Siehe Art. 3 Abs. 1 lit. b) i.V.m. Art. 5 Rechtshilfevertrag EU-USA, Art. 18 Rechtshilfevertrag USA-Kanada sowie Art. 20 Rechtshilfevertrag USA-Israel.

581 *Albanese*, in: *Aromaa/Viljanen*, International Law Enforcement Cooperation, 2005, S. 1, 6. Siehe auch *Joutsen*, in: *Aromaa/Viljanen*, International Key Issues in Crime Prevention, 2006, S. 67, 67 f.

achtete Person in den anderen Vertragsstaat begibt.⁵⁸² Im Rahmen von Rechtshilfeersuchen oder gemeinsamen Ermittlungsmannschaften sehen polizeiliche Kooperationsabkommen und häufig auch allgemeine Rechtshilfeabkommen ein Teilnahmerecht der ausländischen Beamten an den im Inland stattfindenden Ermittlungsmaßnahmen vor und räumen diesen bei Vernehmungen mitunter sogar ein eigenes Fragerecht ein.⁵⁸³

3. Technische Unterstützung der Zusammenarbeit

Die Funktionsfähigkeit der internationalen, strafrechtlichen Kooperations- und Koordinierungsinstrumente wird wesentlich durch zwei technische Einrichtungen von Interpol unterstützt. Das Interpol Kommunikationssystem I-24/7 erlaubt eine ständige und sichere Kommunikation zwischen den Nationalen Zentralbüros der Interpol-Mitgliedsstaaten und wird häufig benutzt, um dringliche Rechtshilfeersuchen rasch an den zu ersuchenden Staat zu senden.⁵⁸⁴ Darüber hinaus hält Interpol Datenbanken über gesuchte Tatverdächtige und sonstige Personen, die im Zusammenhang mit einer Straftat gesucht werden sowie Datenbanken zu weiteren Informationskategorien bereit.⁵⁸⁵ Diese Datenbanken werden ständig von den Nationalen Zentralbüros mit neuen Informationen gefüllt und auf dem aktuel-

582 Siehe Art. 8 und 9 *Interpol*, Model Police Cooperation Agreement, <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/Cooperation-agreements> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

583 So Art. 9 Rechtshilfeabkommen USA-Frankreich, Art. 8 Abs. 4 Rechtshilfeabkommen USA-Israel sowie Art. 9 Rechtshilfeabkommen USA-Südafrika. Ein Teilnahmerecht wird beispielsweise gewährt in Art. 8 Abs. 3 Rechtshilfeabkommen USA-Korea, Art. 8 Abs. 3 Rechtshilfeabkommen USA-Spanien, Art. 12 Rechtshilfeabkommen USA-Schweiz und Art. 8 Abs. 4 Rechtshilfeabkommen USA-Vereinigtes Königreich. Siehe ferner Art. 16 OAS *Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters* sowie Art. 13 *Interpol*, Model Police Cooperation Agreement, <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/Cooperation-agreements> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

584 Siehe *Jacoby*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 3, 2014, II V 10, S. 13. Siehe auch *Interpol*, Prioritäten, 2012, <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Priorities> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

585 *Interpol*, Databases, 2012, <http://www.interpol.int/INTERPOL-expertise/Databases> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014) sowie *Interpol*, Annual Report 2010, 2010, <http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.interpol.int%2Fen%2FNews-and-media%2FPublications%2FAnnual-reports%2F2010%2F&ei=6P6BVMTXBsu>

len Stand gehalten.⁵⁸⁶ Eine Abfrage der Datenbanken ist sowohl über die Nationalen Zentralbüros als auch über Datenbankabfragegeräte möglich, die bereits in Flughäfen und Grenzposten zahlreicher Interpol-Mitgliedsstaaten installiert wurden.⁵⁸⁷

Für die hiesige Untersuchung sind diese Infrastrukturen deshalb relevant, weil die US-Kartellbehörden verdächtige Kartellsünder systematisch in der Interpol-Datenbank für gesuchte Personen eintragen lässt.⁵⁸⁸ Eine unbemerkte Einreise dieser Personen in einen der 190 Interpol-Mitgliedsstaaten wird aufgrund der automatischen Datenbankabfrage erheblich erschwert.

D. Kartellbehördlicher Kooperations- und Koordinierungsverbund innerhalb Europas

Im Folgenden soll nun das kartellrechtliche Durchsetzungssystem innerhalb der Europäischen Union behandelt werden. Nach der Vorstellung der grundlegenden Norm des Art. 3 Verordnung 1/2003 wird das Europäische Wettbewerbsnetz (*European Competition Network* – ECN) in den Mittelpunkt der Darstellung gerückt. Das ECN wird sodann auf seine Relevanz für die Durchsetzung von Kartellstraft- und -ordnungswidrigkeitentatbeständen hin untersucht. Von der Darstellung ausgenommen bleibt hingegen das Netz der europäischen Wettbewerbsbehörden (*Network of Euro-*

rPLLucAF&usg=AFQjCNGFa_sYss2HHdhQnhaENLmRBEZ-nA&bvm=bv. 80642063,d.ZWU (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 17 ff.

586 *Interpol*, Annual Report 2010, 2010, http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.interpol.int%2Fen%2FNews-and-media%2FPublications%2FAnnual-reports%2F2010%2F&ei=6P6BVMTXBsurPLLucAF&usg=AFQjCNGFa_sYss2HHdhQnhaENLmRBEZ-nA&bvm=bv. 80642063,d.ZWU (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 15.

587 *Interpol*, Annual Report 2010, 2010, http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.interpol.int%2Fen%2FNews-and-media%2FPublications%2FAnnual-reports%2F2010%2F&ei=6P6BVMTXBsurPLLucAF&usg=AFQjCNGFa_sYss2HHdhQnhaENLmRBEZ-nA&bvm=bv. 80642063,d.ZWU (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 17.

588 *Hammond*, Recent Developments, Trends, and Milestones in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, 2008, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/232716.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

pean Competition Authorities – ECA), das neben den ECN-Mitgliedsbehörden auch die Wettbewerbsbehörden der EFTA-Staaten Norwegen, Lichtenstein und Island sowie die EFTA-Überwachungsbehörde einbezieht.⁵⁸⁹ Dieses Bündnis dient vornehmlich als Diskussionsforum und bleibt in seinem Kooperationsgrad weit hinter dem ECN zurück.⁵⁹⁰

I. Das Kohärenzinstrument des Art. 3 Verordnung 1/2003

Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1/2003 verpflichtet die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte der Mitgliedsstaaten bei jeder Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts auf Fälle oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle zugleich auch die unionalen Regeln in Art. 101 und Art. 102 AEUV anzuwenden. Die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden sind damit grundsätzlich ebenso für die Durchsetzung der unionalen Wettbewerbsregeln zuständig wie die Kommission.

Die Anwendungspflicht aus Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1/2003 wird ergänzt durch Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Verordnung 1/2003, der bestimmt, dass die Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts „nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen [darf], welche den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 des Vertrags nicht einschränken oder die Bedingungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags erfasst sind.“ Das nationale Wettbewerbsrecht darf nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Verordnung 1/2003 also

589 Siehe hierzu *ICN Cartels Working Group*, Co-operation between competition agencies in cartel investigations, 2007, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 20; *Burnside/Crossley*, 30 E.L.Rev. 234, 235 (2005) sowie *Bourgeois*, in: *Monti/Lichtenstein/Vesterdorf/Westbrook/Wildhaber*, Economic Law and Justice in Times of Globalisation, 2007, S. 313, 317 f. Zur Durchsetzung des Kartellrechts im EFTA-Raum siehe *Bailey*, in: *Allan/Furse/Sufrin*, Butterworths Competition Law, Band 1, 2012, EU & UK Competition Law Principles, Rn. 97 ff.

590 *Burnside/Crossley*, 30 E.L.Rev. 234, 235 f. (2005); *ICN Cartels Working Group*, Co-operation between competition agencies in cartel investigations, 2007, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 20.

koordinierte Verhaltensweisen oberhalb der Zwischenstaatlichkeitschwelle nicht strenger beurteilen, als es die unionalen Regeln tun. Dass das nationale Wettbewerbsrecht auch nicht freigiebiger als sein unionsrechtliches Pendant sein darf, und daher also eine unternehmerische Handlung nicht erlauben darf, wenn sie unionsrechtlich verboten ist, ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Anwendungsvorrang des Unionsrechts.⁵⁹¹

Um festzustellen, ob und in welchem Umfang dem nationalen (Straf-)Gesetzgeber angesichts des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Verordnung 1/2003 noch ein Abweichungsspielraum verbleibt, muss die dort begründete Kohärenzbindung nun eingehender betrachtet werden.

Aus dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 geht eindeutig hervor, dass die nationalen Wettbewerbsregeln nicht zum Verbot von Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen führen dürfen, die keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen oder die aufgrund der Legalausnahme in Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sind. Selbiges gilt nach ganz überwiegender Meinung auch dann, wenn die fragliche Verhaltensweise zwar eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt, aber infolge ihrer marginalen Bedeutung das Erfordernis der hinreichenden Spürbarkeit nicht erfüllt.⁵⁹² Ebenfalls von der Kohärenzpflicht und der dieser zukommenden Sperrwirkung umfasst sind unternehmerische Verhaltensweisen, die aufgrund einer Restriktion des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung nicht den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen.⁵⁹³ Solche Restriktionen des Begriff der Wettbewerbsbeschränkung sind u.a. anerkannt bei vertraglichen Nebenabreden, die zum Erreichen eines wettbewerbsneutralen Hauptzwecks unerlässlich sind, bei Kooperationen zwischen Wettbewerbern, die nötig sind, um eine Leistung überhaupt erst anbieten

591 Siehe *Böge/Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 75 sowie *Sura*, in: *Langen/Bunte*, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 16.

592 *Böge/Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 74 und 79 ff.; *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 23; *ders.*, in: *Fuchs/Schwintowski/Zimmer*, FS Immenga, 2004, S. 303, 307 sowie *Deringer*, EuR 2001, 306, 308.

593 *Böge/Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 74 und 80; *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 22.

zu können oder bei selektiven Vertriebssystemen, die allein auf qualitativen Kriterien beruhen.⁵⁹⁴

Ob die Sperrwirkung des Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auch von den Begriffen „Vereinbarung“ und „abgestimmte Verhaltensweise“ ausgeht, ob durch nationales Wettbewerbsrecht also Verhaltensweisen untersagt werden dürfen, die schon keine Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Unionsrechts darstellen, ist hingegen unklar. Mit Blick auf den Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 ist richtigerweise davon auszugehen, dass der Regelungsgehalt dieser Norm auf Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen beschränkt ist.⁵⁹⁵ Den Mitgliedsstaaten bleibt es folglich unbenommen, mittels ihres nationalen Wettbewerbsrechts Sachverhalte zu untersagen, die noch keine Vereinbarungen oder noch keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen.

Die Bindung des Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 greift ferner auch dann nicht ein, wenn die betreffende Verhaltensweise die Zwischenstaatlichkeitsschwelle nicht überschreitet.⁵⁹⁶ Nationales Wettbewerbsrecht darf solche Verhaltensweisen also pönalisieren, selbst wenn diese, lägen sie oberhalb der Zwischenstaatlichkeit nicht den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen würden oder nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt wären.

Für die vorliegende Untersuchung bedeutsam ist, dass sich die Sperrwirkung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Verordnung 1/2003 auf Unternehmen und Unternehmensvereinigungen beschränkt und Einheiten, die keine Unternehmen im Sinne des unionalen Kartellrechts sind strenger behandelt werden dürfen.⁵⁹⁷ Handeln natürliche Personen im Rahmen ihres unternehmensinternen Aufgabenbereiches, sind ihre Handlungen den Unterneh-

594 Siehe ausführlich *Säcker/Molle*, in: *MüKo Kartellrecht*, Band 1, 2007, Art. 81 EG, Rn. 513 ff.

595 So *Böge/Bardong*, in: *MüKo Kartellrecht*, Band 1, 2007, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 77; *Eilmansberger*, ZWeR 2004, 285, 302 und *Rehbinder*, in: *Fuchs/Schwintowski/Zimmer*, FS Immenga, 2004, S. 303, 310.

596 *Böge/Bardong*, in: *MüKo Kartellrecht*, Band 1, 2007, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 76.

597 Siehe *Böge/Bardong*, in: *MüKo Kartellrecht*, Band 1, 2007, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 78; *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 24 und *ders.*, in: *Fuchs/Schwintowski/Zimmer*, FS Immenga, 2004, S. 303, 310.

men zurechenbar.⁵⁹⁸ Es liegt dann also eine Handlung eines Unternehmens vor, an die das nationale Wettbewerbsrecht, soweit die unionalen Wettbewerbsregeln nicht verletzt sind, keinerlei Sanktionen – auch nicht gegen die beteiligten natürlichen Personen – knüpfen darf.⁵⁹⁹ Die Sperrwirkung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Verordnung 1/2003 wirkt somit auch zugunsten von natürlichen Personen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ein nationaler Abweichungsspielraum lediglich bei Verhaltensweisen besteht, die (noch) keine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise im Sinne der Unionskartellregeln darstellen sowie bei Verhaltensweisen, die unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle bleiben. Hervorzuheben ist, dass diese Kohärenzbindung nur für nationales Wettbewerbsrecht gilt. Eine strengere Behandlung von natürlichen Personen durch nicht-wettbewerbsrechtliche nationale Regeln wird durch Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 nicht untersagt.⁶⁰⁰

II. Das Kooperations- und Koordinierungsinstrumentarium des ECN

Seit Inkrafttreten der Verordnung 1/2003 sind die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten sowie die Europäische Kommission im *European Competition Network* (ECN) zusammengeschlossen. Dieser Netzwerk-Begriff beschreibt ein breites Bündel von zwischen den Netzmitgliedern bestehenden Konsultations- und Kooperationsmechanismen. Die für die vorliegende Untersuchung bedeutsamen Instrumente werden im Folgenden dargestellt.

598 Siehe Dannecker, in: Schick/Hilf, Kartellstrafrecht, 2007, S. 31, 40 sowie Roth/Ackermann, in: FK Kartellrecht, Band 2, 2014, Art. 81 Abs. 1, Rn. 212. Siehe auch Jalowietzki, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, § 82 GWB, Rn. 2.

599 So Böge/Bardong, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 18; Reh binder, in: Immenga/Mestmäcker, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 25; Wils, Principles of European Antitrust Enforcement, 2005, S. 43. Siehe auch (damals noch offenlassend), Joshua, 23 E.C.L.R. 231, 234 f. (2002).

600 Zu der Frage, wann mitgliedstaatliches Strafrecht „nationales Wettbewerbsrecht“ im Sinne der Verordnung 1/2003 ist siehe ausführlich unten § 3 D. IV. 1., 1.1. und 1.2.

1. Die gegenseitige Unterrichtung nach Art. 11 Verordnung 1/2003

Gemäß Art. 11 Abs. 3 Verordnung 1/2003 unterrichten die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden vor Beginn oder unverzüglich nach Einleitung der ersten förmlichen Ermittlungshandlung eines Verfahrens zur Durchsetzung der Unionswettbewerbsregeln die Kommission und fakultativ die übrigen mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden über die wesentlichen Einzelheiten des verfolgten Falles, wie etwa den betroffenen sachlichen und geographischen Markt sowie die involvierten Unternehmen.⁶⁰¹ Auch die Kommission hat sich zu einer entsprechenden Unterrichtung der übrigen Netzmitglieder verpflichtet.⁶⁰²

Zur praktischen Erleichterung dieses Informationsflusses wurde ein elektronisches Datenübermittlungssystem (sog. Intranet) eingerichtet, auf das alle Netzmitglieder Zugriff haben und Informationen dort einspielen und abrufen können. Über dieses Intranet halten sich die Mitglieder auch über aktuelle Entwicklungen bei der Bearbeitung der verfolgten Fälle auf dem Laufenden.⁶⁰³

Auch Informationen, die aus einem Antrag auf Kronzeugenbehandlung stammen, sind im Rahmen von Art. 11 Abs. 3 Verordnung 1/2003 zu berichten.⁶⁰⁴ Allerdings dürfen diese Informationen dann von den übrigen Netzmitgliedern nicht verwendet oder zum Anlass eigener Ermittlungen genommen werden.⁶⁰⁵ Diese gegenseitigen Unterrichtungspflichten zu Beginn und während des Verfahrens werden ergänzt durch Art. 11 Abs. 4 Verordnung 1/2003 und die Netzwerkbekanntmachung⁶⁰⁶, zu deren Beachtung sich alle Netzmitglieder verpflichtet haben.⁶⁰⁷ Diese zwingen die

601 Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 17.

602 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 17.

603 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 17.

604 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 39; *Blake/Schnichels*, EuZW 2004, 551, 552.

605 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 39.

606 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 49.

607 Siehe *Europäische Kommission*, National Authorities which have signed the Statement regarding the Commission Notice on Co-operation within the Network

mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden dazu, spätestens 30 Tage vor Erlass einer Entscheidung, mit der die Abstellung einer Zuwiderhandlung angeordnet oder das Verfahren eingestellt wird, die Kommission und fakultativ die übrigen Netzmitglieder über die in Aussicht genommene Entscheidung zu informieren. Auch die Kommission ist verpflichtet, vor Erlass einer verfahrensabschließenden Entscheidung die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden, vermittelt durch den Beratenden Ausschuss, der sich aus Vertretern der Wettbewerbsbehörden zusammensetzt, zu unterrichten und anzuhören.⁶⁰⁸

Diese Unterrichtungspflichten bewirken somit, dass die Netzwerkmitglieder sehr gut über die Arbeitsinhalte der übrigen Mitglieder informiert sind.⁶⁰⁹ Durch die frühzeitig zum Tragen kommende Unterrichtung wird verhindert, dass es unbemerkt zu parallelen Verfahren kommt und so das Eingreifen des Fallverteilungsmechanismus sichergestellt.⁶¹⁰ Die später, kurz vor Verfahrensabschluss eingreifenden Unterrichtungspflichten ermöglichen es, die Entscheidungsentwürfe im Sinne einer *Peer-Review* durch die übrigen Netzmitglieder auf Vereinbarkeit mit der bisherigen Anwendungspraxis hin zu überprüfen und so die Kohärenz der Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln trotz Dezentralisierung zu wahren.⁶¹¹

2. Die Beweiserhebung auf Gesuch eines anderen Netzmitglieds nach Art. 22 Verordnung 1/2003

Die Amtshilfe unter den Netzmitgliedern ist in Art. 22 Verordnung 1/2003 geregelt, dessen Absatz 1 Satz 1 wie folgt lautet:

„Die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedsstaats darf im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedsstaats nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts im Namen und für Rechnung der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedsstaats alle Nachprüfungen und sonstigen Maßnahmen zur Sachverhaltsauf-

of Competition Authorities, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/network.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

608 Art. 14 Abs. 1 Verordnung 1/2003.

609 Siehe auch *Kekelekis*, EIPASCOPE 2009, 35, 37.

610 *Cengiz*, The European Competition Network, 2009, S. 11. Zum Fallverteilungsmechanismus siehe unten § 3 D. II. 6.

611 *Dalheimer*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 11 Verordnung 1/2003, Rn. 12.

klärung durchführen, um festzustellen, ob eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 oder 82 des Vertrages vorliegt.“

Absatz 2 dieser Vorschrift sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten auf Ersuchen der Kommission die Nachprüfungen vornehmen, die die Kommission für erforderlich hält oder die sie durch Entscheidung angeordnet hat. Während Art. 22 Abs. 1 also die Beauftragung durch eine andere mitgliedsstaatliche Wettbewerbsbehörde betrifft, regelt Absatz 2 die Beauftragung durch die Kommission.

Art. 22 schafft ein Instrument, mit dem verfahrensführende Wettbewerbsbehörden andere Netzmitglieder um die Erhebung von bestimmten Informationen bitten können, die sie für das gegenwärtig geführte Verfahren benötigen. Ausweislich des Normtexts führt die ersuchte Behörde die gewünschten Ermittlungsmaßnahmen „nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts“ aus. Einem Ersuchen, das auf eine Ermittlungsmaßnahme abzielt, die nach dem Recht der ersuchten Behörde nicht zulässig ist, muss also nicht entsprochen werden.

Art. 22 bezieht alle „Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung“ ein. Ebenfalls umfasst sind Ermittlungsmaßnahmen, zu deren Anordnung die ersuchte Wettbewerbsbehörde die Zustimmung einer dritten Stelle, etwa eines Richters, bedarf. Nicht über Art. 22 erreichbar sind allerdings die Zustellung von Schriftstücken oder die Vollstreckung ausländischer Bußgeldbescheide, da diese nicht zur Sachverhaltsaufklärung erfolgen.⁶¹²

Keine Voraussetzung der Amtshilfe ist es, dass auch das nationale materielle Recht der ersuchten Behörde verletzt sein muss. Soweit nationale Eingriffsbefugnisse kraft nationalen Rechts nur zur Aufdeckung von Verstößen gegen das eigene materielle Recht eingesetzt werden dürfen, wird diese Beschränkung durch die Ermächtigung in Art. 22 Verordnung 1/2003 verdrängt.⁶¹³ Wie die internationale Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden unter dem System des Art. 22 und der Verordnung 1/2003 insgesamt nun aber genau gefasst ist, ist unklar. Manche halten die Zuständigkeit der mitgliedsstaatlichen Netzmitglieder kraft der Verordnung 1/2003 nun bei allen Verletzungen von Unionskartellrecht für eröff-

612 *Bischke*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 22 Verordnung 1/2003, Rn. 3.

613 Siehe genau hierzu Oberster Gerichtshof (Österreich), Beschluss vom 15.7.2009, Rs. 16 Ok 7/09, Rn. 5.3 - *Feuerwehrfahrzeuge*. Siehe auch *de Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2012, Art. 22 Verordnung 1/2003, Rn. 2.

net.⁶¹⁴ Die Netzmitglieder könnten also mittels der unionalen Wettbewerbsregeln auch Sachverhalte aufgreifen, die mangels Auswirkungen auf den heimischen Markt ihr eigenes nationales Wettbewerbsrecht nicht verletzen. Andere Stimmen gehen davon aus, dass die Zuständigkeit grundsätzlich weiterhin nur dann besteht, wenn das eigene nationale Wettbewerbsrecht verletzt ist oder wenn ein Ersuchen nach Art. 22 gestellt wurde.⁶¹⁵ Für die vorliegende Untersuchung ist festzuhalten, dass die Amtshilfe nach Art. 22 Verordnung 1/2003 jedenfalls auch dann geleistet werden kann, wenn das Wettbewerbsrecht des ersuchten Staates nicht verletzt ist. Die Schwäche des Gleichlaufs von anwendbarem Sachrecht und internationaler Zuständigkeit wird innerhalb des ECN damit überwunden.

3. Der Austausch und die Verwertung bereits erhobener Informationen zwischen den Netzmitgliedern nach Art. 12 Verordnung 1/2003

Art. 12 Absatz 1 lautet wie folgt:

„Für die Zwecke der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags sind die Kommission und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten befugt, einander tatsächliche oder rechtliche Umstände einschließlich vertraulicher Angaben mitzuteilen und diese Informationen als Beweismittel zu verwenden.“

Ausweislich des Wortlauts ermöglicht Art. 12 Abs. 1 also sowohl den Informationsaustausch zwischen mitgliedsstaatlicher Wettbewerbsbehörde und der Kommission als auch zwischen den mitgliedsstaatlichen Wettbe-

614 So Böse, EWS 2007, 202, 207; Schild/*Terhechte*, in: *Terhechte*, Internationales Kartell- und Fusionskontrollrecht, 2008, S. 245, 266; Schwarze/*Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 2004, S. 180; Wils, Principles of European Antitrust Enforcement, 2005, S. 43. Siehe auch Burrichter/*Hennig*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 22 Verordnung 1/2003, Rn. 5; Forrester, in: *Ehlermann/Atanasiu*, European Competition Law Annual 2002, 2003, S. 341, 351; Miersch, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 22 Verordnung 1/2003, Rn. 3; *Office of Fair Trading*, OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty, 2012, http://www.of.gov.uk/shared_of/business_1eaflets/ca98_guidelines/of423.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Rn. 2.6; Paulis/*Gauer*, Concurrences 2005, 32, 34; Weiß, EuZW 2006, 263, 266 sowie Wils, Principles of European Antitrust Enforcement, 2005, S. 35 ff.

615 So Bechtold, Kartellgesetz, 2013, § 81 GWB, Rn. 9; Dalheimer, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 5 Verordnung 1/2003, Rn. 26.

werbsbehörden untereinander.⁶¹⁶ Der Wortlaut („befugt“) der Norm verdeutlicht auch, dass die Netzmitglieder unmittelbar ermächtigt werden, die Informationen auszutauschen. Der durch Art. 12 Abs. 1 erreichte Meilenstein in der Entwicklung hin zu einer effektiven transnationalen Kooperation liegt darin, dass diese Befugnis nun explizit auch vertrauliche Informationen miteinschließt. Im Einklang mit dem insofern eindeutigen Normtext und dem noch deutlicheren Beleg in Erwägungsgrund 16 der Verordnung ist zu konstatieren, dass alle Vorschriften der mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen, die die Weitergabe insbesondere vertraulicher Informationen untersagen, durch Art. 12 Absatz 1 verdrängt werden.⁶¹⁷ Damit überschreitet das ECN eine bisher als unüberwindbar scheinende Hürde und ebnet den Weg zu einer effektiven transnationalen Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Kartellrechts in Europa.

Da der Schutz von vertraulichen Informationen jedoch einem grundrechtlich geschützten Interesse der betroffenen Unternehmen und Individuen entspricht, wurde in Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 ein unionales Weitergabeverbot statuiert. Dieser Norm zufolge sind alle Beamten der Kommission oder der Mitgliedsstaaten verpflichtet, keine Informationen, die unter das Berufsgeheimnis fallen, an Dritte preiszugeben. Der Begriff des Berufsgeheimnisses umfasst alle Informationen, die im Rahmen der amtlichen Tätigkeit erlangt wurden und schließt damit alle vertraulichen Informationen mit ein.⁶¹⁸

Ein weiteres wichtiges Charakteristikum des Informationsaustauschs nach Art. 12 Verordnung 1/2003 ist, dass die von einer anderen Wettbewerbsbehörde übermittelten Informationen ausweislich des Normwortlauts durch die empfangende Behörde verwertet werden können. Nach der Intention des Verordnungsgebers besteht diese Verwertbarkeit selbst dann,

616 Siehe auch *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, 2006, S. 154.

617 Siehe auch *Burnside/Crossley*, 30 E. L. Rev. 234, 238 f. (2005); *Dekeyser/De Smijter*, 32 Legal Issues of Economic Integration 161, 163 f. und 168 (2005); *Maher*, in: *Ehlermann/Atanasiu*, European Competition Law Annual 2002, 2003, S. 233, 235; *van der Woude*, in: *Ehlermann/Atanasiu*, European Competition Law Annual 2002, 2003, S. 283, 291 sowie 369, 381.

618 Siehe *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, 2006, S. 159 m.w.N.; *Miersch*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 12 sowie *Ritter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 19. Ausführlich zu diesem Preisgabeverbot siehe unten § 3 D. IV. 3.

wenn die fragliche Information nach dem Recht des ersuchenden Staates so nicht hätte erhoben werden können.⁶¹⁹ Informationen, die aus Anträgen auf Kronzeugenbehandlung stammen, werden durch die Netzwerkbekanntmachung, zu deren Einhaltung sich alle Netzmitglieder verpflichtet haben,⁶²⁰ einem Sonderregime unterworfen. Wird ein Netzmitglied, bei der ein Kronzeugenantrag eingegangen ist, gemäß Art. 12 Abs. 1 um die Übergabe von darin enthaltenen Informationen ersucht, darf es diese Informationen und solche, die durch Folgeermittlungen erlangt wurden, nur dann herausgeben, wenn der Kronzeugenantragsteller der Übermittlung zustimmt, wenn er bei dem ersuchenden Staat ebenfalls einen Kronzeugenantrag gestellt hat oder wenn die empfangende Behörde eine schriftliche Zusage abgegeben hat, den Antragsteller nicht zu verfolgen.⁶²¹ Diese Vorkehrungen bewirken also zumindest auf dem Papier einen lückenlosen

619 Siehe *Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 39 ff.; *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 318; *Burnside/Crossley*, 30 E. L. Rev. 234, 241 (2005); *Dalheimer*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 5 f.; *Lubig*, Beweisverwertungsverbote, 2008, S. 173 ff. sowie *Ost*, in: *Schwarze*, Rechtsschutz und Wettbewerb, 2010, S. 33, 39 f. Abweichend *Barthelmeß/Rudolf*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 22 Verordnung 1/2003, Rn. 7 f.; *Weiß*, EuZW 2006, 263, 267. Zur Frage einer dann akut werdenden primärrechtlichen Schranke siehe *Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 31; *Barr*, in: *Ehlermann/Atanasiu*, European Competition Law Annual 2002, 2003, S. 283, 294 f.; *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 318; *Burnside/Crossley*, 30 E. L. Rev. 234, 241 (2005); *Dekeyser/De Smijter*, 32 Legal Issues of Economic Integration 161, 163 f. (2005); *Gauer*, in: *Ehlermann/Atanasiu*, European Competition Law Annual 2002, 2003, S. 283, 306 f.; *Hossenfelder*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 13; *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, 2006, S. 163 f.; *Ost*, in: *Schwarze*, Rechtsschutz und Wettbewerb, 2010, S. 33, 39 f.; *Wils*, in: *Cahill*, The Modernisation of EU Competition Law Enforcement, 2004, S. 661, 732; *ders.*, in: *Ehlermann/Atanasiu*, European Competition Law Annual 2002, 2003, S. 433, 454 ff.

620 *Europäische Kommission*, National Authorities which have signed the Statement regarding the Commission Notice on Co-operation within the Network of Competition Authorities, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/network.html> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

621 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 40 und 41. Siehe auch *Blake/Schnichels*, EuZW 2004, 551, 553 sowie *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, 2006, S. 174.

Schutz des Kronzeugen vor Nachteilen im Zuge der Informationsweitergabe.

4. Schranken der Verwertbarkeit der ausgetauschten Informationen

Die Verwertbarkeit der nach Art. 12 Absatz 1 Verordnung 1/2003 ausgetauschten Informationen wird in den Absätzen 2 und 3 Schranken unterworfen.

4.1. Die Verwendungsbeschränkung des Art. 12 Abs. 2 Verordnung 1/2003

Artikel 12 Absatz 2 Satz 1 Verordnung 1/2003 lautet wie folgt:

„Die ausgetauschten Informationen werden nur zum Zweck der Anwendung von Artikel 81 oder 82 des Vertrags sowie in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand als Beweismittel verwendet, für den sie von der übermittelnden Behörde erhoben wurden.“

In Absatz 2 Satz 1 Halbsatz 1 wird die Verwendungsmöglichkeit der übertragenen Informationen damit auf die Zwecke der Anwendung der Unions-Wettbewerbsregeln beschränkt. Eine Verwendung dieser Informationen zur Durchsetzung nationaler Rechtsvorschriften, die möglicherweise ganz anderen Zielsetzungen folgen, ist damit ausgeschlossen. Die Verwendung zum Zwecke der Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts ist jedoch nach Absatz 2 Satz 2 unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Nach Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 dürfen die ausgetauschten Informationen nur „in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand als Beweismittel verwendet (werden), für den sie von der übermittelnden Behörde erhoben wurden“.⁶²² Eine Verwendung von Informationen, die bei einem Netzmitglied bereits vorhanden, jedoch im Rahmen eines früheren Verfahrens mit einem anderen Untersuchungsgegenstand gesammelt wurden, ist damit versperrt. Somit generiert das Instrument des Art. 12 lediglich dann verwertbare Informationen, wenn ein anderes Netzmitglied den-

⁶²² Ausführlich hierzu *Lubig*, Beweisverwertungsverbote, 2008, S. 162 ff.

selben Untersuchungsgegenstand bereits früher bearbeitet hat oder gegenwärtig bearbeitet.⁶²³

4.2. Die Verwendungsbeschränkung des Art. 12 Abs. 3 Verordnung 1/2003

Die durch die Verordnung vorgegebene Verwertbarkeit der über Art. 12 ausgetauschten Informationen beruht auf der Prämisse, dass die Beweiserhebungsregeln in den Mitgliedsstaaten hinsichtlich des Umfangs der Schutzrechte der betroffenen Unternehmen hinreichend miteinander vergleichbar sind und damit eine Umgehung von Verteidigungsrechten durch die Verwertung im Ausland gewonnener Beweise nur in geringem Umfang möglich ist.⁶²⁴ Demgegenüber geht die Verordnung davon aus, dass die Schutzrechte von Individuen angesichts der empfindlicheren Sanktion (Freiheitsentzug) diejenigen der Unternehmen übersteigen.⁶²⁵ Auch die für Individualpersonen verfügbaren Kartellsanktionen unterscheiden sich in ihrer Intensität von Mitgliedsstaat zu Mitgliedsstaat, was ebenfalls auf die Höhe der gewährten Schutzrechte rückwirkt. Eine pauschal angeordnete Verwertbarkeit aller Informationen, die im Ausland in Verfahren gegen Individuen gesammelt wurden, würde daher ebenfalls eine Umgehung von Schutzrechten zulassen.

Um diese Umgehungsgefahren zu bannen, unterwirft Art. 12 Absatz 3 Verordnung 1/2003 die Verwertbarkeit von Informationen in Verfahren gegen natürliche Personen zusätzlichen Beschränkungen.⁶²⁶ Ausgetauschte Informationen sind nur dann verwertbar, wenn das Recht der übermittelnden Behörde ähnlich geartete Sanktionen für natürliche Personen bei Verstößen gegen die EU-Wettbewerbsregeln vorsieht (Absatz 3 1. Spiegelstrich), oder, falls dies nicht der Fall ist, wenn die Informationen in einer Weise erhoben worden sind, die hinsichtlich der Verteidigungsrechte

623 Genauer zu Art. 12 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 Verordnung 1/2003 siehe *Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 72; *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 238; *Pfeiffer*, in: MüKo Kartellrecht, Band 2, 2008, § 50a GWB, Rn. 12 sowie *Wils*, Principles of European Antitrust Enforcement, 2005, S. 81 f.

624 Siehe Erwägungsgrund 16 Verordnung 1/2003.

625 Stellvertretend für viele *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 239 m.w.N.

626 Siehe auch *Wils*, Efficiency and Justice, 2008, S. 193 f.

das gleiche Schutzniveau wahr, wie es im ersuchenden Staat gewährleistet ist (Absatz 3 2. Spiegelstrich).⁶²⁷

Absatz 3 1. Spiegelstrich erlaubt eine Verwertung also dann, wenn im Erhebungsland für natürliche Personen dieselbe Sanktionsart verfügbar ist, wie im Verwendungsland. Der Begriff der Sanktionsart wird weit gefasst und unterscheidet lediglich zwischen monetären Sanktionen, Freiheitsentzug und Berufsverbot als jeweils unterschiedlichen Sanktionsarten.⁶²⁸ Die verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Rechtsnatur der Sanktion ist demgegenüber für die Bestimmung der Sanktionsart unbeachtlich.⁶²⁹ Absatz 3 1. Spiegelstrich beruht auf der Prämisse, dass innerhalb einer Sanktionsart die Schutzrechte in den mitgliedsstaatlichen Kartellstrafregimen gleichwertig sind und daher eine Umgehung von Schutzrechten infolge der Verwertbarkeit von im Ausland erhobenen Beweisen nicht zu besorgen ist.

Dem Wortlaut nach erlaubt Art. 12 Abs. 3 1. Spiegelstrich die Verwertung einer Information in einem gegen eine natürliche Person gerichteten Verfahren bereits dann, wenn das Recht der übermittelnden Behörde ähnlich geartete Sanktionen „vorsieht“. ⁶³⁰ Um Umgehungen von Schutzrechten zu vermeiden, ist Art. 12 Abs. 3 1. Spiegelstrich jedoch teleologisch dahingehend auszulegen, dass eine Informationsverwertung durch die ersuchende Behörde nur zulässig ist, wenn die Information von der ersuchten Behörde tatsächlich auch mit den dort für Verfahren gegen natürliche Personen geltenden Verfahrensmitteln erhoben wurde.⁶³¹

Sind die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 3 1. Spiegelstrich nicht erfüllt, ist nach Spiegelstrich 2 eine Verwertbarkeit nur dann möglich, wenn

627 Siehe auch *Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 89 sowie *Hossenfelder*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 12, Rn. 12.

628 Ausführlich *Lubig*, Beweisverwertungsverbote, 2008, S. 168 f. Siehe auch *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 241 f. und *Dalheimer*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 21.

629 *Dalheimer*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 21; *Dekeyser/De Smijter*, 32 Legal Issues of Economic Integration 161, 172 f. (2005); *Lubig*, Beweisverwertungsverbote, 2008, S. 168 f.;

630 Art. 12 Abs. 3, 1. Spiegelstrich Verordnung 1/2003.

631 So auch *Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 89; *Dalheimer*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 21 sowie *Hossenfelder*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 12 Rn. 12.

im Einzelfall die Erhebung auch dem im Verwertungsstaat gewährtem Schutzniveau entspricht.⁶³² In diesem Fall dürfen die Informationen jedoch nicht dazu verwendet werden, um Freiheitsstrafen zu verhängen.⁶³³

5. Die praktische Verfahrensweise bei der Anwendung der Art. 12 und 22 Verordnung 1/2003

Gesuche, die sich auf die Übermittlung von bereits erhobenen Informationen nach Art. 12 Abs. 1 oder auf die Durchführung von Ermittlungshandlungen nach Art. 22 Verordnung 1/2003 richten, werden typischerweise per verschlüsselter E-Mail oder Fax unmittelbar zwischen den betroffenen Behörden übermittelt. Die ersuchte Behörde prüft nach Erhalt des Ersuchens dann die Plausibilität der Verletzung der Art. 101 oder 102 AEUV sowie die Verhältnismäßigkeit der gewünschten Eingriffsmaßnahme.⁶³⁴ Amtshilfeersuchen der Kommission sind nach Art. 22 Abs. 2 von den ersuchten Netzmitgliedern zwingend auszuführen.⁶³⁵ Im Falle von Amtshilfeersuchen von einer nationalen Wettbewerbsbehörde sowie im Falle von Auskunftersuchen nach Art. 12 Abs. 1 besteht hingegen keine Verpflichtung, den Gesuchen zu entsprechen.⁶³⁶ Teilweise wird zwar argumentiert, eine solche Pflicht ergebe sich aus der Pflicht zu unionsfreundlichem Verhalten aus Art. 4 Abs. 3 EUV.⁶³⁷ Gegen diese Pflicht spricht jedoch die klare Begriffswahl in Art. 12 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 Verordnung

632 Genauer hierzu *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 243 ff. sowie *Dalheimer*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 22.

633 Art. 12 Abs. 3, 2. Spiegelstrich Satz 2 Verordnung 1/2003.

634 Siehe etwa Oberster Gerichtshof (Österreich), Beschluss vom 15.7.2009, Rs. 16 Ok 7/09, Rn. 5.4 – *Feuerwehrfahrzeuge*.

635 Siehe *Burrichter/Hennig*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 22 Verordnung 1/2003, Rn. 38 sowie *Miersch*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 22 Verordnung 1/2003, Rn. 9.

636 *Burrichter/Hennig*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 22 Verordnung 1/2003, Rn. 17; *Hossenfelder*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 9 sowie *Miersch*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 22 Verordnung 1/2003, Rn. 3.

637 So *Dekeyser/De Smijter*, 32 Legal Issues of Economic Integration 161, 164 f. (2005). Siehe ferner *Dekeyser/Siragusa/Rosenthal/Golden*, 10 Sedona Conf. J. 43, 46 (2009) sowie *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, 2006, S. 144.

1/2003 („sind...befugt“, „darf“) sowie der ansonsten übergangene Wortlautunterschied zwischen Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 Verordnung 1/2003. Das Wortlautargument erhält dadurch zusätzliches Gewicht, dass Art. 22 Abs. 1 im Verordnungsvorschlag der Kommission noch im Sinne einer obligatorischen Informationsübermittlung gefasst war und vor Erlass der Verordnung jedoch hin zu der gegenwärtigen Formulierung verändert wurde. Offen bleibt jedoch, ob die ersuchte Behörde zumindest zu einer pflichtgemäßen Ermessensausübung verpflichtet ist. Völlig verbindlich sind die Instrumente zur Übermittlung verwertbarer Informationen sowie zur Erhebung verwertbarer Beweise auf Gesuch einer ausländischen Behörde in den Artikeln 12 und 22 Verordnung 1/2003 daher, mit Ausnahme von Art. 22 Abs. 2, also nicht.⁶³⁸ In der Praxis wurde bisher dennoch allen Gesuchen entsprochen.⁶³⁹

6. Der Fallverteilungsmechanismus des ECN

Ein geschlossener Kanon von Fallverteilungsregeln befindet sich in der Netzwerkbekanntmachung.⁶⁴⁰ Fallverteilende Wirkung geht zudem von den Art. 13 und Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 aus. Ziel der Regeln aus der Netzwerkbekanntmachung ist es, parallele Verfahrensführungen unter den Netzmitgliedern zu begrenzen und jeden Fall möglichst nur durch eine, als „gut geeignet“ bezeichnete Behörde bearbeiten zu lassen. Zur Verfolgung eines Falles ist eine mitgliedsstaatliche Wettbewerbsbehörde dann „gut geeignet“, wenn

- die zu verfolgende Verhaltensweise wesentliche Auswirkungen auf das Hoheitsgebiet dieser Behörde hat, in diesem Hoheitsgebiet umgesetzt wird oder dort ihren Ursprung hat,

638 Ebenso *Department of Trade and Industry*, Consultation on the Government's proposals for giving effect to Regulation 1/2003 EC and for re-alignment of the Competition Act 1998, 2003, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dti.gov.uk/ccp/consultpdf/compmodcon.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 45; *Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 12 Verordnung 1/2003, Rn. 48 sowie *van der Woude*, in: *Ehlermann/Atanasiu*, European Competition Law Annual 2002, 2003, S. 369, 378.

639 Zu diesem Aspekt *Lasserre*, in: *Hawk*, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 2006, S. 74, 75.

640 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43.

- die betreffende Behörde die vollumfängliche Abstellung und Ahndung der Verhaltensweise herbeiführen kann, und
- wenn sie, gegebenenfalls mithilfe der Unterstützung anderer Behörden, die zum Nachweis der Zuwiderhandlung erforderlichen Beweise erheben kann.⁶⁴¹

Die Kommission hat für sich selbst abweichende Zuweisungskriterien festgeschrieben. Sie ist immer dann zur Verfahrensführung „gut geeignet“, wenn

- die zu verfolgende Verhaltensweise in mehr als drei Mitgliedsstaaten Auswirkungen zeitigt,
- wenn die Verhaltensweise mit anderen EU-Bestimmungen verknüpft ist, die ausschließlich oder effizienter von der Kommission angewandt werden können, oder
- wenn „das Gemeinschaftsinteresse eine Entscheidung der Kommission erfordert, um die gemeinschaftliche Wettbewerbspolitik weiter zu entwickeln, wenn neue Wettbewerbsfragen auftreten oder um eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsregeln sicherzustellen.“⁶⁴²

Die Vorschrift des Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 – auf die später noch vertieft einzugehen sein wird – bewirkt, dass eine Verfahrensaufnahme durch die Kommission die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden von ihrer Zuständigkeit zur Anwendung der unionalen Wettbewerbsregeln enthebt. Parallele Verfahrensführungen von Kommission und einem nationalen Netzmitglied sind daher grundsätzlich ausgeschlossen. Zwischen mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden sind Verfahrenskonkurrenzen nach diesen Fallverteilungsregeln jedoch möglich, wenn die Kriterien für die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden von keiner oder von mehreren nationalen Behörden zugleich erfüllt werden. In letzterem Fall werden die betreffenden Behörden dazu aufgerufen, sich auf eine allein verfahrensführende Behörde zu einigen.⁶⁴³

Zu beachten ist, dass nach den Vorsehungen der Netzwerkbekanntmachung grundsätzlich die zuerst mit einem Fall befasste Behörde ungeachtet der Verteilungskriterien die Verfahrensführung beibehalten soll. Nur wenn

641 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 8.

642 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 14 und 15.

643 Siehe etwa Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 18.

entweder die verfahrensführende Behörde selbst den Eindruck gewinnt, dass sie nicht gut geeignet ist, den Fall zu bearbeiten, oder wenn eine andere Behörde der Ansicht ist, dass sie ebenfalls gut geeignet ist, soll eine Umverteilung am Maßstab der Verteilungskriterien erwogen werden.⁶⁴⁴

Schließlich ist bedeutsam, dass die Fallverteilungsregeln, mit Ausnahme der Vorschrift in Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003, für die Netzmitglieder rechtlich unverbindlich sind.⁶⁴⁵

7. Der Einstellungsgrund des Art. 13 Verordnung 1/2003

Art. 13 enthält das Recht für jede mitgliedsstaatliche Wettbewerbsbehörde, ihr Verfahren auszusetzen oder einzustellen, wenn derselbe Untersuchungsgegenstand bereits von einem anderen Netzmitglied verfolgt wird. Ist eine mitgliedsstaatliche Wettbewerbsbehörde also nach nationalem Verfahrensrecht verpflichtet, jeder Beschwerde nachzugehen, eröffnet ihr der unmittelbar wirkende Art. 13 Verordnung 1/2003 die Möglichkeit, diese Beschwerde allein deswegen abzuweisen, weil eine andere mitgliedsstaatliche Wettbewerbsbehörde gegenwärtig demselben Fall nachgeht (dann Art. 13 Abs. 1) oder ein anderes Netzmitglied – inklusive der Kommission – dieselbe Zuwiderhandlung bereits abschließend behandelt hat (dann Art. 13 Abs. 2).⁶⁴⁶ Damit flankiert Art. 13 Verordnung 1/2003 den Fallverteilungsmechanismus und schafft die rechtlichen Voraussetzungen dafür, dass jeder Fall nur durch die anhand der Fallverteilungskriterien bestimmte, „gut geeignete“ Behörde verfolgt wird und die weniger geeigneten Behörden ihr Verfahren einstellen können.

644 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 6.

645 Siehe nur *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 153 m.w.N.

646 Siehe zu Art. 13 Verordnung 1/2003 auch *Dannecker*, in: *Fuchs/Schwintowski/Zimmer*, FS Immenga, 2004, S. 61, 89.

8. Der Mechanismus des Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 in
Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1/2003

Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 sieht vor, dass die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten für die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV entfällt, sobald die Kommission selbst ein Verfahren zur Verfolgung der Zuwiderhandlung aufnimmt (sog. Evokationsrecht der Kommission). Da die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden nach Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1/2003 dazu verpflichtet sind, das unionale Wettbewerbsrecht stets (mit-)anzuwenden, wenn sie nationales Wettbewerbsrecht anwenden, führt die Evokation durch die Kommission dazu, dass die einzelstaatlichen Kartellbehörden dann auch nicht mehr das nationale Wettbewerbsrecht anwenden dürfen. Denn aufgrund der Verfahrenseinleitung durch die Kommission ist es ihnen unmöglich geworden, entsprechend ihrer Pflicht aus Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1/2003, neben dem nationalen Wettbewerbsrecht auch die unionalen Wettbewerbsregeln anzuwenden.⁶⁴⁷

Nach Abschluss des Kommissionsverfahrens lebt die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden zur Anwendung der nationalen und unionalen Wettbewerbsregeln wieder auf.⁶⁴⁸

647 Siehe EuGH, Vorabentscheidung vom 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 68 ff. - *Toshiba* sowie *Blake/Schnichels*, EuZW 2004, 551, 554; *Böge/Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 69 und 81; *Dalheimer*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 8; *Hossenfelder*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 11 Verordnung 1/2003, Rn. 35; *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, EG-KartellVO, 2004, Art. 3, Rn. 87; *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 29; *ders.*, in: *Fuchs/Schwintowski/Zimmer*, FS Immenga, 2004, S. 303, 308. A.A. *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 56 und *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 4, Rn. 13 und § 7, Rn. 33.

648 Siehe EuGH, Vorabentscheidung vom 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 78 f. - *Toshiba u.a.* sowie *Hossenfelder*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 11 Verordnung 1/2003, Rn. 36 und *Schneider*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 16 Verordnung 1/2003, Rn. 19 m.w.N. Offenlassend, *Ritter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 11 Verordnung 1/2003, Rn. 23.

9. Die Bindung der mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden an die Kommissionsentscheidung nach Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003

Werden die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden unter Beachtung des Grundsatzes *ne bis in idem*⁶⁴⁹ im Anschluss an eine Kommissionsentscheidung in derselben Sache tätig, dürfen sie gemäß Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 keine Entscheidung treffen, die der Kommissionsentscheidung zuwiderlaufen würde.⁶⁵⁰ Diese Bindungswirkung besteht also nur, soweit die Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf dieselbe Zuwiderhandlung tätig werden, nicht dagegen wenn die Wettbewerbsbehörden in einem anderen Sachverhalt mit einer ähnlichen oder identischen Rechtsfrage konfrontiert sind.⁶⁵¹

Wieweit diese Bindungswirkung inhaltlich genau reicht, ist unklar. Einigkeit herrscht darüber, dass die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden von der rechtlichen Würdigung der die Zuwiderhandlung begründenden Tatsachen nicht abweichen dürfen.⁶⁵² Kommen im mitgliedsstaatlichen Verfahren aber neue Tatsachen zum Vorschein, entfällt insoweit die Bindung.⁶⁵³ Ob die einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden aber auch zu den bereits von der Kommission festgestellten und daher nicht *neuen* Tatsachen Beweis erheben müssen und dürfen, ist umstritten. Die meisten sich bisher hierzu äussernden Autoren sprechen sich für eine Bindung auch an die Sachverhaltsermittlung der Kommission aus.⁶⁵⁴ Auch die sich zu § 33 Abs. 4 GWB, der eine insoweit deklaratorische Transposition von Art. 16 Verordnung 1/2003 ins deutsche Recht darstellt,⁶⁵⁵ äussernden

649 Siehe dazu unten § 3 E. V.

650 Siehe auch *Durner*, EuR 2004, 547, 552 ff.

651 Siehe *Dalheimer*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 16 Verordnung 1/2003, Rn. 5 sowie *Schneider*, in: *MüKo Kartellrecht*, Band 1, 2007, Art. 16 Verordnung 1/2003, Rn. 9.

652 *Schneider*, in: *MüKo Kartellrecht*, Band 1, 2007, Art. 16 Verordnung 1/2003, Rn. 11; *Zuber*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 16 Verordnung 1/2003, Rn. 15.

653 *Schneider*, in: *MüKo Kartellrecht*, Band 1, 2007, Art. 16 Verordnung 1/2003, Rn. 11 und *Klees*, *Europäisches Kartellverfahrensrecht*, 2005, S. 187 und 255.

654 So *Durner*, EuR 2004, 547, 549 und *Zuber*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 16 Verordnung 1/2003, Rn. 13. Siehe auch *Schmidt*, *ZweR* 2007, 394, 413 sowie bei *Bornkamm/Becker*, *ZweR* 2005, 213, 220.

655 Siehe *Rehbinder*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, § 33 GWB, Rn. 54.

Stimmen scheinen eine Bindung auch an die Tatsachenfeststellungen der Kommission zu befürworten.⁶⁵⁶

III. Die Einbindung nationaler Gerichte in die europäische Kartellrechtsdurchsetzung

Der normative Rahmen für die Einbindung der Gerichte in das europäische System der Kartellrechtsdurchsetzung wird vornehmlich durch die Art. 3, 15 und 16 Abs. 1 Verordnung 1/2003 sowie die unverbindliche Bekanntmachung der Kommission über ihre Zusammenarbeit mit den Gerichten der Mitgliedsstaaten gebildet.⁶⁵⁷ Wie die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden sind auch die nationalen Gerichte gemäß Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1/2003 verpflichtet, die unionalen Wettbewerbsregeln anzuwenden, wenn sie nationales Wettbewerbsrecht auf Fälle oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle anwenden. Um die Kohärenz in der Unionsrechtsanwendung zu gewährleisten, können die in der Kartellrechtsanwendung erfahreneren mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden und die Kommission den nationalen Gerichten Stellungnahmen zusenden, um die Gerichte in ihrer Anwendung der unionalen Wettbewerbsregeln zu beraten.⁶⁵⁸ Gemäß Art. 15 Abs. 1 Verordnung 1/2003 können die nationalen Gerichte auch von sich aus, die Kommission um Stellungnahmen oder um ihr verfügbare Informationen bitten. Daneben steht den Gerichten weiterhin die Möglichkeit offen, den EuGH im Wege einer Vorabentscheidungs-vorlage über die Auslegung des Unionsrechts zu befragen.⁶⁵⁹

Ist ein nationales Gericht, etwa im Rahmen eines Zivil- oder Strafprozesses mit einem Sachverhalt befasst, der in der Vergangenheit bereits Gegenstand einer Kommissionsentscheidung war, ergibt sich für die Vorgehensweise der Gerichte gemäß Art. 16 Abs. 1 Satz 1 Verordnung 1/2003

656 So Reh binder, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, § 33 GWB, Rn. 54 sowie Schütt, WuW 2004, 1124, 1131. Siehe auch Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Band 2, 2014, § 33, Rn. 89; Meyer, GRUR 2006, 27, 30.

657 Bekanntmachung der Kommission über ihre Zusammenarbeit mit den Gerichten der Mitgliedsstaaten, ABl. EU 2004 Nr. C 101/54. Siehe hierzu auch Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedsstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags, ABl. EU C 101/54, Rn. 42.

658 Art. 15 Abs. 3 Verordnung 1/2003.

659 Art. 267 AEUV.

dieselbe, oben erläuterte Bindung, die kraft Art. 16 Abs. 2 für die nationalen Wettbewerbsbehörden gilt.⁶⁶⁰ Für den Fall, dass die Kommission ihre Abschlussentscheidung noch nicht getroffen hat und ein nationales Gericht dennoch bereits mit derselben Sache befasst ist, verpflichtet Art. 16 Abs. 1 Satz 2 Verordnung 1/2003 das nationale Gericht dazu, sicherzustellen, dass sein Urteil der beabsichtigten Kommissionsentscheidung nicht zuwiderläuft. Zu diesem Zweck hat das nationale Gericht entweder gemäß Art. 15 Abs. 1 Verordnung 1/2003 eine Stellungnahme der Kommission zu erbitten und so die Sichtweise der Kommission zum anhängigen Sachverhalt in Erfahrung zu bringen, oder es muss sein Verfahren aussetzen und die Kommissionsentscheidung abwarten.⁶⁶¹ Nur falls das nationale Gericht keine Zweifel am Inhalt der späteren Kommissionsentscheidung hat, etwa weil die Kommission in der Vergangenheit bereits über einen ähnlichen Fall zu entscheiden hatte, darf das nationale Gericht sein Urteil vor dem Erlass der Kommissionsentscheidung fällen.⁶⁶²

Will ein nationales Gericht trotz der Bindung aus Art. 16 Verordnung 1/2003 von der beabsichtigten Kommissionsentscheidung abweichen, muss es im Wege der Vorabentscheidungsvorlage den EuGH um dessen Rechtsauffassung zum fraglichen Sachverhalt bitten.⁶⁶³

IV. Die Verfügbarkeit des kartellrechtlichen Kooperationsinstrumentariums zur Durchsetzung von Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitentatbeständen

Zunächst wird die Verfügbarkeit der an die nationalen Wettbewerbsbehörden gerichteten Vorschriften untersucht und sodann die für nationale Gerichte geltenden Normen behandelt.

660 Siehe auch Zuber, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 16 Verordnung 1/2003, Rn. 11.

661 Bekanntmachung der Kommission über ihre Zusammenarbeit mit den Gerichten der Mitgliedsstaaten, ABl. EU 2004 Nr. C 101/54, Rn. 12.

662 Bekanntmachung der Kommission über ihre Zusammenarbeit mit den Gerichten der Mitgliedsstaaten, ABl. EU 2004 Nr. C 101/54, Rn. 12.

663 Bekanntmachung der Kommission über ihre Zusammenarbeit mit den Gerichten der Mitgliedsstaaten, ABl. EU 2004 Nr. C 101/54, Rn. 13.

1. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Art. 3, 11-13, 16 Abs. 2 und 22 Verordnung 1/2003 in Kartellsanktionsverfahren gegen natürliche Personen

Den Artikeln 3, 11-13, 16 Abs. 2 und 22 Verordnung 1/2003 ist gemein, dass sie sich an die „Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten“ richten.⁶⁶⁴ Einige dieser Vorschriften reglementieren die Tätigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden aber nur dann, wenn diese „einzelstaatliches Wettbewerbsrecht“ anwenden.⁶⁶⁵ Inwieweit die vorgenannten Vorschriften auf Kartellsanktionsverfahren gegen natürliche Personen anwendbar sind, ist also davon abhängig, ob die für die Führung dieser Verfahren zuständigen Stellen als „Wettbewerbsbehörden eines Mitgliedsstaats“ anzusehen sind und ob die in Frage stehenden Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände nationales Wettbewerbsrecht im Sinne der Verordnung darstellen.

1.1. Die Qualität von Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht als nationales Wettbewerbsrecht

Bei näherer Betrachtung des Begriffs des nationalen Wettbewerbsrechts wird offenbar, dass eine dem Telos der Verordnung 1/2003 gerecht werdende Definition dieses Begriffs bisher nicht herausgebildet werden konnte. Bevor der Frage nachgegangen werden kann, welche nationalen Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände als nationales Wettbewerbsrecht anzusehen sind, widmet sich die vorliegende Untersuchung daher der Erarbeitung einer zielkonformen und praktisch handhabbaren Definition des Begriffs des nationalen Wettbewerbsrechts. Dabei werden zunächst die in der Verordnung 1/2003 selbst angelegten Definitionshinweise und die hierzu auffindbaren Literaturmeinungen dargestellt.

664 Genauer zum Adressatenkreis von Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 siehe unten § 3 D. IV. 2., 2.3.

665 Siehe Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 und 2 und Art. 12 Abs. 2 Satz 2 Verordnung 1/2003.

1.1.1. Normative Hinweise in der Verordnung 1/2003 und Relevanz der Fragestellung

Wie die Vorschrift des Art. 12 Abs. 2 Verordnung 1/2003 richten sich die Pflichten aus Art. 3 Abs. 1 und 2 Verordnung 1/2003 nur dann an die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten oder die einzelstaatlichen Gerichte, wenn sie „nationales Wettbewerbsrecht“ anwenden.

Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 erklärt, dass die Anwendungs- und Kohärenzpflicht aus Art. 3 Abs. 1 und 2 Verordnung 1/2003 dann nicht gilt, wenn Bestimmungen des einzelstaatlichen Rechts angewandt werden, „die überwiegend ein von den Artikeln 81 und 82 des Vertrags abweichendes Ziel verfolgen.“ Damit kann Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 als negativ formulierte Definition des Begriffs des „nationalen Wettbewerbsrechts“ angesehen werden. Das in Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 zum Maßstab erhobene Ziel der Artikel 81 und 82 EG (nun Art. 101 und 102 AEUV) ist laut Erwägungsgrund 9 Satz 1 Verordnung 1/2003 „der Schutz des Wettbewerbs auf dem Markt“. Im Einklang mit Art. 3 Abs. 3 erklärt Erwägungsgrund 9 Satz 3 sodann, dass die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften, die überwiegend auf ein Ziel gerichtet sind, das von dem Schutz des Wettbewerbs auf dem Markt abweicht, nicht von der Verordnung 1/2003 berührt wird.

Erwägungsgrund 8 Verordnung 1/2003 scheint von diesem Kriterium der überwiegenden Zielkongruenz aus Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 abzuweichen. Ihm zufolge gilt die Verordnung 1/2003 insgesamt nicht für innerstaatliche Rechtsvorschriften, „mit denen natürlichen Personen strafrechtliche Sanktionen auferlegt werden, außer wenn solche Sanktionen als Mittel dienen, um die für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln durchzusetzen.“ Ob dieses Ziel-Mittel-Kriterium aus Erwägungsgrund 8 mit dem Kriterium der überwiegenden Zielkongruenz aus Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 übereinstimmt, ist offen.⁶⁶⁶

1.1.2. Das Meinungsspektrum in der Literatur

Im kartellrechtlichen Schrifttum wurde bisher noch kein Konsens darüber erzielt, wie diese normativen Anhaltspunkte in Art. 3 Abs. 3 Verordnung

666 Für die Inhaltsgleichheit beider Kriterien, *Wils*, Principles of European Antitrust Enforcement, 2005, S. 43.

1/2003 und Erwägungsgrund 8 Verordnung 1/2003 zu einem greifbaren, einheitlichen Kriterium zusammengesetzt werden können.

Hammond und *Penrose* scheinen für die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 und 2 Verordnung 1/2003 für entscheidend zu halten, ob die betreffende nationale (Straf-)Norm einen expliziten Verweis auf die Artikel 101 und 102 AEUV oder das nationale, an Unternehmen gerichtete Kartellverbot enthält.⁶⁶⁷

Dekeyser erklärte vor der Reform durch den Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, dass sich der britische Kartellstraftatbestand aus *Section 188 Enterprise Act 2002* aufgrund seines damals geltenden *dishonesty*-Erfordernisses eindeutig vom objektiv-neutralen Charakter der Tatbestandsmerkmale der Art. 81 und 82 EG (nun Art. 101 und 102 AEUV) unterscheide und deshalb kein nationales Wettbewerbsrecht sei.⁶⁶⁸ Die *dishonesty* lag vor, wenn ein Verhalten aus Sicht eines vernünftigen und redlich denkenden Menschen als unredlich erschien und wenn der Beschuldigte diese Einordnung als unredlich kannte.⁶⁶⁹ Damit verkörperte die *dishonesty* also einen moralisch-ethischen Vorwurf, den der Täter gekannt haben muss. Die Argumentation von *Dekeyser* läuft darauf hinaus, all diejenigen nationalen Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände, die einen solchen moralisch-ethischen Vorwurf in sich tragen, nicht als „nationales Wettbewerbsrecht“ anzusehen und damit von den Bindungen der Verordnung 1/2003 zu befreien.

Andere Stimmen wollen sich demgegenüber eng an die Vorgabe aus Erwägungsgrund 8 Verordnung 1/2003 halten und fragen danach, ob die betreffende nationale Strafsanktion als Mittel dient, um die für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln durchzusetzen. So argumentiert etwa *Wils*, dass die bessere Durchsetzung des an Unternehmen gerichteten Kartellverbots oft das zentrale Motiv des Gesetzgebers für die Einführung von, an natürliche Personen adressierten Kartellstraftatbeständen sei.⁶⁷⁰ *Wils* möchte also offenbar darauf abstellen, ob der nationale Gesetzgeber

667 *Hammond/Penrose*, Proposed criminalisation of cartels in the UK, 2001, http://www.oft.gov.uk/shared_oftrreports/comp_policy/oft365.pdf (zuletzt abgerufen am 18.1.2013), Rn. 1.9. Siehe auch *Joshua*, 23 E.C.L.R. 231, 238 und 241 f. (2002).

668 *Dekeyser*, in: *Hawk*, Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 2004, S. 733, 734.

669 *Bavasso/Tolley*, in: *Dabbah/Hawk*, Anti-Cartel Enforcement Worldwide, 2009, Band III, S. 1216, 1222.

670 *Wils*, Efficiency and Justice, 2008, S. 172.

durch die Kriminalisierung das Kartellverbot gegenüber Unternehmen unterstützen und flankieren wollte.

Wieder andere Stimmen orientieren sich stärker an der Formel des Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003, wonach entscheidend ist, ob die einzelstaatlichen Normen überwiegend ein von den Artikeln 81 und 82 des Vertrags abweichendes Ziel verfolgen. Maßgeblich sei daher, ob die nationale Strafnorm dasselbe Schutzgut wie die Art. 101 und 102 AEUV in sich trage.⁶⁷¹

Eine letzte Ansicht möchte darauf abstellen, ob die Tatbestandsmerkmale der Strafvorschrift mit den Voraussetzungen des unionalen Kartellverbots übereinstimmen oder mit ihnen in Zusammenhang stehen.⁶⁷² Ein Straftatbestand sei demzufolge insbesondere dann den Bindungen der Verordnung unterworfen, wenn sein Tatbestand nur erfüllt sein könne, wenn auch ein Verstoß der dahinterstehenden Unternehmen gegen Unionskartellrecht begangen worden sei.⁶⁷³

Abschließend weist Jäger darauf hin, dass die Formulierung in Erwägungsgrund 8 („außer wenn“) darauf hindeute, dass der Ordnungsgeber den Kreis der Straftatbestände, die unter die Verordnung 1/2003 fallen, jedenfalls für relativ eng hielt.⁶⁷⁴

1.1.3. Eigene Bewertung der Kriterien aus Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 8 Verordnung 1/2003

Wie eingangs bemerkt stellt die Verordnung 1/2003 mit Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 8 Verordnung 1/2003 zwei Kriterien für die Definition des Begriffs des nationalen Wettbewerbsrechts zur Verfügung, die sich zumindest in einer Nuance zu unterscheiden scheinen. Im Folgenden werden nun beide Kriterien vertieft und auf ihre Tauglichkeit für die Bestimmung des Anwendungsbereichs von Art. 3 und der Verordnung 1/2003 insgesamt untersucht. Bevor dies geschehen kann, müssen noch zwei As-

671 *Office of Fair Trading*, Memorandum of understanding between the Office of Fair Trading and the Director of the Serious Fraud Office, 2003, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/bu_siness_leaflets/enterprise_act/oft547.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 18.

672 Siehe *Dalheimer*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 28 und *Faull/Nickpay*, EC Law of Competition, 2007, Rn. 2.72.

673 *Faull/Nickpay*, EC Law of Competition, 2007, Rn. 2.72.

674 *Jäger*, in: *FK Kartellrecht*, Band 3, 2014, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 26.

pekte angesprochen werden, die bei der Anwendung der Kriterien aus Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 und Erwägungsgrund 8 Verordnung 1/2003 zum Tragen kommen. Zum einen ist dies die, um die Zielstruktur des Kartellrechts gegenwärtig ausgetragene wissenschaftliche Kontroverse. Zum anderen ist dies die Methodik, mit der die Ziele nationaler (Straf-)Vorschriften ermittelt werden kann.

1.1.3.1. Der Streit um die Zielstruktur des unionalen Wettbewerbsrechts

Welchen Zielen das Wettbewerbsrecht folgen soll und wie es zur Erreichung dieser Ziele auszugestalten ist, ist abhängig von der jeweils vertretenen wettbewerbspolitischen Konzeption.⁶⁷⁵ Während das unionale Wettbewerbsrecht früher klar von der ordoliberalen Wettbewerbskonzeption dominiert war, häufen sich seit geraumer Zeit Positionierungen im Sinne der sog. *Post-Chicago*-Lehre.⁶⁷⁶

1.1.3.1.1. Die Zielstruktur gemäß der in ordoliberaler Tradition stehenden Konzeption

Die ordoliberale Schule folgt der Grundanschauung, dass der Wettbewerbsprozess, in dem alle Marktteilnehmer ihre Handlungsfreiheit voll ausschöpfen und im Wege eines ständigen *try and error*-Prozesses die für sie beste Strategie identifizieren können, auf nahezu allen Märkten zu den effizientesten Ergebnissen führt.⁶⁷⁷ Da die Ausübung der individuellen

⁶⁷⁵ *Aberle*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1980, S. 67 ff.

⁶⁷⁶ Siehe ausführlich hierzu *Drexl*, in: *von Bogdandy/Bast*, Principles of European Constitutional Law, 2010, S. 659, 668 ff.; *ders.*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 314 und *Vanberg*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 44 ff.

⁶⁷⁷ *von Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968, S. 9 und 12; *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 2010, S. 134 ff.; *Drexl*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 318 f. und 321 ff.; *ders.*, in: *von Bogdandy/Bast*, Principles of European Constitutional Law, 2010, S. 659, 660; *Aberle*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1980, S. 31 ff.; *Gröner*, in: *Rüchardt/Gröner*, Ordnung in Freiheit, 1992, S. 79, 81 f.; *Kerber*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 173, 176; *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 2008, S. 69 f.; *Van-*

Freiheiten im Wettbewerbsprozess also zu den optimalen Marktergebnissen führe, solle der Gesetzgeber mittels des Wettbewerbsrechts diese Freiheitsausübung vor privaten und staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen schützen.⁶⁷⁸ Zur Präzisierung des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkungen behilft sich die ordoliberalen Konzeption formalisierter Fallgruppen von Verhaltensweisen, deren Wettbewerbsschädlichkeit unwiderleglich vermutet wird.⁶⁷⁹

Vor dem Hintergrund dieser Grundaussagen lässt sich erkennen, dass die ordoliberalen Konzeption den freien Wettbewerbsprozess als eigenständiges (Zwischen-)Ziel des Wettbewerbsrechts anerkennt.⁶⁸⁰ Ob dieser Wettbewerbsprozess im Einzelfall tatsächlich die ihm zugeschriebenen Marktergebnisse herbeiführt und zur Verwirklichung der Oberziele beiträgt, wird nicht überprüft. Mitunter wird sogar erklärt, dass eine Oberzielbildung gänzlich vermieden werden sollte.⁶⁸¹ Die meisten Anhänger der ordoliberalen Denkschule bejahen hingegen die Zulässigkeit von Oberzielen. Als solche werden dann die allgemeinen wirtschaftspolitischen Ziele (Erhöhung der Verbraucherwohlfahrt, Vollbeschäftigung etc.) und auch gesellschaftspolitische Ziele (Begrenzung wirtschaftlicher und politischer Macht) genannt.⁶⁸²

berg, in: *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 50 ff.

678 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 2010, S. 135; *Aberle*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1980, S. 31 f.; *Drexl*, in: *von Bogdandy/Bast*, Principles of European Constitutional Law, 2010, S. 659, 660; *Gröner*, in: *Rüchardt/Gröner*, Ordnung in Freiheit, 1992, S. 79, 81; *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 2008, S. 69.

679 *Hoppmann*, in: *Hoppmann/Mestmäcker*, Normenzwecke und Systemfunktionen, 1974, S. 5, 12 f.; *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 2010, S. 207 ff.; *Aberle*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1980, S. 32.

680 *Drexl*, in: *von Bogdandy/Bast*, Principles of European Constitutional Law, 2010, S. 659, 695; *Basedow*, WuW 2007, 712, 712.

681 Siehe *Hoppmann*, in: *Hoppmann/Mestmäcker*, Normenzwecke und Systemfunktionen, 1974, S. 5, 10 f.; *von Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968, S. 9 sowie *Aberle*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1980, S. 31 f.

682 *Säcker*, in: *MüKo Kartellrecht*, Band 1, 2007, Grundlagen, Rn. 4.

1.1.3.1.2. Die Zielstruktur vom Blickwinkel des More Economic Approach

Wie die *Chicago-School of Economics* stellt sich die *Post-Chicago-School*, in Europa meist *More Economic Approach* genannt, auf den Standpunkt, dass das (Ober-)Ziel des Wettbewerbsrechts zu allererst in der Maximierung der Verbraucherwohlfahrt und der wirtschaftlichen Effizienz besteht.⁶⁸³ Ob zumindest von einigen Autoren neben diesen Zielen noch weitere (Ober-)Ziele anerkannt werden, ist ungewiss.⁶⁸⁴ Im Unterschied zur ordoliberalen Sichtweise erkennt die *Post-Chicago-School* den freien Wettbewerbsprozess aber nicht als eigenständiges (Zwischen-)Ziel an. Vielmehr werden Beschränkungen des Wettbewerbsprozesses mittels ökonomischer Analyse auf ihre (vermutliche) Oberziel-konformität hin überprüft.⁶⁸⁵ Die Oberziele werden damit in den rechtlichen Maßstab integriert.

1.1.3.2. Die Methodik der Zielermittlung einer (Straf-)Rechtsnorm

Die juristische Methodenlehre weist zwei Wege, um die Ziele einer Norm zu ermitteln. Nach der subjektiven Theorie ist hierfür auf die Willenslage des Normgebers zu rekurrieren.⁶⁸⁶ Dessen Vorstellungen sind beispielsweise anhand der Gesetzesmaterialien (genetische Auslegung) oder anhand der Unzulänglichkeiten von Vorläufernormen (historische Auslegung) zu bestimmen.⁶⁸⁷

683 Werden, in: Drexel/Kerber/Podszun, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 11, 13 ff.; Drexel, in: Drexel/Kerber/Podszun, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 318 f. und 321 ff. und Vanberg, in: Drexel/Kerber/Podszun, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 44, 44 ff.

684 Hierzu Drexel, in: Drexel/Kerber/Podszun, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 312 und Basedow, WuW 2007, 712, 713.

685 Drexel, in: von Bogdandy/Bast, Principles of European Constitutional Law, 2010, S. 659, 668 f.; ders., in: Drexel/Kerber/Podszun, Competition Policy and the Economic Approach, 2011, S. 312, 321 ff.; eingehend Drexel, 77 Antitrust L.J. 1301-1332 (2011).

686 Englisch/Würtenberger/Otto, Einführung in das juristische Denken, 2010, S. 160; Müller, Juristische Methodik, 1990, S. 160 ff. Siehe auch Kramer, Juristische Methodenlehre, 2005, S. 114 ff.

687 Müller, Juristische Methodik, 1990, S. 204 ff.

Der gegensätzlichen objektiven Theorie zufolge emanzipiert sich eine Norm demgegenüber mit ihrem Inkrafttreten vom Geist ihrer Verfasser. Der Rechtsanwender muss das Normziel dann unter Berücksichtigung der übrigen Rechtsordnung und neuartiger tatsächlicher Entwicklungen feststellen.⁶⁸⁸ Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung muss später die Frage Beantwortung finden, wann eine nationale Norm nationales Wettbewerbsrecht ist und wann sie daher den Bindungen der Verordnung 1/2003 unterliegt. Hierfür muss das Ziel der fraglichen Norm unbedingt frei von jeglicher Beeinflussung durch die Verordnung 1/2003 oder durch das hergebrachte, nationale oder unionale Wettbewerbsrecht ermittelt werden. Anhand des Zieles der betreffenden Norm soll nämlich gerade erst festgestellt werden, ob sie den Bindungen der Verordnung 1/2003 unterliegt und ob sie dem Bereich des Wettbewerbsrechts zugehörig ist.

Unter diesen Umständen stellt sich als einziger objektiver, von den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers losgelöster und vom Einfluss der (übrigen) Wettbewerbsordnung freier Anhaltspunkt für die Zielsetzung einer Norm ihre Wirkung in ihrem typischen Anwendungsbereich dar. Dieser Rückschluss von der Wirkung auf die Zielsetzung mag überraschen, da die teleologische Auslegung eigentlich gerade den umgekehrten Schluss von der Zielsetzung auf die Wirkung beinhaltet. Ist die Zielsetzung jedoch gerade fraglich, muss es erlaubt sein, die typische, in den Tatbestandsmerkmalen der Norm angelegte Wirkungsweise bei der Ermittlung der Zielsetzung heranzuziehen. Mangels anderer objektiver Anhaltspunkte wird im Folgenden bei der Simulation der objektiven Zielermittlungsmethode also angenommen, dass eine Norm dann überwiegend dieselben Ziele wie die Art. 101 und 102 AEUV verfolgt, wenn sie ihrer typischen Wirkung nach diese Ziele befördert.

1.1.3.3. Die Untauglichkeit des Kriteriums der überwiegenden Zielkongruenz angesichts der zur Verfügung stehenden Zielermittlungsmethoden und der Kontroverse um die Zielstruktur der unionalen Wettbewerbsregeln

Wie sogleich zu sehen sein wird, erweist sich das in Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 vorgesehene Kriterium der überwiegenden Zielkongruenz

688 *Engisch/Würtenberger/Otto*, Einführung in das juristische Denken, 2010, S. 161 ff.

zwischen nationaler Norm und unionalem Kartellrecht sowohl bei Zugrundelegung der subjektiven, als auch bei Zugrundelegung der objektiven Zielermittlungsmethodik als ungeeignet. Darüber hinaus stellt der um die Zielstruktur der unionalen Wettbewerbsregeln herrschende Konzeptionsstreit ein weiteres, selbständiges Tauglichkeitshindernis dar.

1.1.3.3.1. Die Ungeeignetheit bei Anwendung der subjektiven Zielermittlungsmethode

Bei Anwendung der subjektiven Zielermittlungsmethode ist danach zu fragen, ob der nationale (Straf-)Gesetzgeber mit der Einführung der nationalen (Straf-)Norm dieselben Ziele verfolgt, wie die Art. 101 und 102 AEUV. Der Wille des nationalen Gesetzgebers wird dabei anhand der Gesetzesmaterialien und aller übrigen, historischen Erkenntnisquellen ermittelt.⁶⁸⁹ Dieser Ansatz birgt zum einen die Gefahr, dass die auffindbaren gesetzgeberischen Stellungnahmen zu vage und zu unvollständig sind, um eine verlässliche Auskunft über den Willen des Gesetzgebers zu geben. Die Verlässlichkeit der subjektiven Methode wird weiter geschmälert, wenn die auffindbaren Indizien in unterschiedliche Richtungen weisen.

Bei Anwendung der subjektiven Zielermittlungsmethodik würde die Frage der Anwendbarkeit der Verordnung 1/2003 also auf ein instabiles Fundament gestellt.

Die Zugrundelegung der subjektive Zielermittlungsmethode ist zudem deshalb abzulehnen, weil sie für den nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, die in der Verordnung 1/2003 begründeten Bindungen für das nationale Wettbewerbsrecht einfach dadurch zu umgehen, dass in den Gesetzesmaterialien eine andere Zweckrichtung vorgegeben wird. Die Gefahr solcher Praktiken scheint keineswegs unrealistisch. So war man im Vereinigten Königreich bereit, sogar die tatbestandliche Fassung des Straftatbestands zu verändern, um so die Bindung aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 zu umgehen.⁶⁹⁰

689 Siehe *Engisch/Würtenberger/Otto*, Einführung in das juristische Denken, 2010, S. 133 ff. Siehe auch oben in § 3 D. IV. 1., 1.1., 1.1.3.

690 Siehe *Hammond/Penrose*, Proposed criminalisation of cartels in the UK, 2001, http://www.oft.gov.uk/shared_oftrreports/comp_policy/oft365.pdf (zuletzt abgerufen am 18.1.2013), Rn. 1.9 sowie hierzu *Nazzini*, 24 E.C.L.R. 483, 483 f. (2003). Dementsprechend gegen die Qualität von Section 188 *Enterprise Act* als

Ein letztes Argument dafür, dass der Test aus Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 von allen subjektiven Einflüssen freizuhalten ist, ist der Telos von Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003. Der Zweck von Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 besteht darin, die Kohärenz der Wettbewerbsordnung zu sichern. Nach der hier vertretenen Auffassung muss dieser Kohärenzverbund alle Regeln miteinschließen, von denen typischerweise die Gefahr ausgeht, dass sie die Ergebnisse der Art. 101 und 102 AEUV untergraben.⁶⁹¹ Das Kriterium für die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 und der Verordnung insgesamt muss nach hier vertretener Auffassung daher an diesem Gefahrenpotential der nationalen Norm ansetzen. Die Willensrichtung des nationalen Gesetzgebers ist hierfür nur insofern relevant, als sie diese objektive Wirkung der nationalen Norm beeinflusst.

1.1.3.3.2. Die Ungeeignetheit des Kriteriums bei Zugrundelegung der objektiven Zielermittlung

Wie oben ausgeführt, besteht vorliegend die Besonderheit, dass die Ziele der nationalen Norm nur schwer aus ihrer Stellung in der Gesamtrechtsordnung heraus bestimmt werden kann, da gerade diese Stellung in Frage steht und mittels des Tests aus Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 beantwortet werden soll. Der einzig, durchgehend verfügbare, objektive Anhaltspunkt für die Zielsetzung einer Norm ist daher ihre typische, in den Tatbestandsmerkmalen der nationalen Norm angelegte Wirkung. Damit muss bei Anwendung der objektiven Zielermittlungsmethode im Rahmen des Kriteriums von Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 angenommen werden, dass eine nationale Norm dann überwiegend dieselben Ziele wie die Art. 101 und 102 AEUV verfolgt, wenn sie ihrer typischen Wirkung nach diese Ziele befördert. Dies ist der Fall, wenn die nationale Norm typischerweise zu denselben Endergebnissen gelangt, wie die Art. 101 und 102 AEUV. Alle nationalen Regeln, die typischerweise zu einem abweichenden Ergebnis gelangen, verfehlen hingegen die Zielkongruenz und sind daher kein nationales Wettbewerbsrecht im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003.

nationales Wettbewerbsrecht, aber ohne Begründung, *Furse*, Competition Law, 2008, S. 264.

691 Siehe ausführlich sogleich § 3 D. IV. 1.2.1.-1.2.3.

Die Kohärenzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 würde in diesem Funktionsgefüge jedoch weitestgehend leerlaufen. Jede nationale Norm, die typischerweise zu einem strengeren Ergebnis als die unionalen Wettbewerbsregeln gelangt, wäre kein nationales Wettbewerbsrecht und damit Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 nicht unterworfen. Die Kohärenzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 wäre also gerade dann nicht anwendbar, wenn sie gebraucht wird. Als Beispiel soll ein Straftatbestand dienen, der ausschließlich Franchiseverträge regelt und diese kategorisch unter Strafe stellt. Franchiseverträge sind oft von der EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen umfasst und sind dann vom EU-Kartellverbot freigestellt.⁶⁹² Da der nationale Straftatbestand also typischerweise nicht das Ergebnis des Unionskartellrechts trifft, wäre er nach obigem Ansatz nicht als Wettbewerbsrecht zu qualifizieren und damit nicht von der Bindung aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 betroffen.

Das Kriterium der überwiegenden Zielkongruenz wandelt sich also bei Zugrundelegung der objektiven Zielermittlungsmethode letztlich zu einem Kriterium der typischen Ergebniskongruenz. Da die Kohärenzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 dabei weitestgehend leerlaufen würde, ist das Kriterium der Zielkongruenz auch bei objektiver Zielermittlung ungeeignet, den Anwendungsbereich der Verordnung 1/2003 zu bestimmen.

1.1.3.3.3. Die Ungeeignetheit des Kriteriums der überwiegenden Zielkongruenz infolge der Kontroverse um die Zielstruktur der unionalen Wettbewerbsregeln

Das Kriterium der überwiegenden Zielkongruenz könnte, ungeachtet der bereits geschilderten Gründe für seine Ungeeignetheit, nur dann ein taugliches Kriterium sein, um festzustellen, ob eine nationale Norm der Kohärenzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 unterfällt oder nicht, wenn diese Einordnung unabhängig davon ist, welcher wettbewerbspolitischen Konzeption man auf Unionsebene zuneigt. Andernfalls würde der

692 Genauer siehe Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU Nr. L 102/1. Siehe auch *Flohr*, in: *Liebscher/Aigner/Bauer*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, 2012, § 14, Rn. 243.

Kreis der eingebundenen nationalen Normen je nach vertretener wettbewerbspolitischer Konzeption schwanken, was mit dem, gerade im Strafrecht so bedeutsamen Rechtssicherheitsgebot unvereinbar wäre. Bei tieferer Betrachtung offenbart sich jedoch, dass diese Autarkie des Kriteriums der überwiegenden Zielkongruenz von der vertretenen wettbewerbspolitischen Positionierung nicht herstellbar ist.

Voraussetzung wäre nämlich, dass sich die Zielstrukturen der Konzeptionen so großflächig überlappen, dass alle nationalen Normen entweder zu beiden Konzeptionen „überwiegend zielkongruent“ sind, oder zu keiner dieser Konzeptionen. Nur dann ist gewährleistet, dass alle nationalen Normen verlässlich und unabhängig davon eingeordnet werden können, welcher wettbewerbspolitischen Konzeption man auf Unionsebene anhängt.

Die Überlappungen sind tatsächlich nun aber so gering, dass es viele nationale Normen geben kann, die zwar zu der einen Konzeption überwiegende Zielkongruenz aufweisen, nicht jedoch zu der anderen Konzeption.

Ganz offensichtlich ist dies, wenn man für die Feststellung der überwiegenden Zielkongruenz auf die Ebene der (eigenständigen) Zwischenziele der Normen abstellen würde. Den Art. 101 und 102 AEUV ist ein eigenständiges, von den Oberzielen unabhängiges Zwischenziel nämlich nur in der Zielstruktur der ordoliberalen Sichtweise zu eigen. Würde man also für die Qualifikation als nationales Wettbewerbsrecht für entscheidend halten, ob die nationale Norm den freien Wettbewerbsprozess als eigenständiges Zwischenziel anerkennt, wären all jene nationalen Normen ausgeschlossen, die dies nicht tun. Von diesem Ausschluss erfasst wären auch diejenigen nationalen Normen betroffen, die die Zielstruktur der *Post-Chicago*-Lehre teilen und daher vom Blickwinkel dieser Schule aus zweifels- ohne als Wettbewerbsrecht zu qualifizieren sind.

Auch ein Abstellen auf die von der nationalen Norm verfolgten Oberziele löst das Kriterium der überwiegenden Zielkongruenz nicht aus ihrer Abhängigkeit von der vertretenen wettbewerbspolitischen Anschauung. Einigen Vertretern der ordoliberalen Denkweise zufolge kann mit dem Wettbewerbsprozess nämlich überhaupt kein weiteres, dahinterstehendes Ziel verfolgt werden. Der freie Leistungswettbewerb selbst sei vielmehr das einzige Ziel.⁶⁹³

693 Siehe Hoppmann, in: Hoppmann/Mestmäcker, Normenzwecke und Systemfunktionen, 1974, S. 5, 10 f.; von Hayek, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968, S. 9 sowie Aberle, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1980, S. 31 f.

Würde man also für Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 die Frage für entscheidend halten, ob die nationale Norm dieselben Oberziele wie das Unionsrecht aus Sicht des *More Economic Approach* verfolgt, wären auch diejenigen nationalen Regeln nicht erfasst, deren Väter im Anschluss an die Lehre Hoppmanns mit dem Schutz des Wettbewerbsprozesses keinerlei nachstehende Ziele verfolgten.

Der Umstand, dass der Test der überwiegenden Zielkongruenz nicht von der Kontroverse um die wettbewerbspolitischen Grundanschauungen gelöst werden kann, ist auch dadurch bedingt, dass einige Befürworter des *More Economic Approach* allein das Verbraucherwohl und die ökonomische Effizienz als Oberzielen anerkennen, und die meisten Verfechter des ordoliberalen Ansatzes in Abkehr von Hoppmann von einem breit gefächerten Bündel an wettbewerbspolitischen und gesellschaftspolitischen Oberzielen ausgehen.

Angesichts dieses weiten Spektrums an ordoliberalen Oberzielen besteht wiederum die Möglichkeit, dass eine nationale Norm überwiegend dieselben Oberziele der ordoliberalen Anschauung verfolgt, ohne jedoch überwiegend die *Post-Chicago*-Ziele des Verbraucherwohls oder der ökonomischen Effizienz zu verfolgen.

Als untauglich erweist sich das Kriterium der überwiegenden Zielkongruenz selbst dann, wenn man auch dem *More Economic Approach* eine große Bandbreite an wettbewerbs- und gesellschaftspolitischen Oberzielen zuschreiben würde. Aufgrund der dann vorliegenden großflächigen Überlappung der beiden dominierenden wettbewerbspolitischen Konzeptionen in den Oberzielen bestünde dann zwar nicht mehr die Gefahr, dass eine nationale Regel nur zu einer der Konzeptionen die überwiegende Zielkongruenz nicht erfüllt. Das Kriterium der überwiegenden (Ober-)Zielkongruenz würde dann jedoch derart ausgedehnt, dass es auch von nationalen Normen erfüllt würde, die diese Oberziele auf gänzlich andere Weise als durch die Förderung des Wettbewerbs zu erreichen suchen.

Zusammenfassend ist also zu konstatieren, dass das Kriterium der überwiegenden Zielkongruenz untauglich ist, um beide vorherrschenden wettbewerbspolitischen Grundanschauungen in all ihren Unter-Ansichten einzubinden, und Normen, die keinen besonderen Bezug zum Wettbewerb haben, auszuschließen.

1.1.3.4. Das in Erwägungsgrund 8 vorgesehene Kriterium des Mittels zur Durchsetzung der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln

Als bloßer Erwägungsgrund besitzt die Formel aus Erwägungsgrund 8 Verordnung 1/2003 keinen Rechtsnormcharakter. Sollte sich der dort vorgesehene Test für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Verordnung 1/2003 (und damit auch von Art. 3 Verordnung 1/2003) als geeignet erweisen, könnte ihm jedoch dadurch zur Geltung verholfen werden, dass Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 im Lichte von Erwägungsgrund 8 auslegt und das dort vorgesehene Kriterium in Art. 3 Abs. 3 Verordnung 1/2003 inkorporiert wird.

Gemäß Erwägungsgrund 8 Verordnung 1/2003 soll die Verordnung 1/2003 insgesamt nicht für einzelstaatliche Rechtsvorschriften gelten, „mit denen natürlichen Personen strafrechtliche Sanktionen auferlegt werden, außer wenn solche Sanktionen als Mittel dienen, um die für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln durchzusetzen.“ Die Mittel-Funktion könnte man wiederum unter Rekurs auf die Vorstellung der Normverfasser, also subjektiv, oder anhand der Wirkungen eines Straftatbestands, dann objektiv, bestimmen.

Gegen den subjektiven Ansatz sprechen wiederum die bereits oben vorgebrachten Argumente. Zum einen bestünde die Gefahr, dass sich der gesetzgeberische Wille in einzelnen Fällen nicht mit Sicherheit feststellen lassen können wird. Zum anderen wäre für den nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, die Bindungen aus der Verordnung 1/2003 zu umgehen, indem er in den Gesetzesmaterialien eine bestimmte, nicht-wettbewerbsrechtliche Zielsetzung vorgibt. Schließlich spricht auch der Telos der Kohärenzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 dagegen, die von dieser Kohärenzpflicht erfassten nationalen Normen anhand der subjektiven Willenslage des historischen Gesetzgebers zu bestimmen.

Doch auch bei Anwendung des objektiven Ansatzes erweist sich das Kriterium aus Erwägungsgrund 8 als ungeeignet. Zunächst wäre danach zu fragen, ab welcher Wirkung eine nationale (Straf-)Norm als Mittel zur Durchsetzung der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln angesehen werden kann. Eine solche Mittel-Eigenschaft besteht sicherlich dann, wenn die nationale Norm immer nur dann eingreift, wenn auch die für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln verletzt sind. Möglicherweise könnte man die Mittel-Eigenschaft darüber hinaus auch dann bejahen, wenn die nationale Norm nur typischerweise zur selben Bewertung wie die für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln kommt. Bei beiden

Verständnisweisen würde die Kohärenzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 jedoch teilweise leerlaufen. Nationale Normen, die typischerweise zu einer, von den für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln abweichenden Bewertung führen, würden nicht als nationales Wettbewerbsrecht qualifiziert und wären daher von der Kohärenzbindung frei, obwohl für sie ein besonders dringliches Bedürfnis nach einer Stimmigkeitskontrolle besteht.

Daher sind beide möglichen Interpretationsformen für die Formel aus Erwägungsgrund 8 als unbrauchbar zurückzuweisen.

Im Folgenden ist daher zu überlegen, wie der Begriff des nationalen Wettbewerbsrechts in einer Weise definiert werden kann, die dem Zweck der Verordnung 1/2003 in angemessenem Umfang Rechnung trägt und die Kohärenzbindung dort wirksam werden lässt, wo typischerweise ein Bedürfnis nach ihr besteht.

1.2. Der teleologische Ansatz zur Definition des Begriffs des nationalen Wettbewerbsrechts

1.2.1. Der Telos der Normen, für die der Begriff des nationalen Wettbewerbsrechts relevant ist

Der Begriff des nationalen Wettbewerbsrechts, der nun definiert werden soll, bestimmt den Anwendungsbereich einer Reihe von kohärenz- und kooperationsbezogenen Instrumenten der Verordnung 1/2003. Neben dem bereits des Öfteren erwähnten Art. 3 Verordnung 1/2003 sind dies insbesondere die Art. 12 Abs. 2, 11 und 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003.

Der Telos dieser kohärenzbezogenen Vorschriften ist darauf gerichtet, dass die Bewertung eines Sachverhalts durch die unionalen Wettbewerbsregeln nicht durch eine anderslautende, insbesondere strengere Bewertung einer nationalen Norm konterkariert wird. In diesen Kohärenzverbund sind jedoch keineswegs alle nationalen Rechtsnormen einzubeziehen. Der Ordnungsgeber war sich bewusst, dass die unionalen Wettbewerbsregeln einen Sachverhalt stets nur unter dem spezifischen Blickwinkel der Auswirkungen auf den Wettbewerb beurteilen. Es wird daher an mehreren Stellen der Verordnung betont, dass nationale Rechtsvorschriften, die anderen Zielen als dem Schutz des Wettbewerbs folgen und damit einen Sachverhalt aufgrund von anderen Aspekten bewerten nicht in die Kohä-

renzbindung einzubeziehen sind.⁶⁹⁴ Der Telos der kohärenzbezogenen Instrumente der Verordnung besteht also nur darin, unstimmige Bewertungen durch diejenigen nationalen Normen zu untersagen, die typischerweise zugleich mit den EU-Wettbewerbsregeln eingreifen und ihre Bewertung typischerweise anhand derselben Sachverhaltsmerkmale treffen.

Der Telos der *kooperationsbezogenen* Elemente der Verordnung 1/2003 legt einen, von den kohärenzsichernden Vorschriften möglicherweise abweichenden Anwendungsumfang nahe. Denn die kooperationsfördernden Instrumente müssen um ihrer selbst willen umfangmäßig sehr beschränkt bleiben, um praktikabel zu sein. Jedenfalls darf der Kooperationsverbund nicht über die Kohärenzbindung hinaus ausgedehnt werden, da das Funktionieren der Kooperationsinstrumente ein gesteigertes Vertrauensverhältnis zwischen den teilnehmenden Stellen voraussetzt und dieses Vertrauen durch die Kohärenzbindung bedingt ist. Da somit der zweckmäßige Umfang der kooperationsbezogenen Vorschriften nicht weiter reicht, als die der kohärenzsichernden Instrumente, soll die nun zu entwickelnde Definition des Begriffs des nationalen Wettbewerbsrechts auf die Bedürfnisse der Kohärenzsicherung ausgerichtet werden. Die Reichweite des Kooperationsverbundes wird erst im Anschluss weiter eingegrenzt.⁶⁹⁵

1.2.2. Grundriss einer teleologischen Definition

Wie eben gesehen entspricht es dem Telos der kohärenzbezogenen Verordnungsinstrumente, alle nationalen Rechtsvorschriften in den Kohärenzverbund einzubinden, die typischerweise zugleich mit den unionalen Wettbewerbsregeln eingreifen und sich typischerweise auf dieselben Sachverhaltselemente stützen. Dies macht deutlich, dass der Begriff des nationalen Wettbewerbsrechts von subjektiven Vorstellungen des nationalen Gesetzgebers getrennt werden muss und diese nur insoweit Berücksichtigung finden können, wie sie die objektiven Wirkungen der nationalen Norm beeinflussen. Das Kriterium zur Definition des Begriffs des nationalen Wettbewerbsrechts muss daher objektiv-wirkungsbezogen sein. Dabei darf je-

694 Siehe Art. 3 Abs. 3, Erwägungsgrund 8 Satz 7 sowie Erwägungsgrund 9 Satz 3 Verordnung 1/2003.

695 Wie später beschrieben wird, erfolgt diese weitere Eingrenzung durch den Begriff der Wettbewerbsbehörde der Mitgliedsstaaten.

doch nicht, wie es die in der Verordnung 1/2003 angelegten Definitionskriterien tun, darauf abgestellt werden, ob die nationalen Normen typischerweise zu denselben Endergebnissen wie die unionalen Wettbewerbsregeln gelangen, und ob sie typischerweise Sachverhalte regeln, die aus Sicht der unionalen Wettbewerbsregeln verboten sind. Damit blieben nämlich stets all jene nationalen Rechtsvorschriften außen vor, die vom unionsrechtlichen Ergebnis typischerweise abweichen und damit typischerweise gerade der Kohärenzkontrolle unterworfen werden müssten.

Anstatt sich am unionsrechtlichen Endergebnis zu orientieren, ist deshalb darauf abzustellen, ob die nationale Rechtsvorschrift typischerweise auf Sachverhalte Anwendung finden, die auch in den Regelungsbereich der unionalen Wettbewerbsregeln fallen. Der Regelungsbereich beschreibt dabei den Bereich, der, dem Telos der kohärenzbezogenen Instrumente entsprechend, der Stimmigkeitskontrolle unterworfen sein soll.⁶⁹⁶

Nur mithilfe dieses regelungsbereichsorientierten Kriteriums können auch all jene Normen eingebunden werden, die zwar typischerweise dieselben Sachverhalten wie die unionalen Wettbewerbsregeln regeln und diese anhand derselben Sachverhaltsmerkmale bewerten, die aber typischerweise nicht zum selben Endergebnis wie die Art. 101 und 102 AEUV gelangen. Diese am Kohärenzzweck orientierte Ausrichtung des Begriffs des nationalen Wettbewerbsrechts macht auch bei nationalen Normen, die lediglich einseitige Verhaltensweisen von Unternehmen regeln, Sinn. Diese nationalen Rechtsvorschriften zu einseitigen Verhaltensweisen von Unternehmen unterliegen zwar von vornherein nicht der Bindung aus Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Verordnung 1/2003.⁶⁹⁷ Das auf Kohärenzsicherung bedachte Instrument des Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 gilt jedoch auch hier und ist nur dann in geeignetem Umfang einsetzbar, wenn ihm alle nationalen Normen, die typischerweise zugleich mit Art. 102 AEUV eingreifen, unterstellt werden.

Dem hier vorgeschlagenen Ansatz zufolge muss jede nationale Norm zunächst also darauf untersucht werden, ob sie typischerweise dann eingreift, wenn der Regelungsbereich der unionalen Wettbewerbsregeln eröffnet ist.

Um das hier entworfene Konzept einer Definition des Begriffs des nationalen Wettbewerbsrechts im Sinne der Verordnung 1/2003 weiter zu

696 Eingehend hierzu sogleich.

697 Siehe Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Verordnung 1/2003.

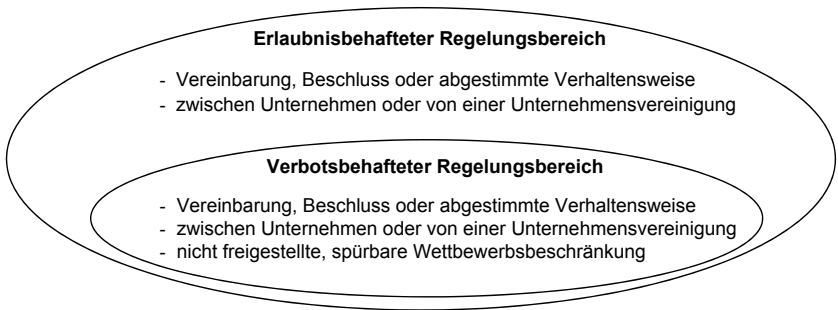
präzisieren, muss nun erst der Regelungsbereich der Art. 101 und 102 AEUV abgesteckt werden.

1.2.3. Der Regelungsbereich von Art. 101 AEUV

Der Begriff des Regelungsbereichs beschreibt den Bereich, der, dem Telos der kohärenzbezogenen Instrumente entsprechend, der Stimmigkeitskontrolle unterworfen sein soll. Hierzu gehört zum einen selbstverständlich der Verbotsumfang der Art. 101 und 102 AEUV, den man auch als verbotsbehafteten Regelungsbereich bezeichnen könnte. Neben diesem verbotsbehafteten Regelungsbereich existiert auch ein erlaubnisbehafteter Regelungsbereich, in welchem die unionalen Wettbewerbsvorschriften eine Erlaubnis der betreffenden Verhaltensweise aussprechen und diese Erlaubnis nicht durch typischerweise zugleich eingreifende nationale Regeln unterminiert werden soll.

Der verbotsbehaftete Regelungsbereich von Art. 101 AEUV wird markiert durch die Tatbestandsmerkmale „Vereinbarung, Beschluss oder abgestimmte Verhaltensweise“, „zwischen Unternehmen oder von einer Unternehmensvereinigung“, Zwischenstaatlichkeit und spürbare Wettbewerbsbeschränkung.

Der erlaubnisbehaftete Regelungsbereich wird scheinbar in Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 festgelegt. Nach dieser Vorschrift darf nationales Wettbewerbsrecht keine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen Unternehmen und keinen Beschluss einer Unternehmensvereinigung verbieten, die die Zwischenstaatlichkeitsschwelle überschreiten und die aber entweder keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, die Spürbarkeitsschwelle der Wettbewerbsbeschränkung nicht erreichen oder die freigestellt sind.



Markiert wird der erlaubnisbehaftete Regelungsbereich von Art. 101 AEUV nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 also scheinbar durch die Merkmale „Vereinbarung, Beschluss oder abgestimmte Verhaltensweise“, „zwischen Unternehmen oder von einer Unternehmensvereinigung“ und „oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle“.

Das in Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 ebenfalls genannte Merkmal „nationales Wettbewerbsrecht“ gehört nicht zum erlaubnisbehafteten Regelungsbereich, sondern stellt lediglich das Bezugsobjekt dar, gegenüber dem der erlaubnisbehaftete Regelungsbereich geschützt ist. Das Merkmal „nationales Wettbewerbsrecht“ ist daher bei der Bestimmung des erlaubnisbehafteten Regelungsbereichs von Art. 101 AEUV außer Betracht zu lassen. Auch das Merkmal „oberhalb der Zwischenstaatlichkeit“ muss ausgeblendet werden, da die Verordnung 1/2003 von vornherein nur auf Fälle oberhalb der Zwischenstaatlichkeit anwendbar ist und dieses Merkmal daher nicht zusätzlich in die Definition des Begriffs nationales Wettbewerbsrecht aufgenommen werden muss.

Graphisch lässt sich der teloskonforme Regelungsbereich damit wie folgt illustrieren:

Da der verbotsbehaftete Regelungsbereich im erlaubnisbehafteten Regelungsbereich aufgeht, wird der Regelungsbereich in seinem Gesamtumfang vollständig durch die regelungsbereichsdefinierenden Merkmale des erlaubnisbehafteten Regelungsbereichs wiedergegeben.

1.2.4. Der teloskonforme Regelungsbereich von Art. 102 AEUV

Auch bei Art. 102 AEUV lässt sich zwischen dem verbotsbehafteten und dem erlaubnisbehafteten Regelungsbereich unterscheiden. Der verbotsbe-

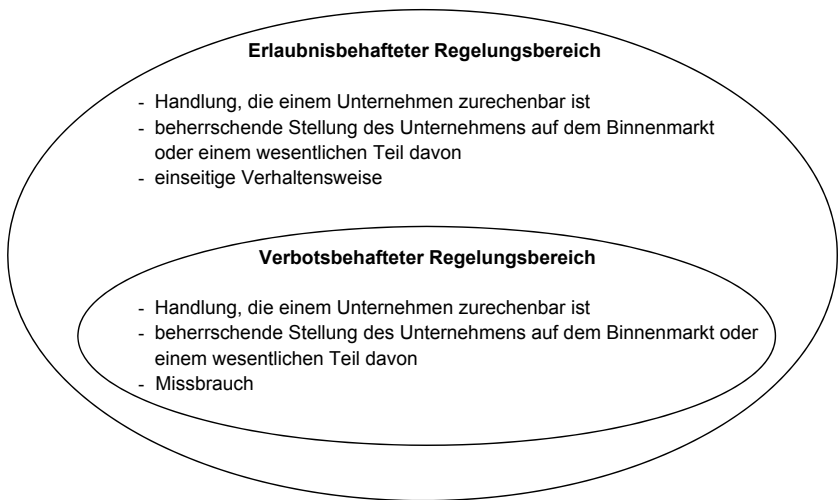
haftete Regelungsbereich wird abgesteckt durch die Merkmale „Unternehmen“, „beherrschende Stellung des Unternehmens auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil davon“, und „Missbrauch“. Eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens liegt dabei nicht nur dann vor, wenn es alleine marktbeherrschend ist, sondern auch, wenn es gemeinsam mit anderen Unternehmen den Markt beherrscht (sog. kollektive Marktbeherrschung).

Dass Art. 102 AEUV auch einen erlaubnisbehafteten Regelungsbereich kennt, mag angesichts dessen, dass Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Verordnung 1/2003 im Bereich einseitiger Verhaltensweisen strengere Regeln im nationalen Recht erlaubt, für fragwürdig gehalten werden. Der Umstand, dass dieser Regelungsbereich nicht mit Sperrwirkung für die nationalen Rechtsordnungen versehen wurde, kann jedoch nicht über seine Existenz hinwegtäuschen. Der erlaubnisbehaftete Regelungsbereich von Art. 102 AEUV wird markiert durch die Merkmale „Unternehmen“, „beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil davon“ und „einseitige Verhaltensweise“.

Jede nationale Norm, die typischerweise in diesen Bereich fällt, muss dem hier vertretenen Ansatz zufolge als nationales Wettbewerbsrecht qualifiziert und damit den kohärenzsichernden und kooperationsfördernden Vorschriften der Verordnung 1/2003 unterworfen werden.

Da der Begriff des nationalen Wettbewerbsrechts jedoch nicht auf Normen beschränkt werden soll, die typischerweise oberhalb der Zwischenstaatlichkeit eingreifen, ist bei Art. 102 AEUV in den regelungsbereichsdefinierenden Merkmalen der Bezug zum Binnenmarkt oder eines wesentlichen Teils davon zu entfernen. Vielmehr muss die Anknüpfung an eine beherrschende Stellung auf irgendeinem, auch geographisch begrenzteren Markt ausreichen.

Zusammenfassend lässt sich der Regelungsbereich von Art. 102 AEUV graphisch wie folgt veranschaulichen:



1.2.5. Transposition der regelungsbereichsorientierten Definition in handhabbare Prüfkriterien

Zu fordern ist also, dass die nationale Norm typischerweise in den Regelungsbereich von Art. 101 oder 102 AEUV fällt.

Um dies sicherzustellen, müssen alle regelungsbereichsdefinierenden Merkmale des EU-Kartellverbots typischerweise vorliegen, wenn die nationale (Straf-)Norm verwirklicht ist (aa). Die nationale Norm muss also Tatbestandsmerkmale aufweisen, die typischerweise zugleich mit den regelungsbereichsdefinierenden Merkmalen der unionalen Wettbewerbsregeln verwirklicht werden. Beispielsweise sind wie oben gesehen bei Art. 101 AEUV die Merkmale „Vereinbarung, Beschluss oder abgestimmte Verhaltensweise“, und „zwischen Unternehmen oder von einer Unternehmensvereinigung“ regelungsbereichsdefinierend. Eine nationale (Straf-)Norm erfüllt die erste Voraussetzung für die Qualifikation als nationales Wettbewerbsrecht also nur, wenn die Personen, die diese Norm typischerweise verwirklichen im Bereich ihrer Zurechenbarkeit an ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung handeln und wenn der

Tatbestandsverwirklichung typischerweise eine „Vereinbarung, ein Beschluss oder abgestimmte Verhaltensweise“ zugrunde liegt.⁶⁹⁸

Weitere Voraussetzung ist, dass die nationale Rechtsvorschrift kein zwingendes Tatbestandsmerkmal beinhaltet, das typischerweise in Fällen erfüllt ist, in denen der Regelungsbereich des EU-Kartellrechts nicht betroffen ist (bb).⁶⁹⁹ Andersfalls würde die nationale Norm nämlich nicht typischerweise zugleich mit dem Regelungsbereich der unionalen Wettbewerbsregeln akut werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Einordnung einer nationalen (Straf-)Norm als nationales Wettbewerbsrecht nach der hier entwickelten Definition das kumulative Zusammentreffen der folgenden Bedingungen voraussetzt:

- Typischerweises Vorliegen der regelungsbereichsdefinierenden Merkmale der Art. 101 oder 102 AEUV im Falle der Verwirklichung der fraglichen nationalen Norm, und
- das Fehlen eines zwingend erforderlichen Merkmals im Tatbestand der nationalen Norm, das typischerweise außerhalb des Regelungsbereichs von Art. 101 und 102 AEUV verwirklicht wird.

1.2.6. Einordnung ausgewählter Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände anhand der neu entwickelten Definition

Nachdem die hier vorgestellte Definition des Begriffs des nationalen Wettbewerbsrechts in zwei subsumtionsfähige Bedingungen übersetzt wurde, sollen nun die Straftatbestände in § 298 StGB (Submissionsbetrug), § 263 StGB (allgemeiner Betrugstatbestand) und in *Section 188 En-*

698 Zur Zurechnung wettbewerbsrelevanter Handlungen natürlicher Personen an Unternehmen siehe *Dannecker*, in: *Schick/Hilf*, Kartellstrafrecht, 2007, S. 31, 40; *Jalowietzki*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, § 82 GWB, Rn. 2 sowie *Roth/Ackermann*, in: *FK Kartellrecht*, Band 2, 2014, Art. 81 Abs. 1, Rn. 212 m.w.N.

699 Zu denken ist hier etwa an die Schutzgrenzen des Kartellrechts, beispielsweise im Zusammenspiel mit dem Immaterialgüterschutzrecht, den Regeln des Sports oder dem Verbraucherschutz (zu diesen Schutzgrenzen siehe *Nordemann*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, § 1 GWB, Rn. 204 ff. und *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 2, 2014, § 1 GWB, Rn. 166 ff.).

terprise Act 2002 sowie der Ordnungswidrigkeitentatbestand in § 81 GWB anhand dieses Tests eingeordnet werden.

1.2.6.1. Typischerweises Vorliegen der regelungsbereichsdefinierenden Merkmale der Art. 101 oder 102 AEUV im Falle der Verwirklichung der fraglichen nationalen Norm

Der Regelungsbereich von Art. 102 AEUV wird wie eben gesehen durch die Merkmale „einseitige Handlung“, „von einem Unternehmen“ sowie „in beherrschender Stellung auf (irgend-)einem sachlich und geographisch definierten Markt“ festgelegt. Regelungsbereichsdefinierende Merkmale von Art. 101 AEUV sind wie oben gesehen die „Vereinbarung, Beschluss oder abgestimmte Verhaltensweise“, und „zwischen Unternehmen oder von einer Unternehmensvereinigung“. Im Rahmen der ersten Definitionsbedingung ist also nun zu fragen, ob die regelungsbereichsdefinierenden Merkmale von Art. 101 oder 102 AEUV in den Fällen der Verwirklichung der nationalen Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände typischerweise erfüllt sind.

Der Straftatbestand des Submissionsbetrugs nach § 298 StGB wird typischerweise (wenn nicht sogar stets) von natürlichen Personen erfüllt, die im Rahmen des ihnen, von ihren Unternehmen zugewiesenen Aufgabenbereichs handeln und deren Tun damit ihrem Unternehmen zurechenbar ist.⁷⁰⁰ Ferner liegt dem Submissionsbetrug auch typischerweise eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Art. 101 AEUV zugrunde. § 298 StGB erfüllt somit die erste Definitionsbedingung.

Section 188 Enterprise Act 2002 verbietet es jedermann, mit einer anderen Person unredlicherweise eine Preisabsprache, eine Produktions- oder Verkaufsmengenbeschränkung, eine Marktaufteilung oder einen Submissionsbetrug zu vereinbaren. Typischerweise werden diese Tatbestandsmerkmale ebenfalls durch natürliche Personen im Rahmen ihrer Zurechenbarkeit zu Unternehmen erfüllt. Im Falle der Verwirklichung von *Section 188 Enterprise Act* 2002 liegt zudem auch stets eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 101 AEUV vor. Auch

⁷⁰⁰ Zur Zurechnung wettbewerbsrelevanter Handlungen natürlicher Personen an Unternehmen siehe *Dannecker*, in: *Schick/Hilf*, Kartellstrafrecht, 2007, S. 31, 40 sowie *Roth/Ackermann*, in: FK Kartellrecht, Band 2, 2014, Art. 81 Abs. 1, Rn. 212 m.w.N.

Section 188 *Enterprise Act* 2002 genügt daher der ersten Definitionsbedingung.

Selbiges gilt für den Ordnungswidrigkeitentatbestand in § 81 GWB. Dieser wird stets von natürlichen Personen im Bereich ihrer Zurechenbarkeit zu Unternehmen erfüllt und knüpft an Koordinierungssachverhalte an, die typischerweise auch „Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmten Verhaltensweisen“ im Sinne von Art. 101 AEUV darstellen.

Zweifelhaft erscheint demgegenüber, ob auch beim deutschen Betrugsstatbestand aus § 263 StGB die regelungsbereichsdefinierenden Merkmale der Art. 101 oder 102 AEUV typischerweise vorliegen. Fraglich ist bereits, ob Betrugsfälle von natürlichen Personen typischerweise im Rahmen ihres, von ihrem Unternehmen zugewiesenen Aufgabenbereichs erfolgen und damit im Rahmen ihrer Zurechenbarkeit zu Unternehmen begangen werden, da sie wohl häufig auch im rein privaten Bereich anzutreffen sind. Für eine Berührung des Regelungsbereichs von Art. 102 AEUV wäre weiterhin erforderlich, dass das Betrugsdelikt typischerweise aus einer marktbeherrschenden Stellung heraus begangen wird. Dies ist nicht der Fall. Um typischerweise in den Regelungsbereich von Art. 101 AEUV zu fallen, müsste der Tatbestandsverwirklichung typischerweise eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 101 AEUV zugrunde liegen. Ob eine Täuschung im Sinne von § 263 StGB gegeben ist, wenn in Ausführung einer Kartellvereinbarung ein Produkt zu einem abgesprochenen Preis verkauft wird, ist im Detail umstritten.⁷⁰¹ Jedenfalls aber sind solche Verkäufe in Ausführung einer Kartellvereinbarung nicht die typischen Anwendungsfälle der Täuschung.

Der Betrugstatbestand aus § 263 StGB geht daher nicht typischerweise mit einer Verwirklichung der regelungsbereichsdefinierenden Merkmale der Art. 101 und 102 AEUV einher und erfüllt damit schon nicht die erste der beiden oben erläuterten Definitionsbedingungen. § 298 StGB, Section 188 *Enterprise Act* 2002 und § 81 GWB sind indessen nun unter das zweite Definitionskriterium zu subsumieren.

701 Siehe Best, GA 2003, 157, 163; Cramer/Panadis, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, § 81 GWB, Rn. 53 ff.; Federmann, Kriminalstrafen im Kartellrecht, 2006, S. 125 ff.; Lampert/Götting, WuW 2002, 1069, 1069 f. und Lange, ZWeR 2003, 352, 366.

1.2.6.2. Fehlen eines zwingenden Merkmals im Tatbestand der nationalen Norm, das typischerweise außerhalb des Regelungsbereichs von Art. 101 und 102 AEUV verwirklicht wird

§ 298 StGB erfordert im objektiven Tatbestand eine qualifizierte Ausschreibung, eine rechtswidrige Absprache, die Finalität der Absprache sowie die Abgabe eines Angebots. Im subjektiven Tatbestand ist Vorsatz erforderlich. Keines dieser Tatbestandsmerkmale ist dabei typischerweise durch eine Verhaltensweise erfüllt, die nicht zugleich auch in den Regelungsbereich von Art. 101 AEUV fällt. Auch die Vorschriften in *Section 188 Enterprise Act 2002* und § 81 GWB enthalten kein derartiges Tatbestandsmerkmal. Daher genügen alle drei Tatbestände auch der zweiten Definitionsbedingung und sind damit nationales Wettbewerbsrecht im Sinne des hier vorgeschlagenen Definitionsentwurfs.

Nachdem nun eine Definition des Begriffs des nationalen Wettbewerbsrechts entwickelt wurde, ist der Blick auf den Begriff der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten zu richten.

2. Staatsanwaltschaften und Verwaltungsbehörden als „Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten“

Der Begriff der „Wettbewerbsbehörde der Mitgliedsstaaten“ hat sowohl für die kohärenzbezogenen Verordnungsvorschriften aus den Art. 3, 11 Abs. 6 und 16 Abs. 2, als auch für die kooperationsbezogenen Vorschriften der Art. 11 Abs. 2-5, 12, 13 und 22 Verordnung 1/2003 Bedeutung. Staatsanwaltschaften und für Ordnungswidrigkeiten zuständige Verwaltungsbehörden unterfallen diesen Ordnungsinstrumenten nur, wenn sie als nationale Wettbewerbsbehörde im Sinne der Verordnung 1/2003 anzusehen sind.⁷⁰² Die Einbindung der nationalen Gerichte, wie etwa der Strafgerichte, ist hingegen zumeist unabhängig vom Begriff der nationalen Wettbewerbsbehörde und wird daher erst später vertieft.⁷⁰³

Die Bestimmung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten wird in der Verordnung 1/2003 in Art. 35 Abs. 1 geregelt. Darin heißt es:

702 Zum diesbezüglich zweifelhaften Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 siehe unten § 3 IV. 2., 2.3.

703 Siehe unten § 3 IV. 7.

„Die Mitgliedsstaaten bestimmen die für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags zuständige(n) Wettbewerbsbehörde(n) so, dass die Bestimmungen dieser Verordnung wirksam angewandt werden.“

In Ausführung dieser Vorschrift haben alle Mitgliedsstaaten per Gesetz eine oder mehrere nationale Behörden zu ihrer Wettbewerbsbehörde bestimmt.⁷⁰⁴ In Ländern mit schwerpunktmäßig verwaltungsrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung wurden durchgehend nur die zur Durchsetzung dieser verwaltungsrechtlichen Sanktionen zuständigen Verwaltungsbehörden ernannt. Beispielsweise bestimmt § 50 GWB für Deutschland, dass „das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zuständige Wettbewerbsbehörden im Sinne des Artikels 35 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003“ sind. Die Staatsanwaltschaften, die die Ermittlungen zur Durchsetzung der nationalen Kartellstraftatbestände führen und in diesen Verfahren die Anklage erheben, wurden, außer in Irland, nicht zur nationalen Wettbewerbsbehörde im Sinne der Verordnung 1/2003 ernannt.⁷⁰⁵

Um festzustellen, ob den nicht ernannten Strafverfolgungsorganen die Instrumente aus den Art. 11, 12 und 22 Verordnung 1/2003 tatsächlich vorenthalten bleiben und sie auch nicht den Bindungen der Art. 3, 11 Abs. 6 und 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 unterliegen, muss untersucht werden, ob die offizielle Bestimmung durch den Mitgliedsstaat für den Status als „nationalen Wettbewerbsbehörde“ konstitutive Wirkung entfaltet.

704 Siehe ausführlich *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 125. Siehe auch die Auflistungen bei *Europäische Kommission*, Competition Authorities, 2012, http://ec.europa.eu/competition/ecn/competition_authorities.html (zuletzt abgerufen am 18.5.2012); *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, EG-KartellVO, 2004, Art. 35, Rn. 606; *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, 2006, S. 35 ff. und *Howard/Rose/Roth*, in: Bellamy & Child, 2008, Rn. 14.171.

705 Siehe die Auflistungen bei *Europäische Kommission*, Competition Authorities, 2012, http://ec.europa.eu/competition/ecn/competition_authorities.html (zuletzt abgerufen am 18.5.2012); *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, EG-KartellVO, 2004, Art. 35, Rn. 606; *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, 2006, S. 35 ff. und *Howard/Rose/Roth*, in: Bellamy & Child, 2008, Rn. 14.171. Zu Irland siehe *Mackey*, Which Hat Should I Wear Today?, 2004, <http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/2004-05-08%20ICEL%20Noreen%20Mackey.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 1 sowie *Cahill*, in: *Cahill*, The Modernisation of EU Competition Law Enforcement, 2004, S. 273, 287 ff.

tet. Die dies bejahende ganz herrschende Auffassung soll zunächst vorgestellt und sodann eine hiervon abweichende Gegenposition veranschaulicht werden.

2.1. Die Ansicht von der konstitutiven Wirkung der Bestimmung i.S.d. Art. 35 Abs. 1 Verordnung 1/2003 für den Status als „Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedsstaats“

Die meisten Stimmen aus Wissenschaft und Praxis gehen davon aus, dass die, von den Mitgliedsstaaten getroffene, förmliche Bestimmung einzelner Behörden im Sinne von Art. 35 Abs. 1 Verordnung 1/2003 für den Status der „Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedsstaats“ konstitutive Wirkung hat.⁷⁰⁶ Teilweise erklären diese Autoren, dass der Begriff der Wettbewerbsbehörde zu Zeiten der Verordnung 17/62 in seinen Konturen sehr strittig gewesen sei.⁷⁰⁷ Nach Einführung der Verordnung 1/2003 habe sich dieser Streit jedoch erledigt, da nun allein die Bestimmung durch den jeweiligen Mitgliedsstaat maßgeblich sei.⁷⁰⁸

2.2. Das funktionale Begriffsverständnis als hiervon abweichende Gegenposition

Vereinzelte Stimmen scheinen allerdings von der herrschenden Meinung abzuweichen. Sie erklären, dass für den Status der Wettbewerbsbehörde

706 So ausdrücklich *Bischke*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 35 Verordnung 1/2003, Rn. 74 und *Lampert/Niejahr/Kübler/Weidenbach*, EG-KartellVO, 2004, Art. 35, Rn. 606. Siehe ferner *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 125; *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, 2006, S. 35 m.w.N. sowie *van der Woude*, in: *Ehlermann/Atanasiu*, European Competition Law Annual 2002, 2003, S. 369, 372.

707 Siehe *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, 2006, S. 35 m.w.N. und *van der Woude*, in: *Ehlermann/Atanasiu*, European Competition Law Annual 2002, 2003, S. 369, 372.

708 Siehe *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, 2006, S. 35.

eines Mitgliedsstaats ausschlaggebend sei, ob die betreffende Stelle mit der Befugnis versehen ist, nationales Wettbewerbsrecht durchzusetzen.⁷⁰⁹

Diese Auffassung differiert von der obigen Sichtweise, da nicht mehr die förmliche Bestimmung, die in jedem Mitgliedsstaat erfolgt ist, für maßgeblich gehalten wird, sondern der Status der Wettbewerbsbehörde rein funktional bestimmt wird und alle nationalen Stellen und Instanzen einbindet, die nach nationales Wettbewerbsrecht durchsetzen.

Dieses funktionale Verständnis könnte man auch dadurch erklären, dass bereits die in der nationalen Rechtsordnung erfolgte Zuständigkeitszuweisung für die wettbewerbsrechtlichen nationalen Normen als (implizite) Bestimmung zur Wettbewerbsbehörde i.S.d. Art. 35 Abs. 1 Satz 1 Verordnung 1/2003 verstanden wird.⁷¹⁰ Die spätere, förmliche und ausdrückliche Bestimmung einzelner Stellen zur Wettbewerbsbehörde muss dann hinsichtlich des Status der Wettbewerbsbehörde für bedeutungslos erachtet werden. Zu dieser zwingenden Konsequenz bekennen sich die Vertreter des funktionalen Ansatzes jedoch nicht ausdrücklich.

Auf die oben gestellte Frage, ob die Strafverfolgungsbehörden als Wettbewerbsbehörden eines Mitgliedsstaats angesehen werden und in der Folge in die Verordnungsinstrumente eingebunden sind, müsste man mit diesem funktionalen Ansatz antworten, dass Staatsanwälte immer dann Wettbewerbsbehörden ihres Mitgliedsstaats wären, wenn die von ihnen durchgesetzten (Kartell-)Straftatbestände nationales Wettbewerbsrecht darstellen.

2.3. Würdigung der vorstehenden Ansichten

Auf der Suche nach Argumenten für und wider die in Betracht kommenden Ansätze muss der Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 Satz 1 Verordnung

709 So *Böge/Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 45; *Böge/Bardong*, in: MüKo Kartellrecht, Band 2, 2008, § 22 GWB, Rn. 11; *Faull/Nickpay*, EC Law of Competition, 2007, Rn. 2.75 und wohl auch *Zuber*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 16 Verordnung 1/2003, Rn. 11. Ähnlich auch *Burrichter/Hennig*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 22 Verordnung 1/2003, Rn. 12; *Dalheimer*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 5 Verordnung 1/2003, Rn. 3 und 4 sowie Art. 35 Rn. 4 und 6 sowie *Ritter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 35 Verordnung 1/2003, Rn. 1.

710 So auch *Faull/Nickpay*, EC Law of Competition, 2007, Rn. 2.75.

1/2003 der erste Betrachtungsgegenstand sein. Dieser besagt, dass die Mitgliedsstaaten „die für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags zuständige(n) Wettbewerbsbehörde(n) so [bestimmen], dass die Bestimmungen dieser Verordnung wirksam angewandt werden.“ Daraus wird deutlich, dass den Mitgliedsstaaten die Bestimmungsgewalt übertragen wurde und diese sie in einer Weise ausüben müssen, die die effektive Anwendung der Verordnung gewährleistet. Durch welchen Akt die Bestimmung durch die Mitgliedsstaaten zu erfolgen hat, wird nicht vorgegeben. Eine ausdrückliche Ernennung zur offiziellen Wettbewerbsbehörde des Mitgliedsstaats, wie sie tatsächlich in allen Mitgliedsstaaten erfolgt ist, wird nicht ausgeschlossen. Sind nach der einzelstaatlichen Rechtsordnung mehrere Stellen zur Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts befugt, wurden jedoch nicht alle dieser Stellen auch ausdrücklich zur Wettbewerbsbehörde des Mitgliedsstaats im Sinne von Art. 35 Verordnung 1/2003 ernannt, stellt sich damit die Frage, ob diese ausdrückliche Ernennung gegenüber einer impliziten Ernennung in Form einer entsprechenden Zuständigkeitszuweisung vorrangig ist. Da die Verordnung die Bestimmung des nationalen Netzmitglieds den Mitgliedsstaaten überantwortet, und die ausdrückliche Ernennung den wahren Willen des Mitgliedsstaats widerzugeben scheint, mag dieser Vorrang der offiziellen Bestimmung sachgerecht sein.

Ein gewichtiges Argument gegen die konstitutive Wirkung der offiziellen Ernennungen stellt jedoch der dann eintretende Kohärenzverlust in der Anwendung des unionalen und nationalen Wettbewerbsrechts dar. Die kohärenzsichernden Vorschriften aus Art. 11 Abs. 6 und Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 richten sich ausweislich ihres Wortlauts ausschließlich an die „Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten“. Die Unanwendbarkeit von Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 auf die Staatsanwaltschaften würde dazu führen, dass das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren parallel zum Kartellverfahren der Kommission betrieben werden dürfte, und die Ermittlungsarbeit der Kommission dann behindern könnte. Im Falle der Unanwendbarkeit von Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 bestünde nach Abschluss des Kommissionsverfahrens die Gefahr, dass die Staatsanwaltschaft von der Rechtsauffassung der Kommission abweicht, und etwa ein auf denselben Sachverhalt bezogenes Strafverfahren bis zur Anklage führt, obwohl die Kommission aus rechtlichen Gründen im selben Fall keinen Verstoß gegen die unionalen Wettbewerbsregeln angenommen hat.

Ob auch die Kohärenzbindung aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 nur dann auf alle, das nationale Wettbewerbsrecht durchsetzenden Stellen an-

gewandt werden kann, wenn diese, infolge des funktionalen Ansatzes, als nationale Wettbewerbsbehörden anzusehen sind, ist fraglich. Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 enthält selbst keine Regelung des Adressatenkreises, so dass die Bindung aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 an jeden Rechtsanwender gerichtet sein könnte. Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 steht jedoch in engem teleologischen und systematischen Zusammenhang zu den Absätzen 1 und 3, die sich beide nur an „Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten“ und an einzelstaatliche Gerichte wenden. Auch einige der zu Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auffindbaren Literaturstimmen gehen implizit wohl von einer Beschränkung des Adressatenkreises der Norm auf „Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten“ und einzelstaatliche Gerichte aus.⁷¹¹ Somit kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch die Kohärenzbindung des Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 die das nationale Wettbewerbsrecht durchsetzenden Stellen nur erfasst, wenn diese als mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden im Sinne der Verordnung zu qualifizieren sind, was sich einzig über den funktionalen Ansatz erreichen lässt. Wären die Staatsanwaltschaften der Kohärenzbindung aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 nicht unterworfen, könnten sie ein Strafverfahren zur Durchsetzung des heimischen Kartellstraftatbestands auch in Fällen einleiten, in denen, gemessen am Maßstab des EU-Kartellrechts keine Wettbewerbsbeschränkung gegeben ist oder in denen ein Freistellungstatbestand eingreift. Obwohl das Strafgericht, das selbst der Bindung aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 unterliegt,⁷¹² den Beschuldigten in diesen Fällen später freisprechen müsste, wäre die Einheit der Wettbewerbsordnung dann durch das Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft gestört. Der drohende Kohärenzverlust in der Anwendung des Wettbewerbsrechts spricht daher gewichtig gegen die Maßgeblichkeit der ausdrücklichen Nominierungen und für ein funktionales Kriterium.

Gegen dieses funktionale Kriterium lässt sich indessen einwenden, dass die Einbindung aller Stellen, die nationales Wettbewerbsrecht oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle durchsetzen, in das ECN praktische Schwierigkeiten auslöst. Zumindest nach dem oben formulierten Konzept zur Definition des „nationalen Wettbewerbsrechts“ stellen viele Straftatbestände nationales Wettbewerbsrecht dar, und alle sie durchsetzenden

711 Siehe Böge/Bardong, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 45.

712 Siehe hierzu unten § 3 IV. 7.

Staatsanwälte wären damit als nationale Wettbewerbsbehörden anzusehen. In Deutschland würde das etwa alle Staatsanwälte betreffen, die für die Durchsetzung von § 298 StGB zuständig sind. Während die Unterrichtspflichten aus Art. 11 Verordnung 1/2003 aufgrund der vergleichsweise geringen Häufigkeit von strafbaren Kartellverstößen vielleicht noch handhabbar wäre, müsste all diesen Staatsanwälten auch unmittelbarer Zugang zum Intranet des ECN gewährt werden, in das äußerst vertrauliche Informationen eingestellt werden. Die immens erhöhte Zahl der Intranet-Zugangsvorrichtungen würde die Gefahr des Entwendens vertraulicher Informationen potenzieren.

Mit dem sogleich vorzustellenden Interpretationsvorschlag ist es jedoch möglich, den Begriff der „Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten“ den Bedürfnissen der kohärenzbezogenen Ordnungsregelungen gemäß weit zu verstehen und dennoch die Zahl der an den *kooperationsbezogenen* Verordnungsinstrumenten teilnehmenden Stellen nicht ausufern zu lassen. Nach hier vertretener Ansicht ist deshalb letztlich dem funktionalen Ansatz zur Definition des Begriffs der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedsstaates zu folgen.

2.4. Vorstellung eines eigenen funktionalen Begriffsverständnisses unter Auslegung der offiziellen Bestimmungen als Aufgabenzuweisung nach Art. 35 Abs. 2 Verordnung 1/2003

Dem funktionalen Verständnis entsprechend sind im Rahmen von Art. 3, 11 Abs. 6 und 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 alle nationalen Stellen und Instanzen als „Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten“ anzusehen, die nach der einzelstaatlichen Zuständigkeitsordnung nationales Wettbewerbsrecht oberhalb der Zwischenstaatlichkeit anwenden. Um nun dennoch den Kreis der „Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten“ im Rahmen der *kooperationsbezogenen* Vorschriften der Verordnung enger zu ziehen, bieten sich zwei Wege an.

Der eine bestünde darin, eine Begriffsspaltung zuzulassen. Dann würde man im Rahmen der kohärenzbezogenen Verordnungsvorschriften die funktionelle Auslegung zugrunde legen und bei den *kooperationsbezogenen* Vorschriften die offizielle „Bestimmung“ für maßgeblich halten. Von dieser Begriffsspaltung ist jedoch abzusehen, wenn die Verordnung einen Weg weist, der sie entbehrlich macht. Dieser Weg wird nach hier vertretener Auffassung in Art. 35 Abs. 2 Verordnung 1/2003 eröffnet. Diese Vor-

schrift besagt, dass die Mitgliedsstaaten, falls sie mehrere Behörden mit der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft betrauen, diesen unterschiedliche Befugnisse und Aufgaben zuweisen können. Nach hier vertretener Auffassung sind die offiziellen Ernennungen zur Wettbewerbsbehörde des jeweiligen Mitgliedsstaats als solche Aufgabenzuweisung im Sinne von Art. 35 Abs. 2 Verordnung 1/2003 zu verstehen. Aus dem funktional bestimmten, und damit weiten Kreis der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten haben die Mitgliedsstaaten, nach diesem Ansatz, durch ihre Ernennungen lediglich die speziell kooperationsbezogenen Aufgaben und Befugnisse bestimmten Stellen zugewiesen und die kohärenzbezogenen Pflichten der Verordnung 1/2003 jedoch unberührt gelassen.

Dass die Mitgliedsstaaten bei ihren Nominierungen der Ansicht waren, dass sie hierdurch lediglich eine Zuweisung der kooperationsbezogenen Aufgaben gemäß Art. 35 Abs. 2 Verordnung 1/2003 vornahmen, ist unwahrscheinlich. So erklärt etwa der deutsche Ernennungsakt, § 50 Abs. 1 GWB, dass „das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zuständige Wettbewerbsbehörden im Sinne des Artikels 35 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 sind.“⁷¹³ Der deutsche Gesetzgeber ging also nicht davon aus, lediglich eine Aufgabenzuweisung im Sinne von Art. 35 Abs. 2 Verordnung 1/2003 zu erlassen.

Dennoch entspricht diese Auslegung als Aufgabenzuweisung nach Art. 35 Abs. 2 Verordnung 1/2003 der wahren Willenslage der Mitgliedsstaaten. Diese wollten nämlich nicht die Konvergenzpflicht des Art. 3 Abs. 1 und 2 und die übrigen kohärenzbezogenen Vorschriften der Verordnung 1/2003 auf einige Behörden begrenzen. Vielmehr wollten sie lediglich die Mitgliedschaft im Kooperationsverbund des ECN regeln und nationale Stellen, die sie für die mit der Mitgliedschaft verbundenen Pflichten und Rechte für ungeeignet hielten, ausschließen.

Wenn man die förmlichen Ernennungen zur nationalen Wettbewerbsbehörde nun als Aufgabenzuweisung im Sinne von Art. 35 Abs. 2 Verordnung 1/2003 versteht, ist zu prüfen, welche Aufgaben den offiziell ernannten Behörden im Einzelnen zugewiesen wurden.

In einigen Fällen lässt sich dies sehr leicht feststellen. So hat etwa Irland bei der offiziellen Ernennung festgelegt, welche Behörde für welche

713 Hervorhebung durch den Verfasser.

Aufgabe aus der Verordnung zur nationalen Wettbewerbsbehörde bestimmt wird.⁷¹⁴ Im Falle solcher nach Aufgaben differenzierenden Bestimmungen liegt es auf der Hand, welcher Behörde welche Aufgaben zugewiesen werden sollten.

Schwieriger zu beurteilen sind hingegen die Fälle, in denen ein Mitgliedsstaat eine Behörde zu seiner Wettbewerbsbehörde bestimmt hat, ohne nach einzelnen Aufgaben aus der Verordnung 1/2003 zu differenzieren. Die Frage, welche Aufgaben dann dieser Behörde exklusiv zugewiesen wurden und welche Aufgaben hingegen allen, funktional bestimmten Wettbewerbsbehörden verbleiben, ist dann anhand der Belange der Funktionsfähigkeit der jeweiligen Verordnungsvorschrift zu beantworten. Wie bereits zuvor erwähnt sind die kooperationsbezogenen Instrumente der Verordnung 1/2003 nur dann funktionsfähig, wenn der Kreis der, in den Kooperationsverbund eingebundenen Behörden begrenzt ist. Solch kooperationsbezogene Pflichten und Befugnisse sind zweifelsohne diejenigen der Art. 12, 13 und Art. 22 Verordnung 1/2003 sowie diejenigen, die in der sog. Netzwerkbekanntmachung begründet sind, wozu insbesondere der Fallverteilungsmechanismus zählt. Eine allgemein gehaltene „Bestimmung zur Wettbewerbsbehörde im Sinne von Art. 35 Abs. 1 Verordnung 1/2003“, wie sie etwa in Deutschland erfolgt ist, ist daher als exklusive Zuweisung der Aufgaben und Befugnisse aus den Art. 12-13 und Art. 22 Verordnung 1/2003 und der Pflichten aus der Netzwerkbekanntmachung zu verstehen. Anderen nationalen Stellen, die ebenfalls nationales Wettbewerbsrecht anwenden, und daher Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn darstellen, bleiben diese Mechanismen also vorenthalten.

Von der in der Ernennung zur Wettbewerbsbehörde enthaltenen Aufgabenzuweisung umfasst sind zutreffenderweise auch die Unterrichtungspflichten aus den Art. 11 Abs. 1 bis 5 Verordnung 1/2003. Dieser Unterrichtsverbund dient zwar mitunter auch der Gewährleistung der Kohärenz in der Anwendung der Wettbewerbsregeln. Die Unterrichtungspflichten sollen daneben jedoch auch sicherstellen, dass Parallelverfahren frühzeitig erkannt und der Fallallokationsmechanismus wirksam genutzt werden kann, sowie dass jedes Netzmitglied feststellen kann, ob eine andere Behörde bereits in der Vergangenheit in einer bestimmten, nun verfolgten Sache tätig war und ein Informationsersuchen nach Art. 12 Abs. 1 Verord-

714 Siehe hierzu *Mackey, Which Hat Should I Wear Today?*, 2004, <http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/2004-05-08%20ICEL%20Noreen%20Mackey.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 1.

nung 1/2003 an diese Behörde daher lohnenswert sein kann. Die Übermittlung der im Rahmen der Unterrichtungspflicht mitgeteilten Informationen erfolgt zudem über das ECN-Intranet, zu welchem der Kreis der zugangsberechtigten Stellen aus Gründen des Vertraulichkeitsschutzes eng zu halten ist. Es ist daher davon auszugehen, dass die nationalen Gesetzgeber mit einer undifferenzierten Ernennung einer Behörde zur nationalen Wettbewerbsbehörde dieser auch die Aufgaben aus Art. 11 Abs. 1 bis 5 Verordnung 1/2003 exklusiv zuweisen wollten.

Die Pflichten aus den kohärenzbezogenen Vorschriften in Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 11 Abs. 6 und Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 setzen für ihre Funktionsfähigkeit hingegen keinen beschränkten Adressatenkreis voraus. Vielmehr kommen sie ihrer Aufgabe der Kohärenzsicherung in umso größeren Umfang nach, je mehr nationale Stellen eingebunden sind. Speziell gegen die Anwendung von Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 auf alle Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn ließe sich allerdings vorbringen, dass diese Norm mit der Unterrichtungspflicht aus Art. 11 Abs. 4 Verordnung 1/2003 in Zusammenhang steht, welche nach den soeben getroffenen Ausführungen nur den offiziell zu Netzmitgliedern ernannten Wettbewerbsbehörden zugewiesen wurde. Nach Art. 11 Abs. 4 Verordnung 1/2003 haben die nationalen Wettbewerbsbehörden beabsichtigte Entscheidungen mindestens 30 Tage vor ihrem Erlass der Kommission zu übermitteln. Die Kommission kann den Entscheidungsentwurf dann auf Kohärenz mit ihrer eigenen Anwendungspraxis überprüfen und entscheiden, ob sie zur Verhinderung von Abweichungen der nationalen Behörde die Zuständigkeit mittels Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 entziehen soll. Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 gewinnt also, so könnte man meinen, nur im Zusammenspiel mit Art. 11 Abs. 4 Verordnung 1/2003 praktische Bedeutung.

Eine solche Einschätzung wäre jedoch überzogen. Die Geltung der Evokationswirkung, und die damit einhergehende „Vorfahrt“ des Kommissionsverfahrens gegenüber den Verfahren aller mitgliedersstaatlichen Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn bringt sehr wohl auch ohne den Unterrichtsmechanismus des Art. 11 Abs. 4 Verordnung 1/2003 Vorteile. Diese bestehen zum einen darin, dass aufgrund des Stillstands aller nationalen Verfahren die Ermittlungstätigkeit der Kommission nicht durch die parallele Verfolgungsarbeit nationaler Behörden gefährdet werden kann. Zum anderen würden, soweit man neben Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 zugleich auch Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auf alle Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn erstreckt, alle nachfolgenden

Entscheidungen dieser Wettbewerbsbehörden einer strengen Bindung an die Kommissionsentscheidung unterworfen und so die Kohärenz der Kartellrechtsanwendung erhöht. Das Manko der fehlenden Geltung der Unterrichtungspflichten aus Art. 11 Abs. 4 Verordnung 1/2003 hebt die Funktionalität des Instruments aus Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 also nur zu einem geringen Teil auf.

Im Ergebnis sind damit undifferenzierte Bestimmungen einer Behörde zur nationalen Wettbewerbsbehörde nach hier vertretener Auffassung nicht als Zuweisung der Aufgaben und Befugnisse aus den Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 11 Abs. 6 und Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auszulegen. Diese gelten daher nach hier vertretenem Ansatz für alle Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn.⁷¹⁵

Zusammenfassend kann nun festgestellt werden, dass nach hier vertretener Auffassung alle Stellen und Instanzen, die nach der nationalen Zuständigkeitsordnung zur Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts auf zwischenstaatliche Sachverhalte befugt sind, unter den Begriff der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten fallen. Soweit die förmlichen Ernennungsakte der Mitgliedsstaaten nicht einzelne Aufgaben und Pflichten zwischen den ernannten Behörden verteilen, sondern die betreffenden Behörden ohne weitere Differenzierung zur nationalen Wettbewerbsbehörde erheben, sind diese Ernennungen in Aufgabenzuweisungen umzu-deuten, mit denen die kooperationsbezogenen Verordnungsinstrumente allein diesen, förmlich ernannten Behörden zugewiesen wurden. Die kohärenzbezogenen Verordnungsinstrumente der Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 11 Abs. 6 und Art. 16 Abs. 2 gelten nach hier vertretener Auffassung hingegen grundsätzlich für alle Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn.⁷¹⁶

Würde man, entgegen der hier vertretenen Auffassung, dem konstitutiven Ansatz zur Definition des Begriffs der Wettbewerbsbehörde folgen, käme man zu dem Schluss, dass die nicht förmlich zur nationalen Wettbewerbsbehörde ernannten Stellen grundsätzlich sowohl von den kohärenz-

715 Für die Anwendbarkeit von Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 in von mitgliedsstaatlichen Staatsanwaltschaften, und damit von Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn geführten Verfahren auch *Wils*, *Principles of European Antitrust Enforcement*, 2005, S. 43 und 51 sowie *Wils*, *Efficiency and Justice*, 2008, S. 171.

716 Zur Frage der Anwendung der Art. 11 Abs. 6 und 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auf von Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn geführte Kartellstrafverfahren gegen natürliche Personen siehe weiter unten § 3 D. IV. 4. und 5.

als auch von den kooperationsbezogenen Verordnungsinstrumenten ausgeschlossen sind. Einzig die Kohärenzbindung aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 könnte angesichts des insofern offenen Normwortlauts auf sie angewendet werden.

3. Die Zulässigkeit der Weitergabe von Informationen an Strafverfolgungsorgane angesichts der Schranke des Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003

3.1. Einführung

Wie nun verdeutlicht wurde, sind die kooperationsbezogenen Rechte und Befugnisse aus der Verordnung durch die Mitgliedsstaaten jedenfalls nur den offiziell zur „Wettbewerbsbehörde“ ernannten Einheiten vorbehalten. Insbesondere können also Amtshilfegesuche nach den Art. 12 und 22 Verordnung 1/2003 nur von diesen abgefasst werden. Da die, die Kartellstraftatbestände in den einzelnen Mitgliedsstaaten durchsetzenden Behörden nahezu durchgehend nicht zur offiziellen Wettbewerbsbehörde ihres Landes ernannt wurden, können diese daher nicht selbst die Instrumente der Art. 12 und 22 Verordnung 1/2003 nutzen.

Denkbar wäre jedoch, dass die Strafverfolgungsbehörden, die einen Kartellstraftatbestand im Inland durchsetzen, die für ihren Mitgliedsstaat offiziell ernannte Wettbewerbsbehörde um ein Gesuch bitten und so mittelbar die Instrumente des ECN für die Strafverfolgung nutzen können. Dies würde jedoch voraussetzen, dass das Unionsrecht die Weitergabe der durch das nationale Netzmitglied auf sein Gesuch hin erhaltenen Informationen an die Staatsanwaltschaft und Strafgerichte zulässt und diese die überbrachten Informationen anschließend auch in ihrem Verfahren verwerten dürften. Zudem müsste das innerstaatliche Recht einen Amtshilfe-mechanismus zwischen Netzmitglied und Strafverfolgungsbehörde beinhalten, auf dessen Grundlage die Strafverfolgungsbehörde das nationale Netzmitglied um die Absendung eines bestimmten ECN-Gesuchs bitten könnte. Im Folgenden soll die unionsrechtliche Zulässigkeit der Weitergabe von über das ECN erhaltenen Informationen an nicht in das Netz aufgenommene Behörden behandelt werden. Außer Betracht bleiben demgegenüber die in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen zu regelnden Grundlagen für diese Weitergabe.

3.2. Vorstellung und Auslegung der ausschlaggebenden Norm des Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003

Gemäß Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 sind die Kommission, die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten sowie die Beamten anderer Behörden der Mitgliedsstaaten verpflichtet, „keine Informationen preiszugeben, die sie bei der Anwendung dieser Verordnung erlangt oder ausgetauscht haben und die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen.“ Dieses Verbot gilt jedoch „unbeschadet des Austauschs und der Verwendung der Informationen gemäß den Artikeln 11, 12, 14, 15 und 27.“⁷¹⁷

Unter das Berufsgeheimnis fallen grundsätzlich alle Informationen, die den durch Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 verpflichteten Behörden im Rahmen ihrer Amts- oder Ausschusstätigkeit bekannt geworden sind.⁷¹⁸ Ausgenommen sind lediglich Informationen, die bereits veröffentlicht sind oder die so trivial sind, dass sie des Vertrauensschutzes nicht würdig sind.⁷¹⁹

Im Folgenden muss ermittelt werden, an welche Stellen eine Weitergabe von über das ECN ausgetauschten Informationen erlaubt ist.

3.2.1. Der Begriff der „Preisgabe“ im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003

„Preisgabe“ im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 bedeutet jede Übermittlung an Dritte.⁷²⁰ Nur die Informationsweitergabe an einzelstaatliche Gerichte im Rahmen des vom Netzmitglied betriebenen Verfahrens sowie Informationsströme innerhalb einer Behörde stellen keine Preisgabe dar, da die verfahrensmäßig eingebundenen Gerichte und interne Kollegen

⁷¹⁷ Siehe Normtext von Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003.

⁷¹⁸ *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, 2006, S. 159 m.w.N. Siehe auch Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 28.

⁷¹⁹ *Kerse/Khan*, EC Antitrust Procedure, 2012, Rn. 2-071.

⁷²⁰ *Barthelmeß/Rudolf*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 30; *Miersch*, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 14.

keine Verfahrensdritten sind.⁷²¹ Die Informationsweitergabe unter den ECN-Netzmitgliedern, wie sie in Art. 11 und 12 der Verordnung vorgesehen ist, stellt hingegen eine Preisgabe dar.⁷²²

Gerade mit Blick auf das Kartellstrafrecht ist nun zu bemerken, dass die zu Netzmitgliedern erhobenen Wettbewerbsbehörden in den Mitgliedsstaaten Großbritannien und Irland üblicherweise zunächst auch die strafrechtliche Ermittlungsarbeit leisten und die Fälle nach Abschluss der Ermittlungen zur Anklageerhebung an die Staatsanwaltschaften oder, bezogen auf die britische Wettbewerbsbehörde, an das Serious Fraud Office weiterleiten können.⁷²³ Da die Staatsanwaltschaften dann zwingend an dem, ursprünglich von der zum Netzmitglied erhobenen Wettbewerbsbehörde betriebenen Strafverfahren beteiligt werden müssen, wäre es denkbar, sie dann nicht als Verfahrensdritte anzusehen. Die Übergabe der Fallakten von der angestammten Wettbewerbsbehörde an die Staatsanwaltschaft und der damit einhergehende Informations- und Beweismitteltransfer würde dann keine Preisgabe darstellen. Ist die Wettbewerbsbehörde nach der innerstaatlichen Verfahrensordnung hingegen nicht am Kartellstrafverfahren beteiligt, besteht keine verfahrensmäßige Verbindung zwischen ihnen und den Staatsanwaltschaften. Die Weitergabe von ECN-Informationen an diese Staatsanwaltschaften stellt dann sicherlich eine Preisgabe im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 dar.

3.2.2. Die Ausnahmetatbestände in Art. 28 Abs. 2 Halbsatz 1 Verordnung 1/2003

Ausweislich Art. 28 Abs. 2 Halbsatz 1 Verordnung 1/2003 sind diejenigen Informationsweitergaben vom Preisgabeverbot ausgenommen, die auf der Grundlage der Art. 11, 12, 14, 15 und 27 Verordnung 1/2003 erfolgen. Die nicht zu nationalen Wettbewerbsbehörden berufenen Stellen sind wie soeben gesehen von den Instrumenten der Art. 11 und 12 Verordnung

721 Miersch, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 18; Ritter, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 21. Siehe auch Barthelmeß/Rudolf, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 30. Zur Informationsweitergabe an Gerichte siehe auch unten § 3 D. IV. 7.

722 Miersch, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 14.

723 Genauer hierzu oben § 1 B. II.

1/2003 ausgeschlossen. Auch die weiteren Ausnahmetatbestände in Art. 14, 15 und 27 Verordnung 1/2003 sind nicht auf sie anwendbar. Der Informationsaustausch zwischen nationalem Netzmitglied und sonstigen nationalen Behörden kann sich daher auf keinen der Ausnahmetatbestände stützen und würde nach bisherigem Ergebnis damit gänzlich dem Verbot des Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 anheimfallen.

3.2.3. Auslegung anhand des Sinn und Zwecks von Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003

Die Propagation von ECN-Informationen an andere nationale Behörden ist für die Betroffenen deshalb gefährlich, weil die in der Verordnung 1/2003 gezogenen Grenzen für die Verwertung von Informationen überschritten werden könnten. Das Verbot der Informationsweiterleitung an andere Behörden dient also der Absicherung der Verwertungsbeschränkungen.⁷²⁴ Diese Verwertungsschranken sind insbesondere Art. 28 Abs. 1 sowie Art. 12 Abs. 2 und 3 Verordnung 1/2003. Art. 28 Abs. 1 Verordnung 1/2003, der Art. 12 Abs. 2 Verordnung 1/2003 ergänzt, beschränkt die Verwertbarkeit aller Informationen, die von der Kommission oder im Wege der Amtshilfe nach Art. 22 Verordnung 1/2003 von einem anderen Netzmitglied erhoben wurden, auf den Zweck, für den sie eingeholt wurden. Diese Verwertungsbeschränkungen haften, wie die Normwortlaute von Art. 28 und 12 Abs. 2 und 3 Verordnung 1/2003 belegen, unmittelbar an der Information und sind unabhängig davon, welche Behörde sie verwerten will. Damit sind alle öffentlichen Stellen und Instanzen an die Verwertungsbeschränkungen gebunden.

Dies darf jedoch nicht dazu verleiten, vor dem Hintergrund des Normzwecks von Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 und der ubiquitären Bindung an die Verwertungsbeschränkungen nun die Weitergabe an alle hoheitlichen Stellen der Mitgliedsstaaten zuzulassen. Die Verwertungsschranke des Art. 12 Abs. 2 Satz 1 1. Alternative Verordnung 1/2003 besteht nämlich darin, dass die ausgetauschten Informationen „nur zum Zweck der Anwendung von Artikel 81 oder 82 des Vertrags“ verwertet werden dürfen. Da jedoch nur die Wettbewerbsbehörden im funktionalen

⁷²⁴ Siehe *Bechtold/Bosch/Brinker*, EG-Kartellrecht, 2014, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 8.

Sinn das Unionskartellrecht anwenden, können von vornherein nur diese allen Verwertungsbeschränkungen genügen.

Da nun also alle funktional bestimmten Wettbewerbsbehörden an die Verwertungsbeschränkungen gebunden sind und diese auch erfüllen können, würde ihr Ausschluss vom Zugang zu ECN-Informationen den Normzweck von Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 überschreiten. Die teleologische Auslegung drängt damit offenbar dazu, die Weitergabe an alle Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn zuzulassen.

3.2.4. Weitere Überlegungen zur Frage der Zulässigkeit der Informationsweitergabe an Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn

Vor dem Hintergrund der zum Teil gegensätzlichen Ergebnisse von grammatischer und teleologischer Auslegung soll nun unter größerer Abstrahierung von der Vorschrift des Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 der gesamte auffindbare Argumentationshaushalt ausgeschöpft werden.

Mit der Frage der Zulässigkeit der Weitergabe von ECN-Informationen an nicht mit den kooperationsbezogenen Aufgaben der Verordnung betrauten und damit nicht zu Netzmitgliedern berufenen Wettbewerbsbehörden entscheidet man ganz grundsätzlich zwischen zwei Modellen der Durchsetzung des EU-Kartellrechts. Bei dem einen sind die nicht mit Kooperationsaufgaben betrauten Wettbewerbsbehörden von den ECN-Informationen gänzlich abgeschnitten und ihr Einschreiten zur Durchsetzung des Kartellrechts dadurch beeinträchtigt. Das Gegenmodell würde diese Wettbewerbsbehörden mit ECN-Informationen alimentieren und ihre Durchsetzungstätigkeit dadurch stärken.

Gegen die Weitergabe von Informationen an Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn spricht zunächst, dass sie, anders als die zu Netzmitgliedern erhobenen Wettbewerbsbehörden keine Selbstverpflichtungserklärung bezüglich der Netzwerkbekanntmachung abgegeben haben. In den Teilziffern 39 ff. der Netzwerkbekanntmachung wird der gebotene Umgang der Netzmitglieder mit Informationen aus Kronzeugenprogrammen beschrieben, und insbesondere festgelegt, dass diese Informationen zwar an die anderen Netzmitglieder weitergeleitet werden, von diesen jedoch nicht zum Zwecke der Verfolgung des Kronzeugen verwendet werden dürfen. Hätten die Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn nun ebenfalls Zugriff auf diese Informationen und würden sie diese gegen die

Kronzeugen verwenden, wären die Kronzeugen von zukünftigen Selbstanzeigen abgeschreckt und das gegenwärtig effektivste Instrument zur Kartellaufdeckung würde seine Wirksamkeit in beträchtlichem Maße einbüßen. Weiter spricht gegen die Informationsweitergabe an nicht zu Netzmitgliedern ernannten Wettbewerbsbehörden, dass der Status der Wettbewerbsbehörde im funktionalen Sinn schwieriger zu bestimmen ist als die Frage der Netzmitgliedschaft. Für die Netzmitglieder wäre es daher nicht immer einfach, zum Informationserhalt berechnete von unberechneten Stellen zu unterscheiden. Wie oben bereits erwogen, wäre aufgrund der dann erweiterten Anzahl, der am Informationsverbund teilnehmenden Stellen zudem wohl auch die Gefahr eines Informationslecks erhöht. Zu berücksichtigen ist schließlich auch, dass die dann zum Informationserhalt berechneten, aber nicht zu Netzmitgliedern bestellten Wettbewerbsbehörden nur der Kohärenzstiftenden Pflicht aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 sowie, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, den Bindungen aus Art. 11 Abs. 6 und 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 unterliegen,⁷²⁵ nicht aber den ebenfalls Kohärenzfördernden Unterrichtungspflichten aus Art. 11 Abs. 1 bis 5 Verordnung 1/2003. Die Gefahr, dass die nicht zu Netzmitgliedern erhobenen nationalen Stellen die ECN-Informationen also für eine nicht mit der bisherigen Praxis übereinstimmenden Kartellrechtsanwendung verwenden, ist daher höher als bei den, allen Kohärenz sichernden Instrumenten unterliegenden Netzmitgliedern.

Um nun die Zulässigkeit der Weitergabe an diese Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn zu stützen, müssen zunächst die eben gefundenen Einwände ausgeräumt werden. Mit Blick auf die fehlende Bindung der Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn an die in der Netzwerkbekanntmachung aufgestellten Grundsätze für den Umgang mit Informationen aus Kronzeugenprogrammen genügt der Hinweis, dass eine solche Selbstverpflichtungserklärung einfach zur Bedingung für die Informationsweitergabe gemacht werden kann. Bevor ein Netzmitglied Informationen, die aus Kronzeugenanträgen stammen, an die fragliche nationale Behörde übermitteln würde, müsste diese eine solche Selbstverpflichtungserklärung abgeben. Alternativ könnte man auch so verfahren, dass Informationen aus Kronzeugenanträgen nur mit Einverständnis des Kronzeugen an die betreffende nationale Wettbewerbsbehörde weitergeleitet werden dür-

⁷²⁵ Zur Anwendbarkeit der Art. 11 Abs. 6 und 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auf mitgliedsstaatliche Kartellverfahren gegen natürliche Personen siehe weiter unten § 3 D. IV. 4. und 5.

fen. Dies entspricht der Vorgehensweise der Kommission, wenn sie gemäß Art. 15 Abs. 1 Verordnung 1/2003 von nationalen Gerichten um Übermittlung von Informationen ersucht wird, die sie über einen Kronzeugenantrag erlangt hat.⁷²⁶

Gegen das Argument, wonach die Trennlinie zwischen zum Informationserhalt berechtigter und unberechtigter Stelle unschärfer gezogen ist, wenn man die Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn noch zu den rechtmäßigen Informationsadressaten zählt, ist einzuwenden, dass es hier lediglich um die Informationsweitergabe zwischen dem nationalen Netzmitglied und den im selben Mitgliedsstaat bestehenden Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn geht. Da die Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn nicht in die kooperationsbezogenen Mechanismen des ECN einbezogen sind, können sie unmittelbar keine Informationen von einem ausländischen Netzmitglied erfragen. Die zum Netzmitglied des jeweiligen Mitgliedsstaates ernannte Behörde wird jedoch ohne größere Schwierigkeiten beurteilen können, ob eine um ECN-Informationen ersuchende inländische Stelle für die Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts zuständig ist oder nicht. Die Gefahr, dass aufgrund einer unzutreffenden Qualifikation eine nationale Stelle ECN-Informationen erhält, obwohl sie in Wahrheit keine Wettbewerbsbehörde im funktionalen Sinne und damit nicht zum Informationserhalt berechtigt ist, dürfte daher nur sehr selten akut werden und birgt wohl auch kein ausreichend gewichtiges Schadenspotential, um es zu rechtfertigen, alle Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn nicht mit Informationen aus dem Netzwerk zu versorgen.

Ernst zu nehmen ist demgegenüber das Argument, dass die nicht in das Netz aufgenommenen Wettbewerbsbehörden nicht der Kohärenzsicheren Unterrichtungspflicht aus Art. 11 Abs. 3 und 4 Verordnung 1/2003 unterliegen und ihre Kartellrechtsanwendung daher mit größerer Wahrscheinlichkeit von der durch die Kommission festgelegten Anwendungsleitpraxis abweichen könnte. Hierzu ist anzumerken, dass die Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn nach hier vertretener Ansicht gemäß Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1/2003 zur Anwendung des Unionskartellrechts verpflichtet sind. Ist in derselben Sache bereits eine Kommissionsentscheidung ergangen, sind die Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn, wiederum nach der hier vertretenen Ansicht, gemäß Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 an die Sichtweise der Kommission gebunden. Fehlt eine

726 Miersch, in: Grabitz/Hilf, Band 2, 2009, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 16.

Kommissionsentscheidung in der fraglichen Rechtssache, ist zu erwarten, dass die Wettbewerbsbehörden in der Regel die Interpretationsweise der Unionsgerichte und der Kommission zu früheren, ähnlich gelagerten Sachverhalten recherchieren und sich daran orientieren werden. Der reale Mehrwert der Unterrichtungspflichten aus Art. 11 Abs. 3 und 4 Verordnung 1/2003 liegt demnach nur noch darin, dass die Durchsetzungstätigkeit der erfassten nationalen Stellen infolge der vorzeitigen Unterrichtung durch die Kommission *ex ante* überwacht werden kann. Die Fälle, in denen die nicht zu Netzmitgliedern berufenen Wettbewerbsbehörden von der bisherigen Anwendungspraxis abweichen oder neue Problemstellungen nicht im Sinne der Kommission behandeln werden, werden im Vergleich zu der Zahl kohärenzkonformer Entscheidungen allerdings verschwindend gering sein. Angesichts dessen können die vereinzelt, inkonformen Entscheidungen schnell als solche identifiziert werden, und sind daher nicht geeignet, Rechtsunsicherheit in nennenswertem Umfang auszulösen.

Jedenfalls wird die befürchtete Kohärenzeinbuße aber aufgewogen durch die erheblichen Vorteile, die durch die Informationsweitergabe an die Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn erreicht werden. Die nicht zu Netzmitgliedern bestellten Wettbewerbsbehörden tragen in den einzelnen Mitgliedsstaaten einen nicht zu unterschätzenden Anteil der Kartellrechtsdurchsetzung. Insbesondere Kartellverfahren gegen natürliche Personen müssen häufig von nicht zu Netzmitgliedern erhobenen Stellen, den Staatsanwaltschaften, angestoßen und durchgeführt werden. Die aus dem ECN stammenden Informationen sind für die Verfahrenseinleitung sowie für einen erfolgreichen Verfahrensgang dann oft entscheidend. Besonders hervorzuheben ist auch, dass in den Kartellstrafrechtsordnungen Großbritanniens und Irlands die angestammte nationale Wettbewerbsbehörde zunächst auch die strafrechtlichen Ermittlungen führt und den Fall später zur Anklageerhebung an die Staatsanwaltschaft weiterleitet.⁷²⁷ Die nationale Wettbewerbsbehörde darf dann innerhalb der Verwertungsgrenzen aus Art. 12 Abs. 2 und 3 in diesem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren auf die Informationen aus dem ECN zurückgreifen. Auch das später urteilende Strafgericht wäre zum Erhalt und zur Verwertung der über das ECN erhaltenen Informationen befugt.⁷²⁸ Bei einer engen Auslegung von Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 würde die Informationsverwertung im Straf-

727 Siehe hierzu oben, § 1 B. II.

728 Siehe unten § 3 D. IV. 7.

prozess aber daran scheitern, dass die ECN-Informationen nicht von der zum Netzmitglied ernannten Wettbewerbsbehörde an die zur Anklageerhebung befugte Staatsanwaltschaft weitergegeben werden dürften. Dieses Beispiel zeigt, dass der in der Verordnung gesetzte Rahmen für die Verwertbarkeit von ECN-Informationen nur dann voll ausgeschöpft werden kann, wenn eine Informationsweitergabe an die nicht zu Netzmitgliedern ernannten Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn zulässig ist.

Insgesamt erscheint es damit vorzugswürdig, die Weitergabe von über das ECN zirkulierten Information an die nicht zu Netzmitgliedern ernannten Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn für zulässig anzusehen.⁷²⁹ Dogmatisch ist dies dadurch zu erreichen, dass in Verfahrensordnungen, in denen die angestammte Wettbewerbsbehörde selbst am Kartellstraftverfahren beteiligt ist, die Staatsanwaltschaft nicht als Verfahrensdritte angesehen wird und die Informationsweitergabe an sie damit schon keine Preisgabe im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 darstellt. In Verfahrensordnungen, in denen die Staatsanwaltschaft allein zur Ermittlung der Kartellstraftat berufen ist, müsste eine teleologische Erweiterung der in Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 enthaltenen Ausnahmetatbestände dahingehend vorgenommen werden, dass auch die Informationsweitergabe an diese Staatsanwaltschaften vom Preisgabeverbot ausgenommen ist.

4. Die Anwendbarkeit von Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 auf nationale Kartellverfahren gegen natürliche Personen

Nachdem weiter oben bereits die Anwendbarkeit von Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 auf Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinne bejaht wurde, soll nun untersucht werden, ob dies auch dann gilt, wenn eine Wettbewerbsbehörde im funktionalen Sinn ein auf Sanktion ausgerichtetes Kartellverfahren gegen eine natürliche Person betreibt. Im ersten Augenblick könnte man geneigt sein, anzunehmen, dass das Evokationsrecht aus Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 bereits deshalb nicht auf nationale Ver-

⁷²⁹ So im Ergebnis auch *Gussone/Michalczyk*, EuZW 2011, 130, 133. A.A. *Barthelmeß/Rudolf*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 12. Siehe auch *Madero Villarejo*, Introductory Remarks, 2011, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2011_05_en.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

fahren gegen natürliche Personen wirken kann, weil es der Kommission selbst verwehrt ist, Verfahren gegen natürliche Personen zu führen. Man könnte sich daher auf den Standpunkt stellen, dass mit der Verfahrensaufnahme der Kommission den nationalen Stellen die Zuständigkeit zur Anwendung des unionalen, und aufgrund Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1/2003 zugleich des nationalen Wettbewerbsrechts, nur in Bezug auf die Verfolgung von Unternehmen entzogen wird und die Zuständigkeit zur Verfolgung von natürlichen Personen davon unberührt bleibt.

Dem lässt sich entgegen, dass eine parallele Verfolgung der natürlichen Personen durch die Mitgliedsstaaten die Kohärenz der Kartellrechtsanwendung hintertreiben könnte und deshalb auch im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Verordnung 1/2003 anerkannt ist, dass sich die dort statuierte Sperre für strengere nationale Regeln auch auf die Verfolgung natürlicher Personen bezieht. Wird die Kommission auf eine drohende Fehlanwendung des Unionskartellrechts in einem nationalen Kartellstrafverfahren aufmerksam – etwa eine drohende Verurteilung, obwohl ihres Erachtens kein Verstoß gegen unionales Kartellrecht vorliegt –, könnte sie ein Verfahren gegen die hinter den angeklagten natürlichen Personen stehenden Unternehmen eröffnen und dieses etwa mit einer Nichtanwendbarkeitsentscheidung nach Art. 10 Verordnung 1/2003 abschließen. Aufgrund Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 wäre dann eine ungerechtfertigte Verurteilung der natürlichen Personen während der Dauer des Kommissionsverfahrens ausgeschlossen. Hält man neben Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 zudem auch Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auf Kartellverfahren gegen natürliche Personen für anwendbar, ist die Kohärenz auch nach dem Abschluss des Kommissionsverfahrens gewährleistet.

Nach hier vertretener Auffassung erstreckt sich die Sperrwirkung aus Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 daher auch auf mitgliedsstaatliche Sanktionsverfahren gegen kartellbeteiligte natürliche Personen.⁷³⁰

730 Wohl ebenfalls für die Erstreckung von Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 auf gegen natürliche Personen geführte, wettbewerbsrechtliche Strafverfahren, *Wils*, *Principles of European Antitrust Enforcement*, 2005, S. 51. Gegen eine Sperrwirkung in Bezug auf nationale Kartellverfahren gegen natürliche Personen wohl *Federmann*, *Kriminalstrafen im Kartellrecht*, 2006, S. 86, der jedoch Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auf diese für anwendbar zu halten scheint. Simultane Verfahrensführungen zwischen der Kommission und des *Serious Fraud Office* nach Section 188 *Enterprise Act* für möglich haltend und 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 daher nicht auf Strafverfahren beziehend, *Joshua*, 28 E. L. Rev., 620, 631 f. (2003).

5. Die Anwendbarkeit von Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auf nationale Kartellverfahren gegen natürliche Personen

Weiter muss nun der Frage nachgegangen werden, ob auch die Bindung nationaler Behörden an Entscheidungen der Kommission nach Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auf Kartellverfahren gegen natürliche Personen anzuwenden ist. Für die Anwendbarkeit spricht zunächst, dass der Kohärenzzweck von Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auch und gerade im Verhältnis zu mitgliedsstaatlichen Kartellverfahren gegen natürliche Personen trägt. Da diese in vielen Mitgliedsstaaten von kartellrechtsunerfahrenen Staatsanwaltschaften geführt werden und die angestammten Wettbewerbsbehörden nicht beteiligt sind, bergen diese Verfahren eine erhöhte Gefahr von Kohärenzabweichungen.⁷³¹ Zudem ist auf die oben bereits angedeutete Ergänzungsfunktion von Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 für das Instrument aus Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 hinzuweisen. Wenn man die Evokationswirkung des Kommissionsverfahrens auf mitgliedsstaatliche Kartellverfahren gegen natürliche Personen erstreckt, wäre es inkonsequent, bei Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 restriktiver zu sein.⁷³²

Bei der Anwendung von Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auf Strafverfolgungsorgane ist jedoch eine Besonderheit zu beachten. Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 bindet die nationalen Wettbewerbsbehörden grundsätzlich sowohl an die rechtlichen als auch an die tatsächlichen Feststellungen aus der Kommissionsentscheidung.⁷³³ Bedenkt man aber, dass die Kommission ihre Sachverhaltsermittlung nur mittels der ihr zustehenden, verwaltungsrechtlichen Beweismittel durchführt, bedeutet die Bindung der nationalen Strafverfolgungsorgane an die tatsächlichen Feststellungen der Kommission nichts anderes als eine mittelbare Verwertung von

731 Zu den Folgen der kartellrechtlichen Unerfahrenheit der Staatsanwaltschaften im nationalen Rechtsrahmen siehe *Federmann*, Kriminalstrafen im Kartellrecht, 2006, S. 512 m.w.N.

732 Für die Anwendbarkeit von Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 auf mitgliedsstaatliche Strafverfahren wohl auch *Wils*, Principles of European Antitrust Enforcement, 2005, S. 43 sowie *ders.*, Efficiency and Justice, 2008, S. 171, der dort ohne speziellen Bezug zu Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 von der Verordnung 1/2003 als Ganzes sowie von den Kooperationsmechanismen des ECN spricht. Art. 16 Abs. 2, nicht aber Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 für anwendbar haltend, wohl *Federmann*, Kriminalstrafen im Kartellrecht, 2006, S. 86.

733 Siehe hierzu oben § 3 D. II. 9. und III.

verwaltungsrechtlichen Beweismitteln in Strafverfahren. Das rechtsstaatlich verbürgte höhere Schutzniveau für den Beschuldigten in einem Strafprozess würde damit umgangen. Die Anwendung von Art. 16 Abs. 2 Verordnung 1/2003 muss daher mit der Maßgabe vonstattengehen, dass lediglich die rechtlichen, nicht jedoch die tatsächlichen Feststellungen der Kommission für die Strafverfolgungsorgane bindend sind. Im Strafverfahren ist daher eine vollständige, strafprozessuale Beweisaufnahme nötig.

6. Die Anwendbarkeit des ECN-Fallverteilungsmechanismus auf Kartellverfahren gegen natürliche Personen

Der in der Netzwerk-Bekanntmachung festgeschriebene Fallverteilungsmechanismus bindet alle Verfahren der nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission ein, in denen die unionalen Wettbewerbsregeln durchgesetzt werden.⁷³⁴ Folgt man der bisher herrschenden Ansicht von der konstitutiven Wirkung der Bestimmung zur Wettbewerbsbehörde, unterliegen dem Verteilungssystem lediglich diejenigen Verfahren, die von ausdrücklich zu Netzmitgliedern ernannten Behörden geführt werden, da nur diese Stellen nationale Wettbewerbsbehörden im Sinne der Verordnung 1/2003 und der Netzwerk-Bekanntmachung sind.⁷³⁵ Teilt man den in dieser Untersuchung vorgeschlagenen Ansatz, nach dem die mitgliedsstaatlichen Bestimmungen als bloße Zuweisungen einzelner Aufgaben und Befugnisse anzusehen sind, ergibt sich ebenfalls lediglich eine Einbeziehung der offiziell zu Netzmitgliedern ernannten Stellen.⁷³⁶ Soweit Kartellstrafverfahren also ohne Beteiligung des nationalen Netzmitglieds allein von der Staatsanwaltschaft und den Strafgerichten betrieben werden, sind die Fallverteilungsregeln der Netzwerk-Bekanntmachung von vornherein unanwendbar.

Ist das nationale Netzmitglied an dem, gegen natürliche Personen geführten Kartellverfahren beteiligt, ist ein Unterfallen dieser Verfahren unter den Fallverteilungsmechanismus denkbar. Der Wortlaut der Netzwerk-Bekanntmachung enthält keine Anhaltspunkte darauf, dass die Fallzuweisungsregeln nur für Kartellverfahren gegen Unternehmen gelten würden.

734 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 3.

735 Siehe oben § 3 D. IV. 2., 2.1.

736 Siehe oben § 3 D. IV. 2., 2.4.

Dass an einigen Stellen der Bekanntmachung lediglich auf die Rechtsstellung von Unternehmen eingegangen wird, lässt sich damit erklären, dass sich die Durchsetzungstätigkeit der Netzmitglieder in erster Linie gegen Unternehmen richtet. Der Telos des Fallallokationssystems, mittels der Arbeitsteilung die Ressourcen der Netzmitglieder zu schonen, spricht dafür, auch Kartellverfahren gegen natürliche Personen dem Fallverteilungsinstrument zu unterwerfen. Nach hier vertretener Auffassung sind die Fallverteilungsregeln der Netzwerk-Bekanntmachung daher auch auf die Tätigkeit der Netzmitglieder in Kartellverfahren gegen natürliche Personen anwendbar.⁷³⁷

Zu fragen ist dann, ob bei der Prüfung der Fallverteilungskriterien die Fähigkeit des jeweiligen Netzmitglieds zur Führung des Kartellverfahrens gegen natürliche Personen und gegen Unternehmen stets zusammen zu betrachten sind und ein Netzmitglied, das auch an Kartellverfahren gegen natürliche Personen beteiligt ist, entweder für die Verfahren gegen die Unternehmen und gegen die natürlichen Personen als „gut geeignet“ oder für beide Verfahren als nicht „gut geeignet“ anzusehen ist. Alternativ wäre es denkbar, die Eignung der Netzmitglieder zur Führung der Kartellverfahren gegen die Unternehmen getrennt von ihrer Eignung zur Führung der Kartellverfahren gegen natürliche Personen zu betrachten. Bei Zugrundelegung dieser isolierten Betrachtungsweise könnte es zu Konstellationen kommen, in denen die Fallverteilungsregeln die Verfolgung der natürlichen Personen einem anderen Mitgliedsstaat zuweisen als die Verfolgung der Unternehmen.

Ist ein selbes Netzmitglied mit der Verfolgung der Unternehmen und der natürlichen Personen befasst, ergeben sich selbst dann Synergien in der Ermittlungsarbeit, wenn die Beweise, die im einen Verfahren gesammelt wurden, nicht im anderen Verfahren verwertet werden dürfen. Mit Blick auf den Zweck des Fallverteilungsinstruments, die Ressourceneffizienz der Kartellrechtsdurchsetzung zu steigern, ist es daher vorzugswürdig, die Zuständigkeit zur Verfolgung von Unternehmen und natürlichen Personen stets an dasselbe Netzmitglied zuzuweisen und die Fallverteilungskriterien damit stets unter Einbeziehung sowohl der Eignung zur Führung des Verfahrens gegen die Unternehmen als auch der Eignung zur Führung

737 Wohl ebenso *Wils*, Principles of European Antitrust Enforcement, 2005, S. 43 und 51 sowie *ders.*, Efficiency and Justice, 2008, S. 171.

des Verfahrens gegen die kartellbeteiligten natürlichen Personen zu beurteilen.

Nicht sinnvoll ist diese Gesamtbetrachtung allerdings, wenn die Fallverteilungsregeln einen Fall der Kommission zuweisen, da letztere über keine Befugnisse zur Verfolgung natürlicher Personen verfügt.⁷³⁸ Um eine Verfolgung natürlicher Personen durch die nationalen Netzmitglieder zu ermöglichen, ist nach hier vertretener Auffassung in diesen Fällen eine isolierte Verteilung der Zuständigkeit zur Verfolgung natürlicher Personen anhand der Fallverteilungskriterien vorzunehmen. Dabei sei jedoch daran erinnert, dass Kartellverfahren gegen natürliche Personen, nach hier vertretener Ansicht, während der Dauer des Kommissionsverfahrens gemäß Art. 11 Abs. 6 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1/2003 ausgeschlossen sind und diese also erst nach Abschluss des Kommissionsverfahrens durchgeführt werden können.

7. Die Einbindung der über natürliche Personen richtenden Gerichte in die Mechanismen der Verordnung 1/2003

Nachdem nun die Stellung der Staatsanwaltschaften im Normgefüge der Verordnung 1/2003 betrachtet wurde, soll nun das Augenmerk auf die rechtliche Einbindung der für die Durchsetzung der nationalen Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitentatbestände zuständigen Gerichte gelegt werden.

Wie bereits oben erläutert, wendet sich die Verordnung 1/2003 in ihren Artikeln 3, 15 und 16 Abs. 1 ausdrücklich an die „einzelstaatlichen Gerichte“ bzw. an die „Gerichte der Mitgliedsstaaten“. Die Anwendung der Kohärenzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 Verordnung 1/2003 und der punktuellen kohärenzbezogenen Rechte aus Art. 15 Verordnung 1/2003 auf nationale Strafgerichte ist ohne weiteres möglich und wirft keinerlei rechtliche oder praktische Besonderheiten auf.⁷³⁹ Anders ist dies jedoch bei Art. 16 Abs. 1

738 Zur Zuweisung eines Falles an die Kommission siehe Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU 2004 Nr. C 101/43, Tz. 14, 15.

739 Siehe Bekanntmachung der Kommission über ihre Zusammenarbeit mit den Gerichten der Mitgliedsstaaten, ABl. EU 2004 Nr. C 101/54, Tz. 4 ff. Siehe auch Zuber, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 3 Verordnung 1/2003, Rn. 17; *Böge/Bardong*, in: *MüKo Kartellrecht*, Band 1, 2007, Art. 3 Verordnung

Verordnung 1/2003, der in seinem Satz 1 eine Tatbestandswirkung der Kommissionsentscheidung vorsieht. Wie oben ausgeführt, würde diese Tatbestandswirkung, sofern man sie nicht nur für die rechtlichen, sondern auch für die tatsächlichen Feststellungen der Kommission anerkennt, zu einer rechtsstaatlich unhaltbaren (mittelbaren) Verwertung verwaltungsrechtlich gesammelter Beweise in Strafverfahren führen. Die Anwendung von Art. 16 Verordnung 1/2003 muss daher stets mit der Maßgabe vonstattengehen, dass lediglich die rechtlichen Feststellungen der Kommission Bindungskraft für Strafgerichte entfalten.

Nicht zu vergessen ist, dass nationale Gerichte auch als Wettbewerbsbehörden im Sinne der Verordnung anzusehen sind, wenn sie nationales Wettbewerbsrecht durchsetzen. Stellt ein, von einem nationalen Strafgericht angewandter Straftatbestand nationales Wettbewerbsrecht im Sinne der Verordnung dar, ist dieses Gericht also über die eben erwähnten Bindungen hinaus allen Verordnungsvorschriften unterworfen, die sich auf Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn erstrecken. Dass Art. 11 Abs. 6 Verordnung 1/2003 über diesen Weg auf nationale erstinstanzliche⁷⁴⁰ Gerichte Anwendung findet, wird in Art. 35 Abs. 3 Satz 1 Verordnung 1/2003 ausdrücklich klargestellt. Art. 35 Abs. 4 Verordnung 1/2003 fügt jedoch hinzu, dass die Wirkung des Art. 11 Abs. 6 dann in der Regel auf die Anklagebehörde beschränkt ist und diese ihre Anklage zurückziehen muss, sobald die Kommission ein Verfahren eröffnet. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass das erstinstanzliche Gerichtsverfahren nicht neben dem Kommissionsverfahren betrieben wird. Die übrigen, für nationale Wettbewerbsbehörden im funktionalen Sinn geltenden Verordnungsvorschriften aber sind von den Gerichten, soweit sie unter den Begriff der nationalen Wettbewerbsbehörde fallen, ohne Besonderheiten anzuwenden.

Im Hinblick auf den Erhalt und die Verwertung von Informationen, die über das ECN ausgetauscht wurden, ist festzuhalten, dass die einzelstaatlichen Gerichte, soweit sie nach der innerstaatlichen Verfahrensordnung in das von dem nationalen Netzmitglied betriebene Verfahren zur Durchsetzung des unionalen Wettbewerbsrechts eingebunden sind, nicht als verfahrensfremde „Dritte“ anzusehen sind und die für die Ausübung ihrer Verfahrensrolle notwendige Informationsweitergabe an sie – etwa in Form

1/2003, Rn. 48, die die Strafgerichte ebenfalls als einzelstaatliche Gerichte für erfasst halten.

740 Art. 35 Abs. 3 Satz 2 Verordnung 1/2003 sieht vor, dass Art. 11 Abs. 6 der Verordnung auf Rechtsmittelgerichte keine Anwendung findet.

einer Anklageschrift – keine Preisgabe im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Verordnung 1/2003 darstellt.⁷⁴¹ Auch die Verwertung der zuvor über das ECN ausgetauschten Informationen und Beweise ist im gerichtlichen Verfahren dann zulässig, wobei die Verwertungsgrenzen aus Art. 12 Abs. 2 und 3 Verordnung 1/2003 zu wahren sind.⁷⁴²

Zu betonen ist, dass die in der Verordnung 1/2003 für die nationalen Gerichte und die nationalen Wettbewerbsbehörden vorgesehenen Rechte und Pflichten nur insoweit gelten, wie diese nationales Wettbewerbsrecht oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle durchsetzen. Wird etwa ein Straftatbestand nicht als nationales Wettbewerbsrecht angesehen, unterliegt das ihn anwendende Gericht auch nicht den Mechanismen der Verordnung 1/2003.

Nachdem nun das originär kartellrechtliche Kooperations- und Koordinierungsinstrumentarium innerhalb Europas dargestellt und auf seine Dienlichkeit bei der Durchsetzung von Kartellsanktionstatbeständen gegen natürliche Personen hin überprüft wurde, soll nun der Blick auf die bestehende Zusammenarbeit in Strafsachen gerichtet werden.

E. Strafrechtliche Zusammenarbeit innerhalb Europas

Im innerunionalen Rechtsraum wurde der Grad an zwischenstaatlicher, strafrechtlicher Zusammenarbeit durch den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung wesentlich erhöht. Dieser Grundsatz wird daher zunächst kurz erläutert.

I. Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung wurde 1999 vom Europäischen Rat zum Leitbild der strafrechtlichen Zusammenarbeit innerhalb

741 Miersch, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 9, 14 und 18; Ritter, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 19 und *ders.*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 15 Verordnung 1/2003, Rn. 5.

742 Miersch, in: *Grabitz/Hilf*, Band 2, 2009, Art. 28 Verordnung 1/2003, Rn. 9; Ritter, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 2, 2012, Art. 15 Verordnung 1/2003, Rn. 7; Zuber, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, Art. 15 Verordnung 1/2003, Rn. 24 f.

der EU erhoben.⁷⁴³ In seiner Reinform sieht er die direkte Anerkennung von Ermittlungsanordnungen und Endentscheidungen aus anderen EU-Mitgliedsstaaten vor. Im Kontrast zum herkömmlichen Rechtshilferecht entscheidet der angerufene Staat also nicht mehr über die Gewährung der Rechtshilfe und erlässt dann eine eigene Ermittlungs- oder Vollstreckungsanordnung.⁷⁴⁴ Vielmehr führt er unmittelbar den anerkennungs-pflichtigen, und daher auch im Inland als Rechtsgrundlage ausreichenden, ausländischen Rechtsakt aus.⁷⁴⁵ Die bisher zur Etablierung der gegenseitigen Anerkennung verabschiedeten Instrumente wurden von den Mitgliedsstaaten nur in der Form der indirekten Anerkennung umgesetzt.⁷⁴⁶ Das Erfordernis, im Vollstreckungsstaat eine eigene Rechtsgrundlage für die durchzuführenden Eingriffsmaßnahmen zu schaffen, bleibt dabei bestehen. Lediglich der Kreis der für den Erlass dieser Rechtsgrundlage zu erfüllenden Voraussetzungen wurde begrenzt.

Ziel der EU-Organe ist es, das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auf alle strafgerichtlichen Entscheidung, gleich ob aus dem Ermittlungs-, Haupt-, oder Vollstreckungsverfahren, sowie auf alle sonstigen verfahrensrelevanten Entscheidungen auszudehnen.⁷⁴⁷

743 *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes aus der Sondertagung in Tampere, 1999, http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Tz. 33 ff. Siehe ausführlich zu diesem Grundsatz *Juppe*, gegenseitige Anerkennung, 2007; *Pohl*, Anerkennung, 2009, S. 59 ff.; *Böse*, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa, 2008, S. 10 ff.; *Nalewajko*, in: *Joerden/Szwarc*, Europäisierung des Strafrechts, 2007, S. 297-310. Siehe auch *Fuchs*, ZStW 2004, 368-371; *Gless*, ZStW 2004, 353-367, *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 495 ff. und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 172 ff.

744 *Nalewajko*, in: *Joerden/Szwarc*, Europäisierung des Strafrechts, 2007, S. 297, 301.

745 *Europäische Kommission*, Mitteilung Gegenseitige Anerkennung von Endentscheidungen in Strafsachen, 2000, Tz. 4 f., 9 und 19 sowie *Nalewajko*, in: *Joerden/Szwarc*, Europäisierung des Strafrechts, 2007, S. 297, 301. Zum abstrakten Inhalt des Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung siehe auch *Juppe*, gegenseitige Anerkennung, 2007, S. 36; *Pohl*, Anerkennung, 2009, S. 63 f.

746 Siehe auch *Fletcher/Löff/Gilmore*, EU Criminal Law and Justice, 2008, S. 109.

747 *Europäische Kommission*, Grünbuch vom 11.11.2009 Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedsstaat, KOM (2009) 624, S. 3. Siehe auch schon *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes aus der Sondertagung in Tampere, 1999, http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), Tz. 36 und *Europäischer Rat*, Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Uni-

II. Kooperationsgrad im Bereich des Auslieferungsrechts

Innerhalb der Europäischen Union geht der Kooperationsgrad im Bereich des Auslieferungsrechts substantiell über die im übrigen Europa verankerte auslieferungsrechtliche Zusammenarbeit hinaus. Die beiden Sphären sind daher getrennt voneinander darzustellen.

1. Das Auslieferungssystem im über die Europäische Union hinausgehenden Europa

Im über die Europäischen Union hinausgehenden europäischen Raum bildet das Europäische Auslieferungsübereinkommen von 1957, das unter dem Dach des Europarats vereinbart wurde, einschließlich seiner Zusatzprotokolle noch immer den Grundstein des zwischenstaatlichen Auslieferungsverkehrs.⁷⁴⁸ Das Europäische Auslieferungsübereinkommen wurde von allen Europarat-Mitgliedsstaaten ratifiziert⁷⁴⁹ und verdrängt, mit geringen Abstrichen,⁷⁵⁰ das Geflecht bilateraler Auslieferungsabkommen zwischen diesen Staaten.⁷⁵¹

Das Übereinkommen folgt im Wesentlichen dem Inhalt und Aufbau sonstiger internationaler Auslieferungsverträge und zählt nach der Definition der auslieferungsfähigen Straftat die einwendbaren Ablehnungs- und

on, ABl. EU Nr. C 53/1, Tz. 3.3.1. Siehe hierzu *Juppe*, gegenseitige Anerkennung, 2007, S. 44 ff. Zu den langfristigen Perspektiven siehe auch *Mitsilegas*, EU Criminal Law, 2009, S. 110 ff.

748 Siehe *Europarat*, Europäisches Auslieferungsübereinkommen sowie *Europarat*, Zusatzprotokoll zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen und *Europarat*, Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen. Siehe hierzu *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 600 ff.; *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 201 ff.; *Schomburg*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, Vor II A: Einführung in das europäische Auslieferungsrecht, Rn. 1-17 sowie *Hackner*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2014, Kapitel 24, Rn. 45 ff.

749 Siehe *Europarat*, Europäisches Auslieferungsübereinkommen – Ratifikationsstand, 2012, <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=024&CM=1&DF=17/01/2012&CL=GER> (zuletzt abgerufen am 20.1.2013).

750 Siehe Art. 28 Abs. 2 und 3 Europäisches Auslieferungsübereinkommen.

751 Art. 28 Abs. 1 Europäisches Auslieferungsübereinkommen. Siehe auch *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 116.

Ausschlussgründe abschließend auf. Hervorzuheben ist dabei, dass dem ersuchten Staat ein fakultatives Ablehnungsrecht eingeräumt wird, für Fälle, in denen die auslieferungsfähige Tat zumindest teilweise im Inland, also im ersuchten Staat selbst, begangen wurde.⁷⁵² Hervorzuheben ist ferner, dass die Auslieferung unter Berufung auf den Ablehnungsgrund des *ne bis in idem* auch dann abgelehnt werden kann, wenn die Behörden im ersuchten Staat entschieden haben, kein Strafverfahren einzuleiten oder ein entsprechendes Verfahren im Ermittlungsstadium einzustellen.⁷⁵³ Ein zuvor eingestelltes, eigenes Strafverfahren soll dem um Auslieferung ersuchenden Staat aber nicht entgegengehalten werden können, wenn sich das Auslieferungsersuchen auf neue Tatsachen stützt, die im vormals eingestellten Verfahren nicht berücksichtigt wurden.⁷⁵⁴

Eine geringfügige Ergänzung erfährt das Europäische Auslieferungsübereinkommen für die Schengen-Mitgliedsstaaten,⁷⁵⁵ die zusätzlich den Auslieferungsregeln der Art. 59 ff. des Schengener Durchführungsübereinkommens unterliegen.⁷⁵⁶

2. Das Auslieferungssystem innerhalb der Europäischen Union

Durch den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und seine Umsetzung durch die EU-Mitgliedsstaaten wurde der Auslieferungsverkehr innerhalb der Europäischen Union auf eine neue Grundlage gestellt.⁷⁵⁷ Das bis dato maßgebliche Europäische Auslieferungsübereinkom-

752 Art. 7 Abs. 1 Europäisches Auslieferungsübereinkommen.

753 Art. 9 Satz 2 Europäisches Auslieferungsübereinkommen.

754 Siehe *Europarat*, Europäisches Auslieferungsübereinkommen - Erläuternder Bericht, <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/024.htm> (zuletzt abgerufen am 20.1.2013).

755 Neben den EU-Mitgliedsstaaten sind dies Norwegen, Lichtenstein, Island und die Schweiz.

756 Siehe auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 605 sowie *Hackner*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2014, Kapitel 24, Rn. 52.

757 Rahmenbeschluss des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedsstaaten, ABl. EG 2002 Nr. L 190/1. Siehe hierzu *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 613 ff.; *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 244 ff.; *Fletcher/Löff/Gilmore*, EU Criminal Law and Justice, 2008, S. 112; *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 125 ff.;

men und die hierzu zwischen den EU-Mitgliedsstaaten ergangenen Ergänzungsabkommen wurden durch den Europäischen Haftbefehl weitgehend ersetzt.⁷⁵⁸

Mit dem Europäischen Haftbefehl bezweckt der Ausstellungsstaat die Festnahme und Überstellung einer natürlichen Person durch den Vollstreckungsstaat.⁷⁵⁹ Der Begriff der Überstellung soll verdeutlichen, dass es sich aufgrund der gegenseitigen Anerkennung nicht mehr um eine Auslieferung klassischer Prägung handelt.⁷⁶⁰ Der Europäische Haftbefehl kann sowohl zur Strafverfolgung, also zur Durchführung eines gerichtlichen Hauptverfahrens, als auch zur Vollstreckung, also zur Durchsetzung einer bereits festgesetzten Sanktion, erlassen werden.⁷⁶¹ Grundvoraussetzung für den Erlass eines Europäischen Haftbefehls zur Strafverfolgung ist allein, dass die verfolgte Tat im Ausstellungsstaat mit einer Freiheitsstrafe von im Höchstmaß mindestens 12 Monaten bedroht ist.⁷⁶² Der Rahmenbeschluss listet sodann abschließend die Gründe auf, aus denen eine Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls verweigert werden kann. Dabei verzichtet er auf mehrere Verweigerungs- und Ausschlussstatbestände, die das Auslieferungsrecht seit jeher prägten. So wird der Grund der fehlenden beiderseitigen Strafbarkeit im Rahmenbeschluss zu einem lediglich fakultativen Verweigerungsgrund herabgestuft.⁷⁶³ Bei bestimmten Deliktstypen und hinreichender Strafandrohung im Ausstellungsstaat darf die fehlende beiderseitige Strafbarkeit überhaupt nicht mehr zur Grundlage

Murschetz, Auslieferung, 2007, S. 302 ff., *Pohl*, Anerkennung, 2009 und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 1175 ff.

758 Siehe Erwägungsgrund 11 und Art. 31 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl sowie *Fletcher/Löff/Gilmore*, EU Criminal Law and Justice, 2008, S. 112; *Joutsen*, in: *Aromaa/Viljanen*, International Key Issues in Crime Prevention, 2006, S. 67, 78.

759 Art. 1 Abs. 1 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl.

760 Siehe *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2012, S. 411; *Inhofer*, in: *Graf*, Strafprozessordnung, 2014, Art. 1 Rb-EuHB, Rn. 7. Siehe auch *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 310.

761 Art. 1 Abs. 1 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl.

762 Art. 2 Abs. 1 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl.

763 Art. 4 Nr. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 4 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl. Siehe ausführlich hierzu *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 130; *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 315 f. sowie *Pohl*, Anerkennung, 2009, S. 185 ff.

einer Auslieferungsverweigerung gemacht werden.⁷⁶⁴ Auch bricht der Rahmenbeschluss mit der in vielen nationalen Verfassungen niedergelegten Regel, dass eigene Staatsangehörige nicht an das Ausland ausgeliefert werden dürfen. Im System des Europäischen Haftbefehls darf eine Überstellung eigener Staatsangehöriger zur Strafverfolgung nicht verweigert, sondern lediglich an die Bedingung geknüpft werden, dass die betreffende Person nach einer Verurteilung wieder in ihren Heimatstaat rücküberstellt wird und dort die Strafe verbüßen darf.⁷⁶⁵ Allerdings enthält der Rahmenbeschluss ein, selbstverständlich auch für die Auslieferung eigener Staatsangehöriger geltendes Vollstreckungsverweigerungsrecht für Fälle vor, in denen die Tat ganz oder zum Teil im Vollstreckungsstaat begangen worden ist.⁷⁶⁶

Vor dem Hintergrund der, auf eine Rückführung der Ablehnungs- und Ausschlussgründe zielenden Stoßrichtung des Rahmenbeschlusses ist ferner zu beachten, dass der Grundsatz *ne bis in idem* berücksichtigt wird. Wie im Europäischen Auslieferungsabkommen ist eine Ablehnung der Überstellung auch dann möglich, wenn die zu überstellende Person im Vollstreckungsstaat nicht rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen wurde, sondern die inländischen Behörden sich entschieden haben, kein Strafverfahren einzuleiten oder das Verfahren bereits im Ermittlungsstadium einzustellen.⁷⁶⁷ Unter bestimmten Umständen kann auch eine frühere Verfolgung in einem Drittstaat dieses Vollstreckungsverweigerungsrecht auslösen.⁷⁶⁸

764 Genauer Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl sowie hierzu *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esner/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 268 ff.; *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 128; *Pohl*, Anerkennung, 2009, S. 186 ff.

765 Siehe Art. 5 Nr. 3 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl sowie hierzu *Böhm/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esner/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 273 ff. und *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 132 f. Siehe ausführlich auch *Pohl*, Anerkennung, 2009, S. 248 ff.

766 Art. 4 Nr. 7 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl sowie *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 131.

767 Art. 4 Nr. 3 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl. Siehe hierzu *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 340 ff. und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 201 f.

768 Art. 4 Nr. 5 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl. Siehe auch *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 130; *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 345.

Der Europäische Haftbefehl kann unmittelbar von der ausstellenden Justizbehörde – in Deutschland kann das jede Staatsanwaltschaft sein⁷⁶⁹ – an die vollstreckende Justizbehörde – in Deutschland die Generalstaatsanwaltschaften⁷⁷⁰ – gesandt werden.⁷⁷¹ Letztere beantragt dann beim zuständigen Gericht den Erlass eines Auslieferungshaftbefehls und lässt die zu überstellende Person auf dieser Grundlage festnehmen.⁷⁷² Binnen 60 Tagen nach der Festnahme muss der Vollstreckungsstaat sodann über die Überstellung entscheiden.⁷⁷³

Diese direkte Kommunikation zwischen den Justizbehörden und die für die Überstellung aufgestellte Fristbindung stellen, aus Sicht öffentlicher Verfolgungsinteressen, einen signifikanten Fortschritt für die strafrechtliche Zusammenarbeit dar.⁷⁷⁴ Daran, dass der Vollstreckungsstaat im Anschluss an den Erhalt eines Europäischen Haftbefehls weiterhin einen eigenen Auslieferungshaftbefehl und eine eigene Überstellungsentscheidung erlässt, wird offenbar, dass der Rahmenbeschluss lediglich eine indirekte Anerkennung des im Ausland erlassenen Haftbefehls postuliert.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht ein erstes deutsches Umsetzungsgesetz für verfassungswidrig erklärt hatte, wurde der Rahmenbeschluss mittels eines zweiten Gesetzes in die §§ 78 ff. IRG transponiert.⁷⁷⁵

769 Inhofer, in: Graf, Strafprozessordnung, 2014, Art. 1 Rb-EuHB, Rn. 4 und 6.

770 Inhofer, in: Graf, Strafprozessordnung, 2014, Art. 1 Rb-EuHB, Rn. 3 sowie Böhm/Rosenthal, in: Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 344.

771 Art. 9 Abs. 1 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl. Siehe auch Murschetz, Auslieferung, 2007, S. 370 f.

772 Inhofer, in: Graf, Strafprozessordnung, 2014, Art. 1 Rb-EuHB, Rn. 8.

773 Art. 17 Abs. 3 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl. Siehe näher hierzu Murschetz, Auslieferung, 2007, S. 376 f.

774 Inhofer, in: Graf, Strafprozessordnung, 2014, Art. 1 Rb-EuHB, Rn. 17; Böhm/Rosenthal, in: Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 263.

775 Siehe Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 18.7.2005, Az. 2 BvR 2236/04 sowie das Gesetz vom 20. Juli 2006 zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Siehe eingehend hierzu Böhm, NJW 2006, 2592–2596; Hackner/Schomburg/Lagodny/Gless, NSTZ 2006, 663–669; Kretschmer, Jura 2005, 780–786; Schünemann, StV 2005, 681–685 und Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 176 ff. Zur Umsetzung in den anderen Mitgliedsstaaten siehe Fletcher/Löff/Gilmore, EU Criminal Law and Justice, 2008, S. 116 ff., Pohl, Anerkennung, 2009, S. 90 ff. und Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 178 f.

Die Zahl der im Zulässigkeits- und im Bewilligungsverfahren zu prüfenden Überstellungshindernisse wurde dabei, der unionsrechtlichen Vorgabe entsprechend, stark begrenzt.⁷⁷⁶ Im Einklang mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Auslieferung deutscher Staatsangehöriger jedoch weiterhin unzulässig, wenn die Tat einen maßgeblichen Bezug zum deutschen Staatsgebiet hat.⁷⁷⁷ Nach § 81 IRG bleibt die fehlende beiderseitige Strafbarkeit zudem ein (zwingendes) Zulässigkeitshindernis, wenn nicht eine der im Rahmenbeschluss genannten Katalogstraftaten begangen wurde.

3. Verfügbarkeit für die Durchsetzung von Kartellstraftatbeständen

Wie oben gesehen folgt das Auslieferungssystem im nicht zur Europäischen Union gehörigen Europa im Wesentlichen den im außereuropäischen Rahmen anzutreffenden Verhältnissen. Bezüglich der Einbettung des Kartellstrafrechts in dieses Auslieferungssystem kann daher weitgehend auf die Analyse zum außereuropäischen Auslieferungsrecht verwiesen werden. Eine Besonderheit des Europäischen Auslieferungsübereinkommens besteht jedoch darin, dass der Ablehnungsgrund des *ne bis in idem* auch dann eröffnet ist, wenn die Behörden im ersuchten Staat entschieden haben, kein Strafverfahren einzuleiten oder ein entsprechendes Verfahren im Ermittlungsstadium einzustellen.⁷⁷⁸ Eine Auslieferung von Personen, gegen die ein Strafverfahren im ersuchten Staat zwar betrieben, dann jedoch aufgrund der Erfüllung der Voraussetzungen des kartellrechtlichen Kronzeugenprogramms eingestellt wurde, wird daher im europäischen Raum möglicherweise verweigert werden können. Grundvoraussetzung für das Eingreifen des Ablehnungsgrundes des *ne bis in idem* wäre jedoch, dass das *idem* anhand der Tathandlungen, und nicht anhand der Tatauswirkungen, abgegrenzt wird. Bisherige Anhaltspunkte deuten demgegenüber darauf hin, dass die Staaten in kartellrechtlichen Auslieferungsfällen auf die im Kartellrecht traditionelle *idem*-Definition zurückgreifen

⁷⁷⁶ Siehe §§ 78 Abs. 1 und 83b IRG.

⁷⁷⁷ Siehe § 80 Abs. 1 und 2 IRG und Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 18.7.2005, Az. 2 BvR 2236/04, Rn. 82 ff. Siehe auch Pohl, Anerkennung, 2009, S. 89 f.

⁷⁷⁸ Art. 9 Satz 2 Europäisches Auslieferungsübereinkommen.

und den Ablehnungsgrund des *ne bis in idem* dadurch seines Schutzgehalts entleeren.

Für den innerunionalen Raum bringt der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl, wie oben beschrieben, teils radikale Vereinfachungen des Auslieferungsverkehrs mit sich. Bei näherem Hinsehen scheint sein Nutzen für das Kartellstrafrecht jedoch begrenzt.⁷⁷⁹ Nach den Vorsehungen des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl ist eine Auslieferung zur Strafverfolgung zulässig, wenn die Tat im Ausstellungstaat mit Freiheitsstrafe von im Höchstmaß mindestens einem Jahr bedroht ist.⁷⁸⁰ Diese Hürde wird von allen EU-Mitgliedsstaaten, die über im engeren Sinne strafrechtliche Sanktionen für Kartellrechtsverstöße verfügen, übersprungen.⁷⁸¹ Die Auslieferung eines Kartellsünders aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat wird, wie bisher, häufig jedoch der Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit anheimfallen.⁷⁸² Zwar erklärt der Rahmenbeschluss diese Bedingung bei 32 einzeln aufgelisteten Deliktclassen für obsolet und überlässt es den Mitgliedsstaaten, auch im Übrigen für den innerunionalen Auslieferungsverkehr auf die beiderseitige Strafbarkeit zu verzichten. Die Umsetzungsakte der meisten Mitgliedsstaaten halten, vorbehaltlich der 32 Katalogstraftaten, dennoch weiterhin an der Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit als zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung fest.⁷⁸³ Die Barriere der beiderseitigen Strafbarkeit könnte also nur dann umschifft werden, wenn Kartellstraftaten unter eine der 32 im Rahmenbeschluss enumerierten Deliktclassen fielen.⁷⁸⁴ Eine eigens auf Wettbewerbsverstöße bezogene Deliktgruppe existiert allerdings nicht. Die Katalogtitel, die Kartelldelikte noch am ehesten einfassen könnten, sind die „Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung“, „Betrugsdelikte“, „Betrug“ und „Korruption“. Der Rahmenbeschluss gibt keine Definitionen

779 Siehe auch *Joshua*, 28 E. L. Rev. 620, 636 (2003).

780 Art. 2 Abs. 1 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl. Siehe hierzu *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 316 sowie oben § 3 E. II. 1.

781 Siehe oben § 1 B. II.

782 So auch *Joshua*, 28 E. L. Rev. 620, 636 (2003).

783 Für Deutschland siehe § 3 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 81 IRG. Zu den Umsetzungsakten der übrigen EU-Mitgliedsstaaten siehe *European Judicial Network*, European Arrest Warrant – Implementation, <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=14> (zuletzt abgerufen am 20.1.2013) sowie *Pohl*, Anerkennung, 2009, S. 92 f. Für Österreich siehe § 4 Abs. 1 österr. EU-JZG und hierzu *Murschetz*, Auslieferung, 2007, S. 325.

784 Siehe Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl.

dieser Kategorien vor. Vielmehr obliegt es der, den Europäischen Haftbefehl ausstellenden Justizbehörde die Einordnung (nach ihrem Recht) vorzunehmen.⁷⁸⁵ Die vollstreckende Justizbehörde überprüft diese Einordnung anschließend nur daraufhin, ob der dem präsumtiven Täter zur Last gelegte Sachverhalt schlüssigerweise (nach dem Recht des Ausstellungsstaates) in die angegebene Verbrechenkategorie fallen kann.⁷⁸⁶

In Kartellfällen kann es also dann zu einer Auslieferung ohne beiderseitige Strafbarkeit kommen, wenn entweder der Kartellstraftatbestand des Ausstellungsstaates nach Ansicht der dortigen Behörden unmittelbar unter eine der genannten Deliktssklassen, etwa die der kriminellen Vereinigung oder der Betrugsdelikte, fällt oder wenn die Tat aufgrund besonderer Einzelfallumstände im Ausstellungsstaat zusätzlich einen anderen zu den Katalogdelikten gehörigen Straftatbestand erfüllt. Im letzteren Fall könnte der sich nicht kartellrechtstreu verhaltende Übeltäter dann akzessorisch auch für das Kartellstrafdelikt ausgeliefert werden.⁷⁸⁷

Zahlenmäßig dürften solche Konstellationen aber gering bleiben. In den meisten Fällen wird eine Auslieferung im Kartellstrafrecht daher nur möglich sein, wenn die Tat auch im ersuchten Staat strafbar i.S.v. Art. 4 Ziffer 1 RbEuHB ist.⁷⁸⁸ Im deutschen Recht wurde dieses Strafbarkeitserfordernis so ausgestaltet, dass die inländische Strafandrohung im Höchstmaß mindestens Freiheitsstrafe von einem Jahr betragen muss.⁷⁸⁹ Eine bloß ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndungsandrohung genügt also zumindest in Deutschland nicht, um die Hürde der beiderseitigen Strafbarkeit zu überwinden.

Ist die Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit aufgrund des Vorliegens einer Katalogdeliktgruppe obsolet oder ist sie – in den Beziehungen

785 Böhm/Rosenthal, in: Ahlbrecht/Böhm/Esner/Hugger/Kirsch/Rosenthal, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 270 f.; Inhofer, in: Graf, Strafprozessordnung, 2014, § 83a IRG, Rn. 3; Pohl, Anerkennung, 2009, S. 192 ff. Siehe auch De Hert/Weis/Cloosen, 0 NJECL 55, 66 (2009).

786 Siehe Ligeti, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 128; Inhofer, in: Graf, Strafprozessordnung, 2014, § 83a IRG, Rn. 3; Pohl, Anerkennung, 2009, S. 192 f.

787 Siehe zur Rechtslage in Deutschland § 4 IRG sowie zu dessen Geltung auch für eingehende Europäische Haftbefehle, OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28.12.2009, Az. 1 AK 85/09.

788 So auch Joshua, 28 E. L. Rev. 620, 636 (2003).

789 Siehe § 3 Abs. 2 IRG. Zu dessen Geltung auch für eingehende Europäische Haftbefehle siehe Vogel/Burchard, in: Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 1, 2014, § 3 IRG, Rn. 3.

zweier Kartellstrafnationen zueinander – erfüllt, aktualisiert sich bei Kartellrechtsverstößen oftmals eine weitere Schranke, die die Auslieferung versperrt. Nach Art. 4 Nr. 7 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl können die Mitgliedsstaaten eine Auslieferung verweigern, wenn die Tat ganz oder zum Teil im eigenen Hoheitsgebiet begangen wurde.⁷⁹⁰ Diese Bestimmung wurde in den meisten Mitgliedsstaaten nur als fakultativer Versagungsgrund ausgestaltet.⁷⁹¹ Zielt ein eingehender Europäischer Haftbefehl jedoch auf die Auslieferung eigener Staatsangehöriger stellt der Inlandsbezug der Tat in einigen Staaten, wie etwa in Deutschland und Österreich, einen zwingenden Ausschlussgrund dar.⁷⁹² Bei Kartellrechtsverstößen sind Handlungs- und Erfolgsorte der Tat oft über mehrere Mitgliedsstaaten verstreut, wobei ein Schwerpunkt der Tathandlungen oft im gewöhnlichen Aufenthaltsstaat des Kartellsünders liegen wird. Der Verweigerungsgrund des maßgeblichen Inlandsbezugs wird daher auch im Kartellstrafrecht häufig eine Schlüsselstellung einnehmen und den Auslieferungsanspruch des Ausstellungsstaates dann davon abhängig machen, wie weit der Aufenthaltsstaat den Begriff der Inlandsbegehung auslegt.⁷⁹³

Werden die Hürden der beiderseitigen Strafbarkeit und des maßgeblichen Inlandsbezugs der Tat überwunden, sollte der Weg für eine Auslieferung von Kartellsündern grundsätzlich frei sein. Hinsichtlich des Ausschlussgrundes des *ne bis in idem* ist auf die oben gemachten Ausführungen zu verweisen. Resümierend kann daher festgehalten werden, dass auch im innerunionalen Auslieferungssystem eine Auslieferung von Kartellstraftätern aufgrund der Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit regelmä-

790 Ausführlich hierzu Pohl, Anerkennung, 2009, S. 209 f.

791 Siehe insbesondere in Bezug auf die Umsetzungen in Frankreich und den Niederlanden, *European Judicial Network*, European Arrest Warrant – Implementation, <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=14> (zuletzt abgerufen am 20.1.2013).

792 Siehe § 80 IRG, § 5 Abs. 3 österr. Eu-JZG sowie *European Judicial Network*, European Arrest Warrant – Implementation, <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=14> (zuletzt abgerufen am 20.1.2013). Zu § 5 Abs. 3 österr. Eu-JZG siehe auch Murschetz, Auslieferung, 2007, S. 325.

793 Siehe hierzu Böhm/Rosenthal, in: Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal, Internationales Strafrecht, 2008, S. 165, 274 ff.; Inhofer, in: Graf, Strafprozessordnung, 2014, § 80 IRG, Rn. 2; Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, S. 503. Zu dem Verweigerungsgrund des maßgeblichen Inlandsbezugs siehe auch Ligeti, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 131 sowie Pohl, Anerkennung, 2009, S. 209 f.

big nur im Verhältnis zwischen zwei Kartellstrafnationen zueinander möglich sein wird und sie selbst dort häufig aufgrund des maßgeblichen Inlandsbezugs der Tat scheitern könnte.

III. Europäische Zusammenarbeit im Bereich der klassischen Vollstreckungshilfe

Vor dem Hintergrund der rudimentären, oftmals lediglich eine Gefangenüberstellung erlaubenden Vollstreckungshilferegelungen im außereuropäischen Raum offenbart eine Bestandsaufnahme der europäischen Rechtsentwicklung ein weit größeres Spektrum an Vollstreckungshilfemechanismen. Während diese anfangs nur bereichsspezifisch verankert wurden, bestehen nun für die Vollstreckung von Freiheitsstrafen, Geldstrafen, Geldbußen und einigen sonstigen Sanktionen allgemeine, deliktsübergreifende Instrumente.⁷⁹⁴ Da einige Rechtsquellen jedoch nur auf bestimmte Sanktionsarten gerichtet sind, muss die Darstellung später zwischen der Vollstreckung freiheitsentziehender, monetärer und sonstiger Sanktionen unterscheiden. In einem ersten Schritt sollen jedoch diejenigen Übereinkommen vorgestellt werden, die querschnittsartig für alle Sanktionsarten gelten und damit den Grundstein der Vollstreckungshilfe in Europa bilden.

1. Sanktionsformenübergreifende Vollstreckungshilfeinstrumente

Das bereits 1970 unter dem Dach des Europarats geschlossene Europäische Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen ermöglicht es einem Staat, jeden anderen Vertragsstaat um die Vollstreckung seiner Freiheits- und Geldstrafen, Geldbußen, Einziehungen und Aberkennungen zu ersuchen.⁷⁹⁵ Voraussetzung der Vollstreckung ist, dass die betroffene Person eine Verbindung zum Hoheitsgebiet des Vollstre-

794 Siehe *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 640 ff.; *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 175 f.

795 Art. 1 Buchstabe i.V.m. Anlage II *Europarat*, Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen, 28.5.1970. Siehe hierzu *Mix*, Vollstreckungsübernahme, 2003, S. 51 ff.; *Jansen*, in: *Dannecker/Jansen*, Competition Law Sanctioning, 2004, S. 257, 283 ff.; *Lagodny*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, II D 6 EUIntGeltungStrafurteilÜbk, Rn. 1-6 sowie *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 179 f.

ckungsstaates besitzt, dass die Tat, wäre sie im Vollstreckungsstaat begangen worden, auch dort zumindest mit Geldbuße bedroht ist, und dieser Vollstreckungsstaat keinen der im Übereinkommen abschließend aufgezählten Ablehnungsgründe geltend macht.⁷⁹⁶ Ein solcher Ablehnungsgrund besteht neben dem im Rechtshilferecht durchgehend anzutreffenden Tatbeständen auch dann, wenn der Urteilsstaat nach Ansicht des ersuchten Staates selbst zur Vollstreckung seiner Sanktion in der Lage wäre.⁷⁹⁷ Soll ein in Abwesenheit des Betroffenen gefälltes Urteil vollstreckt werden, steht diesem ein Einspruchsrecht zu, welches die Vollstreckungshilfe zu Fall bringen kann.⁷⁹⁸ Aktualisiert sich keines dieser Vollstreckungshindernisse, assimiliert der Vollstreckungsstaat die ausländische Sanktion mittels einer eigenen Sanktionsentscheidung und erlässt auf deren Grundlage die nötigen Vollstreckungsmaßnahmen.⁷⁹⁹ Folgerichtig fließen die vom Vollstreckungsstaat vollstreckten Geldstrafen und Geldbußen grundsätzlich ihm selbst und nicht dem Urteilsstaat zu.⁸⁰⁰ Beachtenswerterweise wurde das Übereinkommen nach seinem Abschluss nur zögerlich von den Europarats-Mitgliedsstaaten ratifiziert. Wenngleich auch in jüngerer Vergangenheit neue Ratifikationsurkunden hinterlegt wurden, fehlen unter den derzeit 22 Ratifizierungsstaaten (Stand: Oktober 2014) unter anderem noch Deutschland, Frankreich, das Vereinigte Königreich und Italien.⁸⁰¹

796 Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 lit. b), Art. 5 lit. a) -e), Art. 6 sowie Art. 53 Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen. Siehe auch Jansen, in: Dannecker/Jansen, Competition Law Sanctioning, 2004, S. 257, 284 f.

797 Art. 6 lit. j) Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen.

798 Siehe Art. 21 ff. und insbesondere Art. 25 Abs. 3 Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen.

799 Art. 37 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen.

800 Art. 47 Abs. 1 Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen.

801 Siehe *Europarat*, Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen - Ratifikationen, 2013, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=070&CM=1&DF=25/01/2012&CL=GER> (zuletzt abgerufen am 27.9.2014). Zur zögerlichen Ratifizierung siehe auch Mix, Vollstreckungsübernahme, 2003, S. 51 und Lagodny, in: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe, 2012, II D 6 EUIntGeltungStrafurteilÜbk, Rn. 3.

Als Pendant zu diesem Europarats-Übereinkommen wurde im inner-unionalen Rahmen das Übereinkommen über die Vollstreckung ausländischer strafrechtlicher Verurteilungen (kurz: EG-Vollstreckungsübereinkommen) abgeschlossen.⁸⁰² Inhaltlich folgt es diesem jedoch weitgehend und bleibt punktuell sogar dahinter zurück.

Mangels Ratifikation durch alle, zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Übereinkommens den Europäischen Gemeinschaften angehörigen Mitgliedsstaaten ist das Abkommen noch nicht in Kraft getreten, sondern lediglich zwischen Deutschland, den Niederlanden und Lettland vorzeitig anwendbar.⁸⁰³

2. Spezifische Vollstreckungshilfeinstrumente für freiheitsentziehende Sanktionen

Während die für alle Sanktionsarten geöffneten Vollstreckungshilfeinstrumente also nur unzureichend ratifiziert wurden, stießen behutsame, bereichsspezifische Ansätze auf breite Zustimmung. Das Europäische Überstellungsübereinkommen, welches auf die Vollstreckungshilfe in Form der traditionellen Gefangenenüberstellung beschränkt bleibt, wurde von allen Mitgliedsstaaten des Europarats, und darüber hinaus auch von zahlreichen Drittstaaten, ratifiziert.⁸⁰⁴ Auf Grundlage dieses Übereinkommens können im Urteilsstaat verurteilte Übeltäter zur Verbüßung ihrer Freiheitsstrafe in

802 Übereinkommen zwischen den Mitgliedsstaaten der EG über die Vollstreckung ausländischer strafrechtlicher Verurteilungen, 13.11.1991 (im Folgenden: EG-Vollstreckungsübereinkommen). Ausführlich hierzu *Mix*, Vollstreckungsübernahme, 2003, S. 79 ff. und *Jansen*, in: *Dannecker/Jansen*, Competition Law Sanctioning, 2004, S. 257, 290 ff.

803 Art. 21 Abs. 2 und 3 EG-Vollstreckungsübereinkommen sowie *Grotz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Europ. VollstreckungsÜbk, III A 2.3, S. 1 und *Schomburg*, NJW 2005, 3262, 3264 f.

804 *Europarat*, Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen, 21.3.1983 (im Folgenden: Europäisches Überstellungsübereinkommen). Siehe hierzu *Europarat*, Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen – Ratifikationen, 2012, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=112&CM=8&DF=25/01/2012&CL=GER> (zuletzt abgerufen am 9.2.2013) sowie *Mix*, Vollstreckungsübernahme, 2003, S. 60 ff. *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 175 ff.

ihren Heimatstaat überstellt werden.⁸⁰⁵ Grundvoraussetzung hierfür ist die Zustimmung der betroffenen Person sowie der beiden beteiligten Staaten.⁸⁰⁶ Das Überstellungsübereinkommen wurde später durch ein Zusatzprotokoll sowie, für die Schengen-Staaten, durch das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) erweitert.⁸⁰⁷

Innerhalb der Europäischen Union wurden die Bemühungen um ein weit über die Gefangenenüberstellung hinausreichendes Vollstreckungshilfeinstrument im Bereich freiheitsentziehender Sanktionen im Anschluss weiter forciert und mündeten letztlich im Rahmenbeschluss über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf freiheitsentziehende Strafurteile.⁸⁰⁸ Der Rahmenbeschluss ist in seiner Kooperationstiefe in etwa mit dem oben erwähnten EG-Vollstreckungsübereinkommen und dem Europäischen Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen vergleichbar, verzichtet teilweise aber auf die Zustimmung des Vollstreckungsstaates und macht die Vollstreckungshilfe im Bereich freiheitsentziehender Sanktionen damit zu einem verbindlichen Rechtsinstrument.⁸⁰⁹ Möchte der Urteilsstaat seine Sanktionsentscheidung von einem anderen Mitgliedsstaat vollstrecken lassen – etwa, weil sich die verurteilte Person dort aufhält – hat es das Urteil samt einer beigelegten Bescheinigung an die zuständigen Behörden dieses Staates zu übermit-

805 Art. 1, 2 und 3 lit. a) Europäisches Überstellungsübereinkommen. Siehe auch *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 176 f.

806 Art. 3 lit. d) und f) Europäisches Überstellungsübereinkommen. Siehe auch *Mix*, Vollstreckungsübernahme, 2003, S. 64; *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 178.

807 Siehe Art. 67 ff. SDÜ und Art. 2 *Europarat*, Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen, 18.12.1997. Siehe hierzu auch *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 179.

808 Rahmenbeschluss 2008/909/JI vom 27.11.2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union, ABl. EU 2008 Nr. L 327/27 (im Folgenden: Rahmenbeschluss freiheitsentziehende Strafe). Siehe hierzu *Satzger*, in: *Schünemann*, Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 146, 146 ff.; *Hackner*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III C 2 c RB-Freiheitsstrafen, Rn. 1-14; *Juppe*, gegenseitige Anerkennung, 2007, S. 64 ff. sowie *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 640, *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 510 f. und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 182.

809 Siehe Erwägungsgrund 4 und Art. 4 Rahmenbeschluss freiheitsentziehende Strafe. Siehe auch *Juppe*, gegenseitige Anerkennung, 2007, S. 64.

tehn.⁸¹⁰ Die Vollstreckungshilfe ist zulässig, wenn der Vollstreckungsstaat ihr zustimmt oder wenn eine qualifizierte Beziehung zwischen dem Verurteilten und dem Vollstreckungsstaat besteht.⁸¹¹ Die Zustimmung des Verurteilten ist für die Vollstreckungshilfe nur nötig, wenn keiner der im Rahmenbeschluss genannten Verbindungspunkte zwischen ihm und dem Vollstreckungsstaat besteht.⁸¹² Der Vollstreckungsstaat darf die Vollstreckung darüber hinaus nur ablehnen, wenn einer der aufgelisteten Ablehnungsgründe eingreift. Diese umfassen etwa den Grundsatz *ne bis in idem* sowie die fehlende beiderseitige Strafbarkeit, wobei letztere im Falle des Vorliegens einer von 32 Katalogdeliktgruppen der Vollstreckung nicht entgegeng gehalten werden darf.⁸¹³

3. Vollstreckungshilfe im Bereich monetärer Sanktionen

Auf der Ebene des Europarats kamen nach dem Europäischen Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen keine deliktsübergreifenden Regelungswerke mehr zustande, die die Vollstreckungshilfe im Bereich monetärer Sanktionen vorantreiben.⁸¹⁴ Im inner-unionalen Rahmen wurde demgegenüber der Rahmenbeschluss über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen verabschiedet.⁸¹⁵ Neben gerichtlich festgesetzten Geldstrafen schließt dieser auch von Verwaltungsbehörden erlassene

810 Art. 5 Rahmenbeschluss freiheitsentziehende Strafe.

811 Genauer Art. 4 Abs. 1 Rahmenbeschluss freiheitsentziehende Strafe.

812 Siehe Art. 6 Rahmenbeschluss freiheitsentziehende Strafe.

813 Siehe Art. 9 i.V.m. Art. 7 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 1 Rahmenbeschluss freiheitsentziehende Strafe. Siehe auch *Juppe*, gegenseitige Anerkennung, 2007, S. 65 und *Hackner*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III C 2 c RB-Freiheitsstrafen, Rn. 6.

814 Siehe *Europarat*, Vollständige Liste der Verträge, 2012, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=GER> (zuletzt abgerufen am 26.1.2013).

815 Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates vom 24.2. 2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung bei Geldstrafen und Geldbußen, ABl. EU 2005 Nr. L 76/16 (im Folgenden: Rahmenbeschluss Geldstrafen). Siehe hierzu *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 641 f.; *Bönke*, NZV 2006, 19–24; *Gless/Trautmann*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III C 2 a RB-Geldsanktionen, Rn. 1–20; *Hering*, SVR 2010, 290–293; *Karitzky/Wannek*, NJW 2010, 3393–3397; *Trautmann*, NZV 2011, 57–

Geldbußen mit ein, soweit diese vor einem auch in Strafsachen zuständigen Gericht angefochten werden können.⁸¹⁶ Der Entscheidungsstaat kann seine Sanktion in jedem anderen Staat, in dem die betroffene, natürliche Person entweder ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort hat oder über Vermögen verfügt, vollstrecken lassen.⁸¹⁷ Anders als in früheren Vollstreckungshilfeinstrumenten ist eine Zustimmung des Vollstreckungsstaates oder der sanktionierten Person gänzlich entbehrlich. Der Vollstreckungsstaat darf die Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Sanktion vielmehr nur aus abschließend aufgezählten Gründen versagen. Diese Gründe umfassen etwa den Grundsatz *ne bis in idem*, einen maßgeblichen Bezug der Tat zum Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaates oder die fehlende Strafbarkeit der Tat nach der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates.⁸¹⁸ Wiederum darf die fehlende Strafbarkeit im Inland der Vollstreckung jedoch nicht entgegengehalten werden, wenn sich die Tat einer der im Rahmenbeschluss aufgelisteten Katalogdeliktssklassen zuordnen lässt.⁸¹⁹ Der Erlös der eingetriebenen Geldstrafen und Geldbußen fließt grundsätzlich dem Vollstreckungsstaat zu, wobei die beteiligten Staaten auch eine abweichende Verteilung vereinbaren können.⁸²⁰

Der Rahmenbeschluss wurde inzwischen in deutsches Recht transponiert.⁸²¹ Die im Rahmenbeschluss als fakultativ eingeordneten Ablehnungsgründe wurden dabei ganz überwiegend zu zwingenden Zulässigkeitsvoraussetzungen erhoben.⁸²² Die Vorgabe des Rahmenbeschlusses, wonach auch Ordnungswidrigkeitenentscheidungen nicht gerichtlicher Stellen in das Vollstreckungshilfesystem eingebunden sind, falls sie vor

62; Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, S. 510 und Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 182.

816 Art. 1 lit. a) und b) Rahmenbeschluss Geldstrafen. Siehe auch Ambos, Internationales Strafrecht, 2014, S. 641; Gless/Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe, 2012, III C 2 a RB-Geldsanktionen, Rn. 3. Siehe hierzu auch weiter unten § 3 E. IV. 4.

817 Art. 4 Abs. 1 Rahmenbeschluss Geldstrafen.

818 Art. 7 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Rahmenbeschluss Geldstrafen.

819 Art. 5 Abs. 1 Rahmenbeschluss Geldstrafen.

820 Art. 13 Rahmenbeschluss Geldstrafen; Gless/Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe, 2012, III C 2 a RB-Geldsanktionen, Rn. 18.

821 Siehe Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, vom 18.10.2010.

822 Siehe § 87b IRG.

einem auch in Strafsachen zuständigen Gericht angefochten werden können, wurde ohne weitere Präzisierung übernommen.⁸²³

4. Verfügbarkeit der Vollstreckungshilfsmittel bei der Durchsetzung von Kartellstraft- und -ordnungswidrigkeitentatbeständen

Das im außerunionalen Raum bedeutsame Europäische Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen steht für die Vollstreckung strafgerichtlich verhängter Kartellsanktionen grundsätzlich zur Verfügung. Die Vollstreckung kann aber abgelehnt werden, wenn der betreffende Kartellverstoß im Vollstreckungsstaat nicht ebenso mit einer strafgerichtlich festzusetzenden Sanktion bedroht ist.⁸²⁴ Verwaltungsbehördlich verhängte Geldbußen können nach dem Übereinkommen nur vollstreckt werden, wenn die fraglichen Verbotstatbestände zur Anlage II und die darauf basierenden Sanktionen zur Anlage III des Übereinkommens angemeldet wurden.⁸²⁵ Da die Niederlande jedoch gegenwärtig unter den Ratifikationsstaaten der einzige Staat sind, der verwaltungsbehördlich durchgesetzte Rechtsvorschriften in die Anlage II integrieren ließ und diese niederländischen Vorschriften allein auf Straßenverkehrsdelikte bezogen sind, läuft die Öffnung des Übereinkommens für Verwaltungsgeldbußen weitestgehend leer.⁸²⁶ Aufgrund der sehr bedächtig aber doch kontinuierlich steigenden Zahl an Ratifikationsstaaten, zu denen bereits auch mehrere Nationen mit umfassendem Kartellstrafregime zählen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass dem Europäischen Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen künftig kartellstrafrechtlicher Nutzen abgewonnen werden wird. Im Verhältnis zweier EU-Mitgliedsstaaten zueinander wird das Übereinkommen jedoch durch die eben darge-

823 Siehe § 87 Abs. 2 IRG.

824 Art. 4 und Art. 1 lit. b Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen.

825 Art. 1 lit. d) in Verbindung mit lit. g) und lit. b) Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen.

826 Zur Erklärung der Niederlande siehe *Europarat*, Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen – Erklärungen, 2012, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=070&CM=1&DF=27/01/2012&CL=GER&VL=1> (zuletzt abgerufen am 26.1.2013). Zur kartellrechtlichen Relevanz des Übereinkommens siehe auch *Jansen*, in: *Dannecker/Jansen*, Competition Law Sanctioning, 2004, S. 257, 302.

stellten Rahmenbeschlüsse in Bezug auf freiheitsentziehenden und monetären Sanktionen verdrängt und kann dort lediglich bei Aberkennungsentscheidungen relevant werden.

Das ebenfalls unter dem Dach des Europarats abgeschlossene und von allen Europarats-Mitgliedsstaaten ratifizierte Überstellungsübereinkommen ist auf Kartelltätern auferlegte Freiheitsstrafen ohne weiteres anwendbar. Eine Überstellung eines verurteilten Kartelltäters in sein Heimatland zur Verbüßung der ihm auferlegten Freiheitsstrafe wird oftmals jedoch an der beiderseitigen Strafbarkeit scheitern, welche nur erfüllt ist, wenn auch im Vollstreckungsstaat Freiheitsstrafe, und also nicht lediglich eine Geldstrafe oder Geldbuße, droht.⁸²⁷ Die praktische Relevanz des Übereinkommens wird ferner dadurch geschmälert, dass die Gefangenenüberstellung grundsätzlich die Zustimmung der beiden beteiligten Staaten und der verurteilten Person selbst voraussetzt.⁸²⁸ Im Hinblick auf die EU-Instrumente offenbart sich, dass der Rahmenbeschluss über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf freiheitsentziehende Strafurteile und der Rahmenbeschluss über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen grundsätzlich ebenfalls auf Kartellstraftdelikte anwendbar sind. Der sich auf freiheitsentziehende Sanktionen richtende Rahmenbeschluss ist jedoch auf von einem Gericht, in einem Strafverfahren verhängte Freiheitsstrafen und sonstige freiheitsentziehende Maßnahmen begrenzt.⁸²⁹ Nur soweit ein Mitgliedsstaat Kartellrechtsverstöße mit strafgerichtlich festgesetztem Freiheitsentzug bedroht, steht ihm der Rahmenbeschluss zur Verfügung. Bestehen die im Rahmenbeschluss niedergeschriebenen Verbindungskriterien zwischen Vollstreckungsstaat und dem zu sanktionierenden Kartelltäter bedarf die Vollstreckung dann nicht der Zustimmung des Vollstre-

827 Art. 3 Abs. 1 lit. e) Europäisches Überstellungsübereinkommen. Dass im Vollstreckungsstaat *Freiheitsstrafe* drohen muss, ergibt sich aus dem Umstand, dass die Freiheitsstrafe des Urteilsstaates in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates assimiliert werden muss, und das Überstellungsübereinkommen es verbietet, die Freiheitssanktion in eine monetäre Sanktion umzuwandeln (siehe Art. 11 Abs. 1 lit. b Überstellungsübereinkommen) bzw. im Falle der Vollstreckungsfortsetzung eine andere Sanktionsart zu wählen (siehe Art. 10 Abs. 2 Überstellungsübereinkommen). Siehe auch *Grotz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Überstellungs-Übk, III A 2.1., S. 29.

828 Zum beschränkten praktischen Wert des Europäischen Überstellungsübereinkommens siehe *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 176.

829 Art. 8 i.V.m. Art. 1 lit. a) Rahmenbeschluss freiheitsentziehende Strafe.

ckungsstaates oder des Kartelltäters, sondern kann lediglich aus den, in den Rahmenbeschluss aufgenommenen Ablehnungsgründen abgelehnt werden.⁸³⁰ Im Kartellstrafrecht wird dem Ablehnungsgrund der fehlenden beiderseitigen Strafbarkeit wiederum eine Schlüsselstellung zukommen. Es darf angenommen werden, dass dieser, im Rahmenbeschluss als fakultativ qualifizierter Ablehnungsgrund in den Umsetzungsakten der Mitgliedsstaaten zur zwingenden Voraussetzung für die Zulässigkeit der Vollstreckung erhoben werden wird. Liegt keine der 32 Katalogdeliktgruppen vor, ist eine Auslandsvollstreckung also nur möglich, wenn die Tat auch im Vollstreckungsstaat eine Straftat darstellt. Ob auch eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndungsandrohung oder eine im Vollstreckungsstaat lediglich mit Geldstrafe bedrohte Tat als eine solche „Straftat“ anzusehen ist, wird im Rahmenbeschluss nicht präzisiert. In der Praxis wird es daher auf die Umsetzungsakte der Mitgliedsstaaten und deren Handhabung durch die Behörden des jeweiligen Vollstreckungsstaates ankommen.⁸³¹ Fällt der Kartellrechtsverstoß also nicht mit einer Katalogdeliktgruppe – in Betracht kommen wohl lediglich die Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, die Korruption, Betrugsdelikte und Betrug – zusammen, ist eine Auslandsvollstreckung daher nur dann verlässlich möglich, wenn der betreffende Vollstreckungsstaat den fraglichen Kartellrechtsverstoß ebenfalls mit Freiheitsstrafe belegt hat. Sollte sich die Kriminalisierungsentwicklung innerhalb der EU weiter fortsetzen, wird diese Bedingung künftig im Verhältnis immer mehr Mitgliedsstaaten zueinander erfüllt sein. Da die Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit jedoch auch das zentrale Hindernis des inner-unionalen Auslieferungsverkehrs darstellt, verbessert sich durch die Kriminalisierungstendenz auch die Perspektive, eine Auslieferung der kartellbeteiligten natürlichen Person zu erreichen. Der Urteilsstaat ist dann, vorbehaltlich sonstiger Auslieferungshindernisse, nicht auf das Instrument der Auslandsvollstreckung angewiesen.

Der Rahmenbeschluss über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen findet unzweifelhaft dann auf kartellrechtliche Sanktionen Anwendung, wenn diese von einem Strafgericht verhängt werden und aus einer Geldstrafe oder einer

830 Art. 6 und 9 i.V.m. Art. 4 Rahmenbeschluss freiheitsentziehende Strafe.

831 Zur diesbezüglichen Umsetzung in Österreich siehe § 40 österr. EU-JZG, wonach die Vollstreckung einer ausländischen Freiheitsstrafe in Österreich unzulässig ist, wenn die Tat in Österreich nicht „gerichtlich strafbar“ ist.

Geldbuße bestehen.⁸³² Von einer nicht gerichtlichen Stelle auferlegte Geldbußen fallen hingegen nur dann in den Geltungsbereich des Rahmenbeschlusses, wenn sie vor einem „auch in Strafsachen zuständigen Gericht“ angefochten werden können.⁸³³ Diese Voraussetzung des Rechtsmittels vor einem auch in Strafsachen zuständigen Gericht wird auch in später anzusprechenden Kooperationsinstrumenten zur Bestimmung des Anwendungsbereichs rezipiert⁸³⁴ und avanciert so zu einer Standardformel zur Bestimmung der Anwendbarkeit strafrechtlicher Kooperationsmechanismen auf nur im weiteren Sinne strafrechtliche Verfahren.⁸³⁵ Der deutsche Umsetzungsakt zum Rahmenbeschluss Geldstrafen übernimmt diese Formel ohne weitere Konkretisierung.⁸³⁶

Zur Einordnung deutscher Kartellordnungswidrigkeiten unter diese Formel sei zunächst bemerkt, dass Einsprüche gegen die Bußgeldbescheide des Bundeskartellamts an das OLG Düsseldorf zu richten sind, bei welchem eigene Kartellsenate eingerichtet sind.⁸³⁷ Diese Kartellsenate sind nach allgemeiner Ansicht weder Zivil- noch Strafsenate, sondern spezialisierte Spruchkörper eigener Art.⁸³⁸ Im Übrigen bestehen beim OLG Düsseldorf selbstverständlich aber auch klassische Strafsenate.⁸³⁹ Aus opportunistischen Motiven könnte man nun auf die Idee verfallen, die deutschen Kartellgeldbußen bereits deshalb als vor einem „auch in Strafsachen zuständigen Gericht“ anfechtbar zu halten, weil das OLG Düsseldorf neben

832 Art. 1 lit. a) i) und iv) Rahmenbeschluss Geldstrafen.

833 Art. 1 lit. a) iii) Rahmenbeschluss Geldstrafen.

834 Siehe Rechtsakt des Rates vom 29. Mai 2000 über die Erstellung des Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, ABl. EG 2000 Nr. C 197/1; Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABl. EU 2008 Nr. L 350/72 und Art. 4 lit. b) Initiative für eine Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung.

835 Siehe Art. 1 lit. a) iii) Rahmenbeschluss Geldstrafen. Siehe auch *Wiederin*, Die Zukunft des Verwaltungsstrafrechts, 2006, S. 115.

836 Siehe § 87 Abs. 2 IRG.

837 Siehe § 83 i.V.m. § 91 GWB. Siehe auch *Wolf/Burchardi* in: *Niederleithinger/Werner/Wiedemann*, FS Lieberknecht, 1997, S. 645, 663.

838 *Dannecker/Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 2, 2014, § 83, Rn. 5 m.w.N. sowie *Wolf/Burchardi* in: *Niederleithinger/Werner/Wiedemann*, FS Lieberknecht, 1997, S. 645, 665 m.w.N.

839 Siehe OLG Düsseldorf, Geschäftsverteilungsplan 2013, http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/aufgaben/geschaeftsverteilung/gvp_rechtsprechung/gvp_recht_2013/GVP_Richter_2013.pdf (zuletzt abgerufen am 26.1.2013).

den Kartellsenaten eben auch über Strafsenate verfügt. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Verknüpfung von verwaltungsbehördlicher Sanktionsentscheidung mit einer strafgerichtlichen Überprüfungscompetenz, wie sie im Rahmenbeschluss Geldstrafen und weiteren Rechtshilfeminstrumenten gefordert wird, offenbar eine ausreichende Nähe des Verwaltungsverfahrens zur strafjustiziellen Sphäre sicherstellen soll. Nur diese Verwandtschaft zur Strafjustiz rechtfertigt die Einbindung des Verwaltungsverfahrens in den strafrechtlichen Rechtshilfemechanismus. Die mehr oder minder zufällige Zusammenfassung des über die Entscheidung der Verwaltungsbehörde wachenden Spruchkörpers und Strafsenaten unter das Dach eines einheitlichen Gerichts ist demgegenüber nicht geeignet, diese Nähe zu begründen. Nach hier vertretener Ansicht ist daher auf die Zuständigkeiten des konkret für die Kartellbußgeldentscheidung zuständigen Spruchkörpers, und nicht auf diejenigen des Gerichts im institutionellen Sinne abzustellen. Dies lässt sich auch ohne weiteres mit dem Wortlaut der Prüfformel vereinbaren, da ein einzelner Spruchkörper auch an anderer Stelle im Unionsrecht als „Gericht“ bezeichnet wird.⁸⁴⁰ Für die Frage der Eingliederung des deutschen Kartellordnungswidrigkeitenrechts in den Rahmenbeschluss Geldstrafen kommt es somit also entscheidend darauf an, ob die Kartellsenate des OLG Düsseldorf „auch in Strafsachen zuständig“ sind. Nach einer in Österreich zur Einordnung des dortigen Verwaltungsstrafrechts geäußerten Meinung, soll es bereits ausreichen, wenn das betreffende Gericht für das Rechtsmittel gegen die Sanktionsentscheidung der Verwaltungsbehörde zuständig ist, und im Übrigen jedoch lediglich nicht-strafrechtliche Verfahren führt.⁸⁴¹ Die Formel des „auch in Strafsachen zuständigen Gerichts“ fordere nicht, dass das Gericht auch sonst mit Strafsachen befasst sei.⁸⁴²

Mit dem Normwortlaut ist diese Deutungsweise aber wohl nicht zu vereinbaren. Die gebotene Zuständigkeit in Strafsachen kann nicht schon die Zuständigkeit für die Sanktionsentscheidung der Verwaltungsbehörde meinen, denn ansonsten wäre diese Zuständigkeit in Strafsachen ja zwin-

840 So sind Spruchkörper, die ständig eingerichtet und unabhängig sind, und nach dem Recht entscheiden, „Gerichte“ im Sinne von Art. 267 AEUV, siehe *Ehricke*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 2012, Art. 267 AEUV, Rn. 30.

841 So *Medigovic*, Juristische Blätter 2008, 69, 72 und *Bundesregierung Österreichs*, Erläuterung zur Regierungsvorlage 696, http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00696/fname_030896.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2014), S. 3.

842 *Medigovic*, Juristische Blätter 2008, 69, 72.

gend stets bereits durch die Zuständigkeit für die verwaltungsbehördliche Entscheidung gegeben. Weiter belegt wird dies durch das in der Formel verwendete Wort „auch“. Wäre die erforderliche Kompetenz des Gerichts in Strafsachen bereits durch die Zuständigkeit über die Sanktionsentscheidung der Verwaltungsbehörde gegeben, wäre die Postulierung der Möglichkeit, „die Sache vor ein *auch* in Strafsachen zuständiges Gericht“ bringen zu können, widersinnig, da ja jedes gegen die Sanktionsentscheidung anrufbare Gericht damit auch in Strafsachen zuständig wäre.

Zutreffenderweise muss das gegen die Sanktionsentscheidung der Verwaltungsbehörde richtende Gericht daher über diese Zuständigkeit für diese Sanktionsentscheidung hinaus über (weitere) strafrechtliche Kompetenzen verfügen.⁸⁴³

Da den Kartellsenaten des OLG Düsseldorf diese weiteren Zuständigkeiten in Strafsachen abgehen, wäre das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht nicht in den Rahmenbeschluss Geldstrafen und die weiteren, diese Formel verwendenden Kooperationsinstrumente integriert. Für das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht scheint dieses Ergebnis aber deshalb unpassend, weil das übrige deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht den besagten Kooperationsinstrumenten sehr wohl unterfällt.⁸⁴⁴ Dass für die Einsprüche gegen Bußgeldbescheide der Kartellbehörden nicht die für Einsprüche gegen Bußgeldbescheide sonstiger Verwaltungsbehörden zuständigen Amtsgerichte als Strafgerichte,⁸⁴⁵ sondern die spezialisierten Kartellsenate berufen wurden, beruht nicht auf der mangelnden Nähe des Kartellbußgeldverfahrens zu üblichen Ordnungswidrigkeitenverfahren, sondern auf der Eigentümlichkeit und Bedeutung des kartellrechtlichen Rechtsbereichs an sich.⁸⁴⁶ Gleichsam dem sonstigen Ordnungswidrigkeitenrecht unterliegen die Verfahren über Einsprüche gegen Bußgeldbe-

843 Mit ähnlicher Begründung und selbem Ergebnis *Wiederin*, Die Zukunft des Verwaltungsstrafrechts, 2006, S. 113 f., 125 und 132. Im Ergebnis ebenso, wenn auch ohne Begründung, *Hauptfleisch/Zelenka*, ZVR 2004, 313, 314.

844 Alle Ordnungswidrigkeiten pauschal als von Art. 3 Abs. 1 RhÜbk-EU, welcher ebenfalls die Formel des Rechtsmittels vor einem auch in Strafsachen zuständigen Gericht verwendet erfasst ansehend, *Grotz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, EU-RechtshilfeÜbk III A 3.5, S. 4, ohne dabei auf die spezielle, kartellrechtliche Problematik einzugehen.

845 Siehe § 68 Abs. 1 OWiG. Siehe auch *Wolf/Burchardi* in: *Niederleithinger/Werner/Wiedemann*, FS Lieberknecht, 1997, S. 645, 663.

846 Siehe genauer *Wolf/Burchardi* in: *Niederleithinger/Werner/Wiedemann*, FS Lieberknecht, 1997, S. 645, 664.

scheide des Bundeskartellamts vor den Kartellsenaten des OLG Düsseldorf den Verfahrensregeln des Gesetzes gegen Ordnungswidrigkeiten⁸⁴⁷ und, subsidiär, der Strafprozessordnung.⁸⁴⁸ Angesichts dieser Nähe zu strafgerichtlichen Verfahren erscheint eine Einordnung der Kartellsenate des OLG Düsseldorf als strafrechtliche Spruchkörper für die Zwecke des Rahmenbeschluss Geldstrafen plausibel. Verallgemeinert ausgedrückt können Kartellbehörden nach hier vertretener Ansicht in Verfahren zur Durchsetzung nicht-kriminalstrafrechtlicher Geldbußen also dann auf den Rahmenbeschluss Geldstrafen und die sonstigen Kooperationsinstrumente mit gleichem Anwendungsbereichsumfang zurückgreifen, wenn gegen die Bußgeldentscheidung entweder ein auch mit Strafsachen befasster Spruchkörper angerufen werden kann oder der zuständige Spruchkörper auf Kartellsachen spezialisiert ist und das Verfahren ausreichende Verbindungspunkte zu einem Strafverfahren aufweist.⁸⁴⁹

Für das deutsche Recht sei hinzugefügt, dass das Verfahren zur Verhängung einer Geldbuße gegen eine natürliche Person wegen einer Kartellordnungswidrigkeit von der Staatsanwaltschaft übernommen und von einem Strafgericht (mit-)entschieden wird, wenn die Kartellordnungswidrigkeit in einer prozessualen Tat (im Sinne von § 264 StPO) mit einer Straftat, etwa einer Submissionsabsprache im Sinne von § 298 StGB, erfolgt.⁸⁵⁰ Steht die Kartellordnungswidrigkeit mit einer Straftat lediglich „im Zusammenhang“, besteht ein fakultatives Übernahmerecht der Staatsanwaltschaft, bei dessen Ausübung wiederum das Strafgericht auch über die Ordnungswidrigkeit entscheidet.⁸⁵¹ Da die Geldbuße dann von einem Strafgericht auferlegt wird, ist der Rahmenbeschluss über die Anwendung des

847 Siehe §§ 71 bis 78 OWiG.

848 Siehe § 71 Abs. 1 OWiG. Siehe auch *Jalowietzki*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, § 83 GWB, Rn. 1 sowie *Dannecker/Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 2, 2014, § 83 GWB, Rn. 15 ff.

849 A.A. wohl *Jansen*, in: *Dannecker/Jansen*, *Competition Law Sanctioning*, 2004, S. 257, 277 f. und 302, der das Kriterium des „auch in Strafsachen zuständigen Rechtsmittelgerichts“ nennt, und daraus ohne weiteres schließt, dass nur kriminalstrafrechtliche Strafverfahren gegen natürliche Personen unter die betreffenden Rechtshilfeinstrumente fallen.

850 Siehe §§ 40, 41 und 82 Abs. 1 OWiG. Siehe hierzu *Bohnert*, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 2010, § 40, Rn. 1.

851 Siehe §§ 42 und 45 OWiG. Siehe hierzu *Bohnert*, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 2010, § 42, Rn. 2.

Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen ohne weiteres anwendbar.

Ist der Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses Geldstrafen eröffnet, wird die Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit relevant. Im Hinblick auf diese sieht der Rahmenbeschluss vor, dass die Vollstreckung der ausländischen Geldstrafe oder Geldbuße verweigert werden kann, wenn die Tat im Vollstreckungsstaat keine „Straftat“ darstellt, ohne klarzustellen, ob eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndungsfähigkeit dafür ausreichend ist.⁸⁵² Da der Rahmenbeschluss an anderer Stelle zwischen „Straftaten“ einerseits, und „Verwaltungsübertretungen (Ordnungswidrigkeiten)“ andererseits trennt,⁸⁵³ könnte man mutmaßen, dass eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndungsfähigkeit keine, für die Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit erforderliche „Straftat“ darstellt. Dagegen spricht der Zweck des Rahmenbeschlusses, die Auslandsvollstreckung von Geldbußen zu fördern, die zwar von einer Verwaltungsbehörde verhängt, gegen die jedoch der Rechtsweg zu den Strafgerichten eröffnet ist, dafür, die Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit als erfüllt anzusehen, wenn die fragliche Tat auch im Vollstreckungsstaat lediglich mit einer von einer Verwaltungsbehörde zu verhängenden, aber vor einem Strafgericht anfechtbaren Geldbuße bedroht ist.⁸⁵⁴ Der deutsche Gesetzgeber bestimmte bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses, dass der beiderseitigen Strafbarkeit genügt ist, wenn die Tat in Deutschland lediglich mit einer Geldbuße bedroht ist, ohne dabei auf die Art des gegen diese Geldbuße eröffneten Rechtswegs einzugehen.⁸⁵⁵ In Kartellfällen gegen natürliche Personen verhängte Geldstrafen und Geldbußen müssen daher in Deutschland ungeachtet der Frage um die Einordnung der Kartellsenate vollstreckt werden, soweit keiner der übrigen im Rahmenbeschluss vorgesehenen Ablehnungsgründe eingreift. Im Kartellstrafrecht von besonderer Relevanz sind dabei die Ablehnungsgründe des Verstoßes gegen den Grundsatz *ne bis in idem* sowie des maßgeblichen Inlandsbezugs der Tat.⁸⁵⁶

852 Siehe Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 lit. b) Rahmenbeschluss Geldstrafen.

853 Siehe Art. 5 Abs. 1 Rahmenbeschluss Geldstrafen.

854 Die Bedrohung mit einer Geldbuße für ausreichend haltend, ohne weiter zu differenzieren *Bönke*, NZV 2006, 19, 22.

855 Siehe § 87b Abs. 1 IRG.

856 Siehe Art. 7 Abs. 2 lit. a) und d) Rahmenbeschluss Geldstrafen.

IV. Kooperationsgrad in Bezug auf Maßnahmen der sonstigen Rechtshilfe

Auch im Bereich der sog. sonstigen Rechtshilfe geht der Kooperationsverbund innerhalb der Europäischen Union über denjenigen im übrigen Europa hinaus, so dass wiederum eine differenzierte Darstellung angebracht ist.

1. Sonstige Rechtshilfe im über die Europäische Union hinausgehenden Europa

Die zwischenstaatliche Gewährung sonstiger Rechtshilfe basiert in dem über die Europäische Union hinausgehenden Europa auf dem, unter dem Dach des Europarats unterzeichneten Europäischen Rechtshilfeübereinkommen von 1959, welches von allen Europaratsmitgliedsstaaten ratifiziert wurde.⁸⁵⁷ Darin versprechen die Vertragsparteien, sich in Strafverfahren umfassende Rechtshilfe zu gewähren.⁸⁵⁸ Mittels einseitiger Erklärung haben jedoch sehr viele Staaten die Durchführung von auf ein eingehendes Rechtshilfeersuchen zu veranlassenden Maßnahmen unter den Vorbehalt des eigenen Rechts gestellt.⁸⁵⁹ Die im nationalen Recht, insbesondere hinsichtlich der Weitergabe vertraulicher Informationen bestehenden Schranken wurden damit vielerorts auch in den, auf Grundlage dieses Rechtshilfeübereinkommens erfolgenden Rechtshilfeverkehr inkorporiert. Die Gewährung von Rechtshilfe in Form von Durchsuchungen und Beschlagnahmen kann nach der Vorsehung des Rechtshilfeübereinkommens zusätzlich unter die Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit gestellt werden,

857 Siehe hierzu *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 633; *Gless*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 74; *Hackner*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2014, Kapitel 24, Rn. 65 ff.; *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 140 ff.; *Zimmermann*, Coopération judiciaire internationale, 2009, S. 18 ff.

858 Art. 1 Abs. 1 Europäisches Rechtshilfeübereinkommen.

859 Siehe Art. 5 Abs. 1 lit. c) Europäisches Rechtshilfeübereinkommen sowie *Europarat*, Europäisches Rechtshilfeübereinkommen – Erklärungen, <http://convention.scoe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=030&CM=1&DF=20/01/2012&CL=ENG&VL=1> (zuletzt abgerufen am 20.1.2013). Siehe auch *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2012, S. 403; *Zimmermann*, Coopération judiciaire internationale, 2009, S. 18 f.

was ebenfalls von den meisten Staaten umgesetzt wurde.⁸⁶⁰ Weitere Ablehnungsgründe bestehen beispielsweise dann, wenn die Rechtshilfe wesentlichen Interessen des ersuchten Staates zuwiderlaufen würde oder sie mit dem nationalen *ordre public* unvereinbar wäre.⁸⁶¹ Die Übermittlung von Rechtshilfeersuchen erfolgt grundsätzlich zwischen den Justizministerien der jeweiligen Länder, in Eilfällen auch unmittelbar von Justizbehörde zu Justizbehörde.⁸⁶²

Das Europäische Rechtshilfeübereinkommen wurde durch ein erstes Zusatzprotokoll von 1978⁸⁶³ und vor allem durch ein zweites Zusatzprotokoll von 2001⁸⁶⁴ sowie für die Schengen-Mitgliedsstaaten durch das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ)⁸⁶⁵ wesentlich ergänzt.⁸⁶⁶ Diesen Vertragswerken entsprechend kann die Rechtshilfe nach dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen auch für die Durchsetzung von verwaltungsbehördlich überwachten Ordnungsvorschriften gewährt werden, soweit gegen die von der Verwaltungsbehörde erlassene Ahndungsentscheidung ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann.⁸⁶⁷ Nach dem SDÜ gilt bei einem derartigen verwaltungsbehördlichen Ahndungspotential auch die Bedingung beiderseitiger Strafbar-

860 Siehe Art. 5 Abs. 1 lit. a) Europäisches Rechtshilfeübereinkommen sowie *Euro-parat*, Europäisches Rechtshilfeübereinkommen – Erklärungen, <http://convention.s.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=030&CM=1&DF=20/01/2012&CL=ENG&VL=1> (zuletzt abgerufen am 20.1.2013); *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 142; *Zimmermann*, *Coopération judiciaire internationale*, 2009, S. 18 f.

861 Art. 2 lit. b) Europäisches Rechtshilfeübereinkommen.

862 Art. 15 Abs. 1 Europäisches Rechtshilfeübereinkommen.

863 *Euro-parat*, Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, 17.3.1978.

864 *Euro-parat*, Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, 8.11.2001.

865 Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, 14.6.1985.

866 Siehe *Euro-parat*, Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen; *Euro-parat*, Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen sowie Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ). Siehe hierzu *Zimmermann*, *Coopération judiciaire internationale*, 2009, S. 18 f.

867 Art. 49 lit. a) SDÜ und Art. 1 Abs. 3 Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen. Siehe auch *Zimmermann*, *Coopération judiciaire internationale*, 2009, S. 20.

keit als erfüllt und kann auf Durchsuchungs- oder Beschlagnahmemaßnahmen gerichteten Rechtshilfeersuchen also nicht als Versagungsgrund entgegengehalten werden.⁸⁶⁸ Ferner können Rechtshilfeersuchen nach dem SDÜ und dem Zweiten Zusatzprotokoll auch in nicht-dringlichen Fällen unmittelbar zwischen den betreffenden Justizbehörden ausgetauscht werden.⁸⁶⁹ Das SDÜ erlaubt schließlich auch die eigenmächtige Postzustellung von bestimmten Gerichtsurkunden im fremden Staat.⁸⁷⁰ Da der Schengen-Raum jedoch nicht wesentlich über die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union hinausreicht⁸⁷¹ und das Zweite Zusatzprotokoll von den Europarats-Mitgliedsstaaten nur zögerlich ratifiziert wird,⁸⁷² bleiben im nicht zur Europäischen Union gehörigen Europa die ursprünglichen Bestimmungen des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens für das Verhältnis vieler Staaten zueinander maßgeblich.

2. Sonstige Rechtshilfe innerhalb der Europäischen Union

Bis in die jüngere Vergangenheit waren alle unionalen Initiativen im Bereich der sonstigen Rechtshilfe lediglich auf eine Fortentwicklung, nicht hingegen auf die Ersetzung des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens gerichtet. Das SDÜ, mit seinen eben angesprochenen Ergänzungen des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens wurde im Zuge der Vergemeinschaftung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union integriert.⁸⁷³ Eine bedeutende Verdichtung des innerunionalen Kooperationsgrades wurde sodann durch das Übereinkommen über die

868 Art. 51 lit. a) SDÜ.

869 Art. 53 Abs. 1 SDÜ und Art. 4 Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen.

870 Art. 52 Abs. 1 SDÜ. Siehe auch *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 150.

871 Neben den EU-Mitgliedsstaaten sind nur Norwegen, Lichtenstein, Island und die Schweiz einbezogen, siehe *Inhofer*, in: *Graf*, Strafprozessordnung, 2014, Art. 54 SDÜ, Rn. 9.

872 Siehe Europarat, Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen - Ratifikationen, 2013, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=182&CM=1&DF=23/01/2012&CL=ENG> (zuletzt abgerufen am 15.6.2013).

873 Siehe Vertrag von Amsterdam, Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union, ABl. EG 1997 Nr. C 340/93. Siehe auch Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Protokoll

Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (RhÜbk-EU) erreicht, welches 2005 in Kraft trat.⁸⁷⁴ Dieses Übereinkommen greift zum einen die im SDÜ zu findenden Ansätze hinsichtlich von Zustellungen im Ausland, kurzem Übermittlungsweg für Rechtshilfeersuchen und Einbeziehung von bestimmten Verwaltungsverfahren in den strafrechtlichen Rechtshilfeverkehr auf und weitet diese teilweise aus.⁸⁷⁵ Zum anderen bindet das RhÜbk-EU neuere Ermittlungsmethoden, wie Vernehmungen per Video- und Telefonkonferenz, Telefonüberwachung und den Einsatz verdeckter Ermittler in das Rechtshilfesystem ein.⁸⁷⁶ Besondere Beachtung verdient ferner die Regel aus Art. 4 Abs. 1 RhÜbk-EU, wonach sich der ersuchte Staat bei der Durchführung des Rechtshilfeersuchens an die Form- und Verfahrensvorgaben des ersuchenden Staates zu halten hat, soweit diese mit den Grundprinzipien der Rechtsordnung des ersuchten Staates vereinbar sind. Der hiermit angestrebte Wechsel vom *locus regit actum*- zum *forum regit actum*-Prinzip zielt darauf ab, die Verwertbarkeit der im Ausland erhobenen Beweise im ersuchenden Staat sicherzustellen.⁸⁷⁷ Sind die Vorgaben des ersuchenden Staates mit der Rechtsordnung des ersuchten Staates nicht vereinbar, so haben sich die Ermittlungsbehörden des ersuchten Staates gleichwohl nach den ausländischen Vorgaben zu richten, soweit diese nicht mit den Grundprinzipien der eigenen Rechtsordnung kollidieren.⁸⁷⁸ Das ins eigene

über den in den Rahmen der Europäischen Union einbezogenen Schengen-Besitzstand, ABl. EU 2008 Nr. 115/90.

874 Siehe Rechtsakt des Rates vom 29. Mai 2000 über die Erstellung des Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, Abl. EG 2000 Nr. C 197/1. Siehe hierzu auch *Gless/Schomburg*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III B 1 EU-RhÜbk, Rn. 1-27; *Joutsen*, in: *Aromaa/Viljanen*, International Key Issues in Crime Prevention, 2006, S. 67, 77 f.; *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 138 ff.; *Hackner*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2014, Kapitel 24, Rn. 67; *Zimmermann*, Coopération judiciaire internationale, 2009, S. 46 ff.

875 Siehe Art. 3, 5 und 6 Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (RhÜbk-EU).

876 Siehe Art. 10, 11, 14 und 17 ff. RhÜbk-EU.

877 Siehe *Roger*, GA 2010, 27, 36; *Gless/Schomburg*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III B 1. EU-RhÜbk, Rn. 11. Zum *forum regit actum*-Prinzip siehe auch *Gless*, StV 2004, 679, 680 f.; *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 146 f.

878 Siehe *Roger*, GA 2010, 27, 36; *Gless*, StV 2004, 679, 681 f.; *Heger*, ZIS 2007, 547, 553 und *Meyer*, NStZ 2008, 188, 189.

Recht transponierte RhÜbk-EU verdrängt somit teilweise die bis dato geltende innerstaatliche Beweiserhebungsordnung.

Das Aufkommen des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung bildete auch im Bereich der sonstigen Rechtshilfe einen Wendepunkt in der unionalen Rechtsentwicklung. Fortan lag der Fokus der EU-Institutionen nicht mehr auf der Vervollkommnung des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens, sondern auf dessen Ersetzung durch ein System der gegenseitigen Anerkennung. Ein erstes Instrument zur bruchstückhaften Etablierung der gegenseitigen Anerkennung in diesem Bereich war der Rahmenbeschluss über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln.⁸⁷⁹ Danach sollen Sicherstellungsentscheidungen bezüglich Beweismitteln und anderen Vermögensgegenständen aus einem EU-Mitgliedsstaat in jedem anderen Mitgliedsstaat unmittelbar vollstreckbar sein.⁸⁸⁰ Wie im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl werden die Ablehnungsgründe zudem erheblich beschnitten.⁸⁸¹ Obwohl der Rahmenbeschluss ausweislich seines Wortlauts auf eine direkte Anerkennung der ausländischen Sicherstellungsanordnung abzielt, sehen die Umsetzungsakte der Mitgliedsstaaten – soweit ersichtlich – lediglich eine indirekte Anerkennung vor und erfordern also den Erlass einer inländischen Rechtsgrundlage, ehe die Sicherstellung durchgeführt werden kann.⁸⁸²

Ein wesentlicher Schwachpunkt des Rahmenbeschlusses über die Vollstreckung von Sicherstellungsentscheidungen ist zudem, dass er keine Regelung für die Übermittlung der sichergestellten Beweismittel an den Anordnungsstaat enthält. Für den Transfer der Beweismittel an die Behörden

879 Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates vom 22. Juli 2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union, ABl. EU 2003 Nr. L 196/45. Siehe hierzu *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 634 und *Gless*, StV 2004, 679–683.

880 Art. 5 Abs. 1 Rahmenbeschluss über die Vollstreckung von Sicherstellungsentscheidungen. Siehe auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 634.

881 Art. 2 und 7 Rahmenbeschluss über die Vollstreckung von Sicherstellungsentscheidungen.

882 Siehe § 94 Abs. 1 IRG i.V.m. § 67 Abs. 3 IRG sowie *Europäische Kommission*, Bericht über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union, 2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0885:FIN:D E:PDF> (zuletzt abgerufen am 20.1.2013).

im Anordnungsstaat ist daher (zusätzlich) ein herkömmliches Rechtshilfeersuchen nötig.⁸⁸³

Dieser Makel wurde durch den Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung beseitigt.⁸⁸⁴ Mittels einer Europäischen Beweisanordnung kann die Anordnungsbehörde – üblicherweise ein Richter oder Staatsanwalt – die Übermittlung von Sachen, Schriftstücken oder Daten erreichen, die der Vollstreckungsbehörde bereits vorliegen und für sie unmittelbar verfügbar sind.⁸⁸⁵ Beweiserhebungsmaßnahmen, wie etwa die Durchführung von Vernehmungen, die Entnahme von DNA-Proben oder die Einrichtung einer Telekommunikationsüberwachung liegen hingegen außerhalb der Reichweite der Europäischen Beweisanordnung und müssen auf anderem Wege erlangt werden.⁸⁸⁶ Die Vollstreckungsbehörde ist verpflichtet, die Europäische Beweisanordnung auszuführen, soweit dies mit den ihr nach der nationalen Rechtsordnung zustehenden Ermittlungsbefugnissen möglich ist.⁸⁸⁷ Interessanterweise sind die Mitgliedsstaaten dabei verpflichtet, den Vollstreckungsbehörden dasselbe Ermittlungsarsenal zu eröffnen, das ihnen bei einem ähnlich gelagerten, inländischen Fall zur

883 Siehe Erwägungsgrund 5 des Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren, ABl. EU 2008 Nr. L 350/72. Siehe auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 634 und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 180.

884 Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren, ABl. EU 2008 Nr. L 350/72 (im Folgenden RbEBA). Umfassend hierzu *Ahlbrecht*, NStZ 2006, 70–75; *De Hert/Weis/Cloosen*, 0 NJECL 55–78 (2009); *Gazeas*, ZRP 2005, 18–22; *Gless*, StV 2004, 679–683; *diess.*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III B 3b RB-Beweisanordnung, Rn. 1–19; *Williams*, in: *Vervaele*, European Evidence Warrant, 2005, S. 69–76. Siehe auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 634 ff. und *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 507 ff. und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 180 f.

885 So Art. 3 RbEBA. Siehe auch *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 509; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 180 und *Williams*, in: *Vervaele*, European Evidence Warrant, 2005, S. 69, 71.

886 Art. 4 Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung. Siehe auch *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2012, S. 405; *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 509; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 181 und *Williams*, in: *Vervaele*, European Evidence Warrant, 2005, S. 69, 71 f.

887 Genauer Art. 11 Abs. 3, 4 und 5 RbEBA.

Verfügung steht.⁸⁸⁸ Das Gleichlaufprinzip, wonach die eigene Zuständigkeit nur im Falle der Verletzung des eigenen Sachrechts eröffnet ist, wird daher überwunden. Ist die Rechtshilfe nach dem Recht des Vollstreckungsstaats, über das bloße Gleichlaufprinzip hinaus, von der Bedingung der beiderseitigen Strafbarkeit abhängig, so darf diese Bedingung nur noch überprüft werden, wenn die Vollstreckung der Europäischen Beweis-anordnung eine Durchsuchung oder eine Beschlagnahme impliziert und keines der in Art. 14 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses genannten Katalogdelikte vorliegt.⁸⁸⁹ Hervorzuheben ist weiter, dass der Rahmenbeschluss das *forum regit actum*-Prinzip festschreibt.⁸⁹⁰ Die Formalitäten und Verfahrensweisen des *forum*-Staats müssen eingehalten werden, soweit dies nicht den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaats zuwiderläuft.⁸⁹¹ Die Vollstreckung der Beweis-anordnung kann nur aus bestimmten, im Rahmenbeschluss abschließend aufgezählten Versagungsgründen abgelehnt oder aufgeschoben werden.⁸⁹² Derartige Ablehnungsrechte bestehen etwa, wenn die Vollstreckung dem Grundsatz *ne bis in idem* zuwiderlaufen würde oder wenn die verfolgte Tat einen maßgeblichen Bezug zum Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaates aufweist.⁸⁹³

Der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweis-anordnung ist von den Mitgliedsstaaten nur äußerst zögerlich umgesetzt worden.⁸⁹⁴ In Deutschland ist eine Umsetzung bisher nicht erfolgt und auch nicht mehr zu erwarten.⁸⁹⁵ Grund hierfür ist, dass noch vor Ende der Umsetzungsfrist

888 Art. 11 Abs. 3 lit. i) RbEBA. Siehe auch *Gless*, StV 2004, 679, 680.

889 Art. 13 Abs. 1 lit. b) RbEBA. Siehe auch *De Hert/Weis/Cloosen*, 0 NJECL 55, 66 (2009); *Gless*, StV 2004, 679, 681; *Gazeas*, ZRP 2005, 18, 21; *Williams*, in: *Vervaele*, European Evidence Warrant, 2005, S. 69, 76.

890 Hierzu auch *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 509 und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 180 f.

891 *Gless*, StV 2004, 679, 680 f. und 683.

892 Art. 13 und 16 RbEBA.

893 Art. 13 RbEBA. Zu den Ablehnungsgründen siehe auch *Gless*, StV 2004, 679, 681 f.; *Williams*, in: *Vervaele*, European Evidence Warrant, 2005, S. 69, 75.

894 Siehe *Europäische Rat*, Antwort auf parlamentarische Anfrage vom 13.4.2011, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2011-001184&language=DE> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); *Bundesregierung*, Antwort auf die Kleine Anfrage - Europäische Beweis-anordnung, 2010, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/015/1701543.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014); *Farries*, 1 NJECL 425, 428 (2010) und *Gless*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III B 3b RB-Beweis-anordnung, Rn. 2.

895 Siehe *Swoboda*, HRRS 2014, 10, 11.

die Initiative für die Schaffung eines neuen Instruments, die Europäische Ermittlungsanordnung, ergriffen wurde, welche für nahezu alle Arten von Ermittlungsmaßnahmen gilt und die Europäische Beweisordnung vollständig miteinschließt.⁸⁹⁶ Die entsprechende Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung wurde am 3. April 2014 verabschiedet und soll spätestens zum 17. Mai 2017 im Verhältnis der an die Richtlinie gebundenen Mitgliedsstaaten⁸⁹⁷ zueinander die bisher bestehenden Instrumente der sonstigen Rechtshilfe, einschließlich des EuRhÜbk und seiner beiden Zusatzprotokolle, des SDÜ und des RhÜbk-EU, ersetzen.⁸⁹⁸ Die bisher bestehenden Instrumente sollen lediglich in Bezug auf die Bildung gemeinsamer Ermittlungsgruppen und die Erhebung von Beweisen durch diese Ermittlungsgruppen, welche weiterhin dem RhÜbk-EU und dem Rahmenbeschluss über gemeinsame Ermittlungsgruppen unterliegen, sowie in Bezug auf die grenzüberschreitende Observation und Nacheile, welche im SDÜ geregelt sind,⁸⁹⁹ anwendbar bleiben.⁹⁰⁰

896 Initiative für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl. EU Nr. C 165/22. Siehe auch *Europäische Kommission*, Mitteilung vom 10.6.2009 an das Europäische Parlament und den Rat - Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Dienste der Bürger, KOM (2009) 262 sowie *Europäische Kommission*, Grünbuch vom 11.11.2009 Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedsstaat, KOM (2009) 624. Siehe auch *Blackstock*, 1 NJECL, 481, 485 f. (2010); *Brodowski*, ZIS 2010, 376, 383; *Farries*, 1 NJECL 425, 428 und 430 ff. (2010); *Gless*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III B 3b RB-Beweisanordnung, Rn. 3 und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 181 f.

897 Aufgrund der Protokolle 21 und 22 zum Lissabon Vertrag über die Positionen Großbritanniens, Irlands und Dänemarks hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sind Irland und Dänemark nicht an die Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung gebunden (siehe Erwägungsgründe 44 und 45 Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl. EU 2014 Nr. L 130/1, im Folgenden „RL EEA“). Da Großbritannien erklärte, sich an der Annahme und Anwendung der RL EEA beteiligen zu wollen, ist es an die RL EEA gebunden (siehe Art. 3 Protokoll 21 zum Lissabon Vertrag sowie Erwägungsgrund 43 RL EEA).

898 Siehe Art. 34, 35 und 36 und Erwägungsgrund 6 RL EEA. Zu dieser Richtlinie siehe *Böse*, ZIS 2014, 152, 152 ff. sowie die eben genannten Nachweise zum Richtlinienentwurf.

899 Art. 40 und 41 SDÜ. Siehe hierzu unten § 3 E. VI. 2.3.

900 Siehe genauer Art. 3 und Erwägungsgrund 9 RL EEA. Zum Rahmenbeschluss über gemeinsame Ermittlungsgruppen siehe auch unten § 3 E. VI. 2.

Die Europäische Ermittlungsanordnung kann von einem zuständigen Richter, Ermittlungsrichter oder Staatsanwalt sowie, vorbehaltlich einer späteren Bestätigung („Validierung“) durch einen solchen, auch durch eine andere Behörde, welche nach nationalem Recht zur Anordnung einer Beweiserhebung in einem Strafverfahren befugt ist, erlassen werden.⁹⁰¹ Um zu verhindern, dass die Europäische Ermittlungsanordnung zur Umgehung von im Anordnungsstaat bestehenden Ermittlungsgrenzen eingesetzt wird, darf die Europäische Ermittlungsanordnung grundsätzlich nur erlassen werden, wenn die erbetene Ermittlungsmaßnahme im Anordnungsstaat in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zulässig wäre.⁹⁰² Die Europäische Ermittlungsanordnung wird von der Anordnungsbehörde unmittelbar an die Vollstreckungsbehörde übermittelt.⁹⁰³ Gemäß Art. 9 Abs. 1 RL EEA hat die Vollstreckungsbehörde die Europäische Ermittlungsanordnung dann ohne weitere Formalitäten anzuerkennen und zu vollstrecken. Die RL EEA ist also auf die direkte Anerkennung der Europäischen Ermittlungsanordnung gerichtet. Einer eigenen Beweiserhebungsanordnung im Vollstreckungsstaat als Rechtsgrundlage für die dort durchzuführenden Eingriffsmaßnahmen soll es demnach nicht bedürfen. Wie im RhÜbk-EU und im RbEBA ist zudem vorgesehen, dass sich die Vollstreckungsbehörde an etwaige von der Anordnungsbehörde gemachte Verfahrens- und Formvorgaben hält, soweit diese mit den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaats vereinbar sind (sog. *forum regit actum*-Prinzip).⁹⁰⁴ Um das rechtsstaatlich gebotene Gleichgewicht von Eingriffsbefugnissen und Verteidigungsrechten im Vollstreckungsstaat zu wahren, dürfen in Ausführung der Europäischen Ermittlungsanordnung jedoch lediglich Ermittlungsmaßnahmen ergriffen werden, die im Vollstreckungsstaat in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall ebenfalls zur Verfügung stünden.⁹⁰⁵

Die Anerkennung und Vollstreckung der Europäischen Ermittlungsanordnung kann nur aus wenigen Gründen, zu denen unter anderem der Grundsatz *ne bis in idem* gehört, versagt werden.⁹⁰⁶ Die fehlende Strafbarkeit der Tat im Vollstreckungsstaat stellt dann keinen Versagungsgrund

901 Art. 2 RL EEA.

902 Art. 6 Abs. 1 lit. b) RL EEA. Siehe auch Böse, ZIS 2014, 152, 153.

903 Zu Einzelheiten der Übermittlung siehe Art. 7 RL EEA.

904 Art. 9 Abs. 2 RL EEA.

905 Art. 10 Abs. 1 lit. b) und Art. 11 Abs. 1 lit. c) RL EEA.

906 Zu den Versagungsgründen siehe Art. 11 RL EEA.

dar, wenn die Tat einem der im Anhang der RL EEA genannten 32 Deliktsbereiche zugeordnet werden kann und im Anordnungsstaat mit Freiheitsstrafe von im Höchstmaß mindestens drei Jahren bedroht ist, es sei denn, die Tat wurde außerhalb des Hoheitsgebiets des Anordnungsstaates und zumindest teilweise im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaates begangen.⁹⁰⁷

Hervorzuheben ist zudem, dass die RL EEA für die Anerkennung und Vollstreckung der EEA durch den Vollstreckungsstaat verbindliche Fristen vorgibt. Gemäß Art. 12 Abs. 3 und 4 RL EEA hat der Vollstreckungsstaat spätestens 30 Tage nach Eingang der Europäischen Ermittlungsanordnung über deren Anerkennung und Vollstreckung zu entscheiden und die erbetenen Ermittlungsmaßnahmen unverzüglich, spätestens jedoch 90 Tage nach Erlass der Anerkennungs- und Vollstreckungsentscheidung durchzuführen.

3. Verfügbarkeit der Instrumente im Bereich der sonstigen Rechtshilfe für die Durchsetzung von Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitentatbeständen

Das Europäische Rechtshilfeübereinkommen erklärt sich auf alle „Verfahren hinsichtlich strafbarer Handlungen“ für anwendbar, zu deren Verfolgung eine Justizbehörde zuständig ist.⁹⁰⁸ Mindestanforderungen an die Strafandrohung oder ein Negativkatalog, mit dessen Hilfe bestimmte Delikte von der Reichweite des Übereinkommens kategorisch ausgeschlossen werden, bestehen nicht. Soweit kartellrechtliche Sanktionsvorschriften als Strafrecht im engeren Sinne ausgestaltet sind und von Justizbehörden durchgesetzt werden, sind sie daher ohne weiteres in das Rechtshilfesystem des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens integriert, auch wenn sie lediglich mit Geld-, und nicht mit Freiheitsstrafe bewehrt sind.⁹⁰⁹ Selbiges gilt für Ordnungswidrigkeitentatbestände, die von Justizbehörden

907 Art. 11 Abs. 1 lit. g) und e) RL EEA.

908 Art. 1 Abs. 1 EuRhÜbk. Siehe auch Jansen, in: Dannecker/Jansen, Competition Law Sanctioning, 2004, S. 257, 277 f.

909 Siehe auch Fox, in: Cseres/Schinkel/Vogelaar, Criminalization of Competition Law Enforcement, 2006, S. 239, 242 m.w.N.; Hammond, Criminal Antitrust Enforcement is Coming to a City near You, 2001, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9891.htm> (zuletzt abgerufen am 5.12.2014).

durchgesetzt werden.⁹¹⁰ Da in Deutschland allerdings Verwaltungsbehörden für die Anwendung des Kartellordnungswidrigkeitenrechts zuständig sind, kann das Europäische Rechtshilfeübereinkommen in seiner ursprünglichen Fassung nicht zur Unterstützung dieser Verfahren herangezogen werden. Wie bereits erörtert wird der Anwendungsbereich des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens jedoch durch das Zweite Zusatzprotokoll und das SDÜ auch auf Verfahren ausgedehnt, die von einer Verwaltungsbehörde wegen der Zuwiderhandlung gegen eine Ordnungsvorschrift betrieben werden, soweit gegen die Entscheidung der Verwaltungsbehörde ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann.⁹¹¹ Ist nach der nationalen Prozessordnung gegen die kartellbehördliche Sanktionsentscheidung also der Rechtsweg zu den Strafgerichten eröffnet, kann das Europäische Rechtshilfeübereinkommen für verwaltungsstrafrechtliche Kartellverfahren fruchtbar gemacht werden. Die Befugnis, ein Rechtshilfeersuchen zu stellen, bleibt unter dem SDÜ jedoch den Justizbehörden vorbehalten, sofern nicht mittels eines Zusatzabkommens eine entsprechende Kompetenz für die Verwaltungsbehörden statuiert wurde.⁹¹²

Da das Zweite Zusatzprotokoll bisher jedoch bei den Europarats-Mitgliedsstaaten nur auf verhaltene Resonanz stieß und das SDÜ weitgehend auf die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union beschränkt ist, bleibt der Rechtshilfemechanismus des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens im außerhalb der Europäischen Union belegenen Europa meist nur den kriminalstrafrechtlichen Kartellverfahren vorbehalten.

Innerhalb der Europäischen Union wurde die, durch das SDÜ bewirkte Ausdehnung des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens auf gewisse, verwaltungsbehördlich geführte Verfahren im Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (RhÜbk-EU) wiederholt und das SDÜ insoweit ersetzt.⁹¹³ Unter den EU-Mitgliedsstaaten kann Rechtshilfe nach dem Europäischen

910 *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 140 f.; *Pötz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Europ. Rechtshilfeübereinkomm III A 3.1, S. 5.

911 Art. 49 lit. a) SDÜ und Art. 1 Abs. 3 Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen.

912 Siehe Art. 50 Abs. 5 SDÜ sowie hierzu *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 141 und *Pötz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Europ. Rechtshilfeübereinkomm III A 3.1, S. 27.

913 Siehe Art. 3 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 RhÜbk-EU.

Rechtshilfeübereinkommen daher auch für Kartellordnungswidrigkeitenverfahren erlangt werden, falls die Rechtsmittelinstanz mit einem, auch in Strafsachen zuständigen Gericht besetzt ist.⁹¹⁴

Von der Möglichkeit, die unter diese Formel fallenden Verwaltungsbehörden mittels völkerrechtlicher Erklärung zum RhÜbk-EU zu benennen, hat Deutschland keinen Gebrauch gemacht.⁹¹⁵ Nach der weiter oben zur Frage der Anwendbarkeit des Rahmenbeschluss Geldstrafen vorgebrachten Argumentation sind die Kartellsenate des OLG Düsseldorf jedoch als den Strafgerichten gleichgestellt anzusehen und die Kartellgeldbußenentscheidungen des Bundeskartellamts daher von einem auch in Strafsachen zuständigen Gericht überprüfbar.⁹¹⁶ Ob die übrigen Mitgliedsstaaten eine solche Auslegung akzeptieren und auch Rechtsmittlersuchen zur Unterstützung eines Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens des Bundeskartellamts nachkommen werden, bleibt abzuwarten.

Ist der Anwendungsbereich des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens demnach eröffnet, ist mit Blick auf die im nationalen Rechtshilfe-recht oft bestehende Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit und der Verfügbarkeit der inländischen Ermittlungsbefugnisse nur bei Verletzung des inländischen materiellen Rechts (Gleichlaufprinzip) festzustellen, dass beide Schranken einem eingehenden, auf Durchsuchungs- oder Beschlag-nahmemaßnahmen gerichteten Rechtshilfeersuchen nicht entgegengehalten werden können, wenn im ersuchten Staat ebenfalls zumindest eine verwaltungsbehördlich durchgesetzte und strafgerichtlich überprüfbare Sanktion droht.⁹¹⁷ Aufgrund der bisher nur flickenhaft verbreiteten, kriminalstrafrechtlichen Sanktionierung von Kartellverstößen in der Europäischen Union, kommt dieser Aufweichung der Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit im Kartellrecht besondere Bedeutung zu.

Auch der RbEBA und die RL EEA stehen nicht nur für Strafverfahren im engeren Sinne, sondern auch für, auf Sanktion ausgerichtete Verfahren von Verwaltungsbehörden zur Verfügung, vorausgesetzt wiederum, dass die Rechtsmittelinstanz mit einem auch in Strafsachen zuständigen Ge-

914 Zur ratio dieses Erfordernisses siehe *Kniebühler*, ne bis in idem, 2005, S. 319.

915 Siehe Art. 24 Abs. 1 RhÜbk-EU und hierzu *Grotz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, EU-RechtshilfeÜbk III A 3.5, S. 57 ff.

916 Siehe oben § 3 E. III. 4.

917 Art. 51 lit. a) SDÜ, der nach Art. 2 Abs. 2 RhÜbk-EU weiterhin anwendbar bleibt.

nicht besetzt ist.⁹¹⁸ Die RL EEA spricht diesbezüglich von einem „insbesondere“ in Strafsachen zuständigen Gericht.⁹¹⁹ Der zu kartellrechtlichen Spruchkörpern eingeschlagene Argumentationsweg führt auch hier zu einer möglichen Einbeziehung vieler mitgliedsstaatlicher Kartellverfahren.⁹²⁰ Die Eingliederung dieser Verfahren in die Mechanismen der Europäischen Beweisordnung und der Europäischen Ermittlungsanordnung geht jedoch nicht zwingend mit dem Recht für die verfahrensführende Behörde einher, die Beweis- oder Ermittlungsanordnung auch selbst erlassen zu dürfen. Anordnungsbehörde kann nach den jeweiligen Normtexten nämlich lediglich ein Richter, ein Gericht, ein Ermittlungsrichter, ein Staatsanwalt oder jede andere, vom Anordnungsstaat bezeichnete „zuständige Behörde, die in dem betreffenden Fall in ihrer Eigenschaft als Ermittlungsbehörde in einem Strafverfahren nach nationalem Recht für die Anordnung der Erhebung von Beweismitteln zuständig ist“, sein.⁹²¹ Durch den Begriff „Strafverfahren“ werden die Kartellbehörden, die lediglich ein Ordnungswidrigkeitenverfahren betreiben, von der Anordnungskompetenz ausgeschlossen, wenngleich das von ihnen betriebene Verfahren den Anforderungen des Art. 4 lit. b) RL EEA und des Art. 5 lit. b) RbEBA genügt.⁹²² Um die Instrumente der Europäischen Ermittlungsanordnung und Europäischen Beweisordnung für ihr Verfahren nutzbar zu machen, müssen sich die dem Verwaltungsapparat zugehörigen Kartellbehörden daher zunächst an eine anordnungsbefugte Stelle im Inland wenden und diese um den Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung bitten.

Für das Kartellstrafrecht von besonderer Relevanz ist wiederum auch die Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit. Der im Anhang der RL EEA befindliche Katalog von Straftaten, bei denen die fehlende Strafbarkeit im Vollstreckungsstaat nicht als Versagungsgrund geltend gemacht werden kann, entspricht weitestgehend dem Katalog aus dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und schließt Kartellrechtsverstöße, vorbehaltlich atypischer Einzelfälle, nicht ein.⁹²³ Auch enthält die RL EEA

918 So Art. 5 lit. b) Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung.

919 Art. 4 lit. b) RL EEA.

920 Zur Subsumtion der Kartellsenate des OLG Düsseldorf unter den unionsrechtlichen Begriff des „Strafgerichts“, siehe oben § 3 E. III. 4. Siehe allgemein hierzu *Ahlbrecht*, *NStZ* 2006, 70, 71.

921 Art. 2 lit. c) ii) RL EEA. Ähnlich, Art. 2 lit. c) ii) RbEBA.

922 Siehe *Gazeas*, *ZRP* 2005, 18, 21.

923 Siehe hierzu oben § 3 E. I.

keine dem Art. 51 lit. a) SDÜ vergleichbare Norm, wonach die Ahnungsfähigkeit einer Tat im Vollstreckungsstaat durch eine Behörde für die Erfüllung der Bedingung beiderseitiger Strafbarkeit ausreicht, falls gegen die Entscheidung der Behörde ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann. Soweit Europäische Ermittlungsanordnungen zur Förderung von Kartellordnungswidrigkeitenverfahren ausgestellt werden, können Vollstreckungsstaaten, in denen Kartellrechtsverstöße nicht mit Kriminalstrafe bedroht sind, die Anerkennung und Vollstreckung daher häufig versagen. Bei Fortschreiten der Kriminalisierung des Kartellrechts in den EU-Mitgliedsstaaten wird der Versagungsgrund der fehlenden Strafbarkeit im Vollstreckungsstaat jedoch an Bedeutung verlieren.

V. Der Grundsatz *ne bis in idem* und die Pflicht zur Berücksichtigung einer in selber Sache ergangenen Erstsanktion

Im Folgenden wird zunächst die Frage der Geltung eines transnationales Doppelbestrafungsverbotes vertieft und sodann die Pflicht zur Anrechnung bereits andernorts erlittener Sanktionen beleuchtet.

1. Der Grundsatz *ne bis in idem* in Europa

Das Verbot der Doppelbestrafung ist innerhalb Europas in mehreren Rechtsquellen verbürgt. Hinsichtlich Geltungsumfang und -voraussetzungen bestehen teils erhebliche Unterschiede.

1.1. Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten

1.1.1. Grundsätzliches

Art. 4 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK lautet wie folgt:

„Niemand darf wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden.“

Aus dem Normwortlaut unmittelbar ersichtlich ist, dass Art. 4 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls bereits eine Zweitverfolgung, nicht erst eine Zweitbeurteilung für dieselbe Tat untersagt.⁹²⁴ Augenfällig ist ferner, dass lediglich eine Zweitverfolgung „desselben Staates“ ausgeschlossen wird. Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls steht damit einer Mehrfachverfolgung durch jeweils verschiedene Ratifikationsstaaten grundsätzlich nicht entgegen.⁹²⁵ Vereinzelt wird jedoch vertreten, dass das Gebiet aller EU-Mitgliedsstaaten als ein einziger Staat im Sinne von Art. 4 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls anzusehen sei.⁹²⁶ Dabei wird insbesondere auf die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den Rechtssachen *Piermont* und *Mendizabal* verwiesen, in denen der Gerichtshof feststellte, dass EU-Ausländer in Bezug auf Art. 8 und 16 EMRK nicht als Ausländer zu behandeln sind.⁹²⁷ Der EGMR hat eine solch transnationale Geltung von Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls bisher jedoch auch im Verhältnis zwischen EU-Mitgliedsstaaten verneint.⁹²⁸

Mit Blick auf den, durch den Vertrag von Lissabon ermöglichten, aber noch ausstehenden Beitritt der Europäischen Union zur EMRK⁹²⁹ drängt sich die Frage auf, ob die Europäische Union im Falle der Ratifizierung des 7. Zusatzprotokolls als ein einheitlicher Staat im Sinne von Art. 4 anzusehen wäre, und das Doppelverfolungsverbot dann Mehrfachverfolgungen durch verschiedene EU-Mitgliedsstaaten ausschließen würde. Gemäß dem, im Sommer 2011 vorgelegenen Entwurf eines Vertrags über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK ist der Begriff „Staat“ in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls in der Tat so zu verstehen, als würde er auch

924 EGMR, Urteil vom 29.5.2001, Beschwerdenummer 37950/97, Rn. 29 f. - *Franz Fischer*; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Art. 4 Prot Nr. 7, Rn. 2.

925 Siehe nur *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Art. 4 Prot Nr. 7, Rn. 2 und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 243.

926 So *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 391 ff. und 404 ff.

927 *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 394 f. mit Verweis auf EGMR, Urteil vom 17.1.2006, Beschwerdenummer 51431/99, Rn. 65 ff. - *Mendizabal* und EGMR, Urteil vom 27.4.1995, Beschwerdenummer 15773/89, Rn. 64 – *Piermont*.

928 EGMR, Beschl. vom 3.6.2003, Beschwerdenummer 72594/01, Rn. 2 – *Graf*.

929 Siehe Art. 6 Abs. 2 EUV n.F. sowie Vertrag von Lissabon, Protokoll (Nr. 8) zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Amtsblatt EU 2010 Nr. C 83/273. Siehe hierzu auch *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 208 f.

für die Europäische Union gelten, was wohl unweigerlich zu einer, über alle EU-Mitgliedsstaaten hinweg geltenden Schutzwirkung führen würde.⁹³⁰ Mit dem Beitrittsvertrag soll gemäß dem derzeit vorliegenden Entwurf jedoch lediglich ein Beitritt der EU zur EMRK sowie zu den Zusatzprotokollen 1 und 6 vollzogen werden.⁹³¹ Die Klarstellung in Bezug auf das 7. Zusatzprotokoll soll daher wohl lediglich die Grundlage dafür schaffen, dass die EU zu einem späteren Zeitpunkt mittels einfacher Ratifikation auch zu diesem Protokoll beitreten kann, ohne dass zuvor eine nochmalige Änderung der EMRK zu erfolgen hat. Diese Ratifikation wird indes noch eine längere Zeit in Anspruch nehmen. Das 7. Zusatzprotokoll wurde nämlich nicht von allen EU-Mitgliedsstaaten ratifiziert. Ein Beitritt der EU zu diesem Protokoll hätte jedoch die Folge, dass alle EU-Mitgliedsstaaten bei der Anwendung von Unionsrecht doch an dieses Protokoll gebunden und der *ne bis in idem*-Garantie in der Auslegung des EGMR verpflichtet wären.⁹³² Im 8. Protokoll zum Lissaboner Vertrag wurde daher bestimmt, dass ein Beitritt der EU zur EMRK und den Zusatzprotokollen die „besondere Situation“ der Mitgliedsstaaten in Bezug auf die EMRK-Protokolle unberührt lassen muss.⁹³³ Es kann davon ausgegangen werden, dass die EU das 7. EMRK-Protokoll daher erst nach dessen Ratifikation durch alle Mitgliedsstaaten annimmt.⁹³⁴

1.1.2. Der Begriff des Strafverfahrens

Ausweislich des Normwortlauts verbietet Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls eine erneute Verfolgung „in einem Strafverfahren“. Eine erneute Verhän-

930 Siehe Art. 1 Abs. 2 des Entwurfs eines Vertrags über den Beitritt der europäischen Union zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Siehe auch *Brodowski*, ZIS 2010, 940, 940 und umfassend *Winkler*, Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2000.

931 Siehe Art. 1 Abs. 1 des Beitrittsvertragsentwurfs.

932 *Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 2014, Art. 6 EUV, Rn. 40 und *Winkler*, Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2000, S. 91.

933 Art. 2 Protokoll (Nr. 8) zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

934 Siehe auch *Winkler*, Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2000, S. 91.

gung von Freiheits- oder Geldstrafe ist damit ausgeschlossen. Es fragt sich jedoch, ob auch die Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens und die Auferlegung einer ordnungswidrigkeitenrechtlichen Geldbuße untersagt sind. Der Gerichtshof für Menschenrechte legt den Begriff des Strafverfahrens aus Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls gleich dem der strafrechtlichen Anklage aus Art. 6 Abs. 1 EMRK aus.⁹³⁵ Die Qualifikation als strafrechtliche Anklage ist nach seiner Entscheidung in der Rechtssache *Engel* anhand dreier Kriterien zu beurteilen.⁹³⁶ Diese sind

- die Einordnung des Verfahrens im nationalen Rechtsrahmen,
- die Natur der Zuwiderhandlung sowie
- die Art und Schwere der drohenden Sanktion.

Die Erfüllung jedes einzelnen dieser drei Kriterien soll dabei für ein Unterfallen unter den Begriff der strafrechtlichen Anklage ausreichend sein.⁹³⁷ In der Entscheidungspraxis des Gerichts werden die Kriterien 2 und 3 häufig aber nur zusammen geprüft und können daher nur im Verbund die Qualifikation als strafrechtliche Anklage bewirken.⁹³⁸

Besteht die drohende Sanktion in einer Freiheitsstrafe wird die Erfüllung der *Engel*-Kriterien vermutet.⁹³⁹ Eine Widerlegung der Vermutung gelingt nur dann, wenn der Freiheitsentzug aufgrund seiner Dauer und der Art und Weise des Vollzugs dem Wohlsein des Betroffenen nicht spürbar abträglich ist.⁹⁴⁰ Eine Freiheitsstrafe von 15 Tagen wurde jedoch bereits

935 EGMR, Urteil vom 10.2.2009, Beschwerdenummer 14939/03, Rn. 52 f. - *Zolotukhin*. Siehe auch *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Art. 4 Prot. 7, Rn. 2 und *Paulis/Gauer*, *Concurrences* 2005, 32, 37.

936 EGMR, Urteil vom 23.11.1976, Beschwerdenummer 5100/71 u.a., Rn. 82 – *Engel*; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Art. 6, Rn. 23.

937 EGMR, Urteil vom 9.10.2003, Beschwerdenummer 39665/98 und 40086/98, Rn. 86 - *Ezeh* und *Connors* sowie EGMR, Urteil vom 27.9.2011, Beschwerdenummer 43509/08, Rn. 38 – *Menarini*.

938 *Lorenzmeier*, ZIS 2008, 20, 23.

939 EGMR, Urteil vom 23.11.1976, Beschwerdenummer 5100/71 u.a., Rn. 82 – *Engel* und EGMR, Urteil vom 9.10.2003, Beschwerdenummer 39665/98 und 40086/98, Rn. 126 - *Ezeh* und *Connors*. Siehe auch *Grollwitzer*, *Menschenrechte im Strafverfahren*, 2005, Art. 6 MRK, Rn. 31 und *Vogler*, in: *Pabel/Schmahl*, *Internationaler Kommentar zur EMRK*, 2013, Art. 6, Rn. 200.

940 EGMR, Urteil vom 23.11.1976, Beschwerdenummer 5100/71 u.a., Rn. 82 – *Engel*.

als ausreichend spürbar angesehen, um den Erfolg der Widerlegung auszuschließen.⁹⁴¹

Mit Blick auf das Kartellstrafrecht lässt sich nun feststellen, dass die Qualität des Verfahrens als strafrechtliche Anklage nach diesen Grundsätzen außer Zweifel steht, wenn den Kartellsündern Freiheitsstrafe von mehr als 15 Tagen droht. Ist der Kartellrechtsverstoß hingegen nur mit einer monetären Sanktion bewehrt, sind die *Engel*-Kriterien einzeln zu prüfen. Im Hinblick auf die erste Voraussetzung ist dann festzuhalten, dass die von den verwaltungsrechtlich organisierten Kartellbehörden verhängten Bußgelder in der nationalen Rechtsordnung nicht als Kriminalstrafrecht, sondern nur als Strafrecht im weiteren Sinn eingestuft sind.⁹⁴² Eine bloß im weiteren Sinne strafrechtliche Sanktion ist für die Erfüllung des ersten Kriteriums jedoch nicht ausreichend.⁹⁴³ Die Anerkennung eines kartellbehördlichen Bußgeldverfahrens gegen eine natürliche Person als strafrechtliche Anklage kann daher nur über die Kriterien 2 und 3 erreicht werden. Bei deren Prüfung fordert der Gerichtshof für Menschenrechte, dass die in Frage stehende Sanktion sowohl präventive als auch repressive Zwecke verfolgt und nicht nur dem Ausgleich des angerichteten Schadens dient.⁹⁴⁴ Ferner ist von Bedeutung, ob die Sanktion in eine Freiheitsstrafe umwandelbar ist oder aufgrund ihrer Schwere einem nicht nur kurzfristigen Freiheitsentzug gleichkommt.⁹⁴⁵ Schließlich ist relevant, ob die im jeweiligen Fall verletzte Verbotsnorm an jedermann oder lediglich an einen begrenzten Personenkreis gerichtet ist.⁹⁴⁶

941 EGMR, Urteil vom 10.2.2009, Beschwerdenummer 14939/03, Rn. 56 – *Zolotukhin*.

942 Siehe *Böse*, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 139 ff.; *Dannecker/Fischer-Fritsch*, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989, S. 6 f.; *Lorenzmeier*, ZIS 2008, 20, 21 f.; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 80 ff. und *Schwarze*, EuZW 2003, 261, 268 f.

943 EGMR, Beschl. vom 3.6.2004, Beschwerdenummer 69042/01 u.a., Rn. 2 – *OOO Neste St. Petersburg*. Siehe auch *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Art. 6, Rn. 23.

944 Siehe EGMR, Urteil vom 24.2.1994, Beschwerdenummer 12547/86, Rn. 47 – *Bendenoun* sowie *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Art. 6, Rn. 25. Ausführlich zum Ganzen *Lorenzmeier*, ZIS 2008, 20, 24 ff.

945 *Lorenzmeier*, ZIS 2008, 20, 24 ff. sowie *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Art. 6, Rn. 25 f.

946 Siehe EGMR, Urteil vom 24.2.1994, Beschwerdenummer 12547/86, Rn. 47 – *Bendenoun* und EGMR, Beschl. vom 3.6.2004, Beschwerdenummer 69042/01 u.a., Rn. 2 – *OOO Neste St. Petersburg*. Siehe auch *Vogler*, in: *Pahl/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur EMRK, 2013, Art. 6, Rn. 198.

In der Rechtssache *Menarini* entschied der Gerichtshof für Menschenrechte, dass die von der italienischen Wettbewerbsbehörde einem Unternehmen auferlegte Kartellgeldbuße (in Höhe von 6 Mio. Euro) das zweite und dritte Engel-Kriterium erfüllt.⁹⁴⁷ Dabei stellte er insbesondere darauf ab, dass das Wettbewerbsrecht ein Allgemeininteresse der Gesellschaft schütze, welche üblicherweise strafrechtlich geschützt werden.⁹⁴⁸ Zudem wirke die Geldbuße aufgrund ihrer Höhe auch abschreckend und verfolge damit nicht nur einen repressiven, sondern auch einen präventiven Zweck.⁹⁴⁹ Die Entscheidung wird daher auch auf die Kartellgeldbußen in anderen Europarats-Mitgliedsstaaten für übertragbar gehalten.⁹⁵⁰ Dass der Gerichtshof für Menschenrechte in der Sache *OOO St. Petersburg* bestimmte Sanktionsmöglichkeiten nach dem russischen Kartellgesetz für rein regulatorisch hielt und damit nicht als präventiv und repressiv wirkende Strafe ansah, stellt diese Bewertung nicht in Frage.⁹⁵¹ Nach dem damals geltenden russischen Kartellgesetz waren Geldbußen gegen Unternehmen für materielle Kartellrechtsverstöße nämlich nicht möglich, was der Gerichtshof auch ausdrücklich zur Begründung seines Ergebnisses betont.⁹⁵² Auch die Europäische Kommission für Menschenrechte hat gegen Unternehmen betriebene Verfahren nach deutschem und französischem Kartellrecht bereits als strafrechtliche Anklagen in diesem Sinne anerkannt.⁹⁵³ Seitens der Unionsgerichte wurde das Kartellverfahren der Kom-

947 EGMR, Urteil vom 27.9.2011, Beschwerdenummer 43509/08, Rn. 40 f. – *Menarini*. Ebenfalls für die Einstufung von Kartellgeldbußen als strafrechtliche Anklage, *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 347; *Forrester*, in: *Hawk*, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 1999, S. 181, 221; *Lorenzmeier*, ZIS 2008, 20, 24 ff.; *Schwarze*, EuZW 2003, 261, 268; *Scordamaglia*, The Competition Law Review 2010, 5, 19; *Waelbroeck/Fosselard*, in: *Barav/Wyatt*, Yearbook of European Law, 1994, S. 111, 125; *Wils*, 33 World Competition 5, 12 (2010).

948 EGMR, Urteil vom 27.9.2011, Beschwerdenummer 43509/08, Rn. 40 – *Menarini*.

949 EGMR, Urteil vom 27.9.2011, Beschwerdenummer 43509/08, Rn. 41 – *Menarini*.

950 *Soltész*, WuW 2012, 141, 145.

951 EGMR, Beschl. vom 3.6.2004, Beschwerdenummer 69042/01 u.a., Rn. 2 – *OOO Neste St. Petersburg*.

952 EGMR, Beschl. vom 3.6.2004, Beschwerdenummer 69042/01 u.a., Rn. 2 – *OOO Neste St. Petersburg*.

953 Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR), Bericht vom 30.5.1991, Beschwerdenummer 11598/85, Rn. 64 – *Société Stenuit* sowie EKMR, Entscheidung vom 9.2.1990, Beschwerdenummer 13258/87 – *M. & Co.*

mission bereits mehrfach implizit als „strafrechtliche Anklage“ im Sinne von Art. 6 EMRK eingestuft.⁹⁵⁴

Im Falle von an natürliche Personen gerichteten Kartellgeldbußen kann häufig anhand deren Berechnungsmethode gesehen werden, ob diese lediglich den Schadensausgleich bezwecken oder ob sie auf Vergeltung und Abschreckung gerichtet sind. Es ist anzunehmen, dass die in den Mitgliedsstaaten für Kartellrechtsverstöße drohenden monetären Sanktionen nach der innerstaatlichen Sanktionsordnung nicht durch die Höhe des angerichteten Schadens beschränkt sind und dass Erwägungen der Prävention in die Sanktionszumessung miteinfließen.⁹⁵⁵ Die gegen Kartellsünder erlassenen monetären Sanktionen gehen daher, vorbehaltlich der gemachten Annahmen, über die Funktion der bloßen Schadenskompensation hinaus.

Im Hinblick auf die bei nicht aus Freiheitsstrafe bestehenden Sanktionen zu berücksichtigende Umwandelbarkeit in Freiheitsentzug und deren Äquivalenz zu einem nicht nur kurzfristigen Freiheitsentzug hat sich in der Judikatur des EGMR noch kein verlässlicher Schwellenbetrag herausgebildet.⁹⁵⁶ Angesichts der Höhe auch der natürlichen Personen auferlegten Kartellgeldbußen wird die Äquivalenzschwelle im Kartellrecht in aller Regel überschritten sein.⁹⁵⁷ Zudem sind kartellrechtliche Bußgelder jedenfalls in einigen Europarats-Mitgliedsstaaten auch in einen Freiheitsentzug umwandelbar.⁹⁵⁸

954 Am deutlichsten, wenn auch unter der Geltung der Verordnung 17/62, EuGH, Entscheidung vom 18.10.1989, Rs. C-374/87, Slg. 1989, 3283, Rn. 30 - *Orkem*. Ferner EuGH, Entscheidung vom 8.7.1999, Rs. C-199/92, Slg. 1999, I-4287, Rn. 149 f. - *Hüls*; EuGH, Entscheidung vom 8.7.1999, Rs. C-235/92, Slg. 1999, I-4539, Rn. 175 f. - *Montecatini* und EuGH, Entscheidung vom 15.10.2002, Rs. C-238/99 u.a., Slg. 2002, I-8375, Rn. 59 - *Limburgse Vinyl Maatschappij*. Siehe ferner Das Gericht (EuG), Entscheidung vom 8.7.2004, Rs. T-67/00 u.a., Rn. 178 - *JFE Engineering*.

955 Zur Bußgeldbemessung in Deutschland siehe § 81 Abs. 4 Satz 6 GWB und hierzu *Cramer/Panadis*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, § 81 GWB, Rn. 63 ff. sowie *Dannecker/Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 2, 2014, § 81, Rn. 392 ff.

956 *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Art. 6, Rn. 26.

957 Zu den jeweiligen Sanktionsrahmen in den EU-Mitgliedsstaaten siehe oben § 1 B. II.

958 Für die in Deutschland bestehende Umwandlung in Erzwingungshaft siehe § 96 OWiG.

Nach alledem ist daher davon auszugehen, dass Verfahren zum Erlass von ordnungswidrigkeitenrechtlichen Kartellgeldbußen gegen natürliche Personen in aller Regel von Art. 6 EMRK und damit auch von Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls erfasst sind.

1.1.3. Der idem-Begriff in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls

Im Hinblick auf die bei Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls maßgebliche Definition des Begriffs „derselben Straftat“ stellte der Gerichtshof für Menschenrechte nach bis dato sehr uneinheitlicher Entscheidungspraxis⁹⁵⁹ in der Rechtssache *Franz Fischer* fest, dass Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls dann verletzt sei, wenn eine Person im Zweitverfahren für dieselbe Handlung aus einem Straftatbestand bestraft wird, der sich in seinen Tatbestandsmerkmalen mit der in der Erstentscheidung angewandten Strafnorm überschneidet.⁹⁶⁰ In der Rechtssache *Zolotukhin* verzichtete der Gerichtshof dann gänzlich auf die Nähe der angewandten Straftatbestände zueinander und hält das Doppelverfolgungsverbot fortan immer dann für verletzt, wenn die Erst- und die Zweitverfolgung auf Sachverhaltsumständen beruhen, die identisch oder im Wesentlichen gleich sind.⁹⁶¹

Nach Ansicht des österreichischen Verfassungsgerichtshofs ist diese Fokussierung auf den Sachverhalt nach der *Zolotukhin*-Entscheidung jedoch nur geboten, wenn die Aufteilung des Sachverhalts in verschiedene, rechtliche Tatbestände und die Zuweisung der Zuständigkeit zur Durchsetzung dieser Tatbestände an verschiedene Gerichte und Behörden nicht hinreichend klar ist.⁹⁶² Eine derartige Einschränkung findet in der *Zolotuk-*

959 Vergleiche EGMR, Urteil vom 23.10.1995, Beschwerdenummer 15963/90, Rn. 55 – *Gradinger* und EGMR, Urteil vom 30.7.1998, Rs. 84/1997/868/1080, Rn. 26 - *Oliveira*. Siehe hierzu auch *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 96 ff. sowie *Paulis/Gauer*, *Concurrences* 2005, 32, 37.

960 EGMR, Urteil vom 29.5.2001, Beschwerdenummer 37950/97, Rn. 25, 29 und 31 – *Franz Fischer*. Siehe hierzu *Grabenwarter*, in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2009, S. 179, 203 f. sowie *Nehl*, in: *Heselhaus/Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, S. 1611, 1616.

961 EGMR, Urteil vom 10.2.2009, Beschwerdenummer 14939/03, Rn. 82 – *Zolotukhin*. Siehe auch *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Art. 4 Prot 7, Rn. 4; sowie *van Bockel*, The ne bis in idem principle in EU law, 2009, S. 207.

962 Verfassungsgerichtshof (Österreich), Urteil vom 2.7.2009, Rs. B559/08, Rn. 4.6. Siehe hierzu, *Kalteis*, Vienna J. Int'l. Constit. L. 2010, 227–231.

hin-Entscheidung und in den sie bestätigenden Folgeentscheidungen⁹⁶³ jedoch keine Stütze.

Für die vorliegende Untersuchung ist nun die Frage interessant, ob die Grundsätze aus der *Zolotukhin*-Entscheidung zu einer Anpassung der im Kartellrecht traditionellen Tatabgrenzung anhand der Auswirkungen zwingen. Im Kartellrecht wird die Zugehörigkeit aller geographischer Auswirkungen eines Kartells zu einem einheitlichen *idem* üblicherweise mit dem doppelten Hinweis verneint, dass sich die in jeder Jurisdiktion angewandten (kartellrechtlichen) Sanktionsnormen in ihrem Schutzgut unterscheiden würden, und dass auch die absanktionierten Sachverhalte divergierten, da jede Jurisdiktion lediglich die Auswirkungen des Kartells auf den heimischen Markt bei der Sanktionszumessung berücksichtige.⁹⁶⁴ Soweit die Verschiedenheit der Taten mit den unterschiedlichen Schutzgütern der, in den einzelnen Jurisdiktionen angewandten Deliktsgesetze begründet wird, ist dies mit der *Zolotukhin*-Entscheidung eindeutig unvereinbar. Sollte sich die Ansicht der österreichischen Verfassungsgerichte nicht doch als zutreffend erweisen, ist der Begriff des *idem* infolge der *Zolotukhin*-Entscheidung stets rein tatsächlich, anhand des vorgefallenen Lebenssachverhalts zu beurteilen.⁹⁶⁵

Auch das zweite Argument, wonach eine Mehrfachverfolgung im Kartellrecht deshalb möglich ist, weil jede Sanktionsentscheidung nur die heimischen Auswirkungen berücksichtige, ist nach der *Zolotukhin*-Entscheidung zurückzuweisen.

Nach der Vorgabe des EGMR in *Zolotukhin* hat die das Zweitverfahren betreibende Instanz zunächst die Sachverhaltsdarstellung aus der Erstentscheidung zu betrachten und dann zu überprüfen, ob die, für die Verwirklichung der nun in ihrem Verfahren in Frage stehenden Deliktsgesetze nötigen Sachverhaltsumstände, einschließlich der mit diesen zeitlich und

963 EGMR, Urteil vom 16.6.2009, Beschwerdenummer 13079/03, Rn. 48 ff. und 56 – *Ruotsalainen*; EGMR, Urteil vom 15.6.2009, Beschwerdenummer 55759/07, Rn. 62 ff. – *Maresti*; EGMR, Urteil vom 14.1.2014, Beschwerdenummer 2376/03, Rn. 51 f. – *Tsonyo Tsonev* und EGMR, Urteil vom 18.10.2011, Beschwerdenummer 53785/09, Rn. 26 ff. – *Tomasovic*.

964 Zur entsprechenden Rechtsprechung des EuGH siehe ausführlich unten § 3 E. V. 1., 1.6.

965 So auch *Swoboda*, HRRS 2009, 188, 189 f. und *van Bockel*, The ne bis in idem principle in EU law, 2009, S. 212 f.

räumlich untrennbar verbundenen Sachverhaltselemente, identisch oder im Wesentlichen gleich zu denjenigen aus der Erstentscheidung sind.⁹⁶⁶

Im Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht sind die Koordinierung (meist in Form der Vereinbarung) und die Wettbewerbsbeschränkung die zentralen, für die Verwirklichung der Kartelldeliktsnorm nötigen Tatbestandsmerkmale. Da das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung jedoch nicht anhand konkreter Marktwirkungen, sondern aus der Vereinbarung selbst und gegebenenfalls aus deren Eignung, wettbewerbschädliche Marktwirkungen zu erzeugen, festgestellt wird, ist die Vereinbarung regelmäßig die alleinige Tathandlung. Bei Kartellen kann eine Tatmehrheit nach der *idem*-Definition in *Zolotukhin* also regelmäßig nur dann vorliegen, wenn der, dem Zweitverfahren zugrunde liegende (Kartell-) Vereinbarungsabschluss, einschließlich aller (zeitlich und räumlich) untrennbar mit ihm verbundener Sachverhaltselemente, nicht im Wesentlichen auch den Sachverhalt bildet, auf dem das Erstverfahren beruht.

Da bei kartellrechtlichen Deliktsnormen der Abschluss der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung also das zentrale Tatbestandsmerkmal darstellt, kann die wesentliche Sachverhaltsgleichheit nicht geleugnet werden, wenn mehrere Deliktsnormen auf dieselbe Kartellvereinbarung angewandt werden sollen. Dass sich die verschiedenen Kartellsanktionsentscheidungen in den, nicht zu Tatbestandsmerkmalen erhobenen, aber berücksichtigten geographischen Kartellauswirkungen unterscheiden, ändert nichts an der Überschneidung des, für die Erfüllung der Tatbestände nötigen Lebenssachverhalts.⁹⁶⁷

Nach der *idem*-Definition in *Zolotukhin* wird eine Tatmehrheit im Kartellrecht daher nur dann möglich sein, wenn sich jeweils unterscheidbare Tathandlungen, also Kartellvereinbarungen ausmachen lassen. Wann genau der Abschluss der einen Kartellvereinbarung untrennbar mit dem Abschluss einer anderen Kartellvereinbarung verbunden ist, und welche Sachverhaltsüberschneidungen noch zulässig sind, ohne die Schwelle der wesentlichen Sachverhaltsgleichheit zu überschreiten, geht aus der *Zolotukhin*-Entscheidung und den in der Folge vom EGMR ergangenen Entscheidungen⁹⁶⁸ nicht hervor.

966 EGMR, Urteil vom 10.2.2009, Beschwerdenummer 14939/03, Rn. 83 f. - *Zolotukhin*.

967 So auch *Wils*, 26 *World Competition* 131, 146 (2003).

968 EGMR, Urteil vom 16.6.2009, Beschwerdenummer 13079/03, Rn. 48 ff. und 56 – *Ruotsalainen*; EGMR, Urteil vom 15.6.2009, Beschwerdenummer 55759/07,

Nach hier vertretener Auffassung lassen sich jedoch folgende Präzisierungen treffen. Haben die Kartellmitglieder die Kartellvereinbarung ohne geographische Spezifizierungen getroffen, darf diese, der objektiv-tatsächlichen Betrachtungsweise entsprechend, nicht in mehrere, jeweils auf einzelne geographische Märkte gerichtete Vereinbarungen aufgetrennt werden. Eine in dieser Konstellation ergehende, erste Sanktionsentscheidung deckt dann die gesamte Vereinbarung ab.

Nehmen die Kartellanten in der Kartellvereinbarung hingegen auf mehrere, einzeln individualisierte, geographische Märkte Bezug, muss die Frage der Auftrennung in verschiedene Vereinbarungen tiefer durchleuchtet und der durch die Begriffe der „zeitlich und räumlichen Untrennbarkeit“ und der „wesentlichen Gleichheit“ eröffnete Wertungsspielraum mit allen Einzelfallumständen ausgefüllt werden. Wurde die sich auf mehrere, einzeln genannte, geographische Märkte beziehende Kartellvereinbarung in engem zeitlichen und örtlichen Zusammenhang geschlossen, spricht dies für die Annahme einer einheitlichen, unauftrennbaren Vereinbarung.

Resümierend lässt sich somit feststellen, dass die im Kartellrecht bisher übliche *idem*-Abgrenzung anhand der geographischen Kartellauswirkungen (und den Schutzgütern der angewandten Kartellvorschriften), die zur Annahme verschiedener Taten trotz identischer Kartellvereinbarung führt, mit der Auslegung von Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls in der *Zolotukhin*-Entscheidung nach hier vertretener Ansicht in vielen Fällen unvereinbar ist.

Das 7. Zusatzprotokoll wurde von allen EU-Mitgliedsstaaten außer von Belgien, Deutschland, den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich ratifiziert.⁹⁶⁹ In den letztgenannten Staaten ist die *ne bis in idem*-Garantie aus Art. 4 Abs. 1 daher nicht anwendbar. Nach den oben gemachten Ausführungen ist auch ein Beitritt der EU zum 7. Zusatzprotokoll vor der Ratifikation durch diese Mitgliedsstaaten nicht zu erwarten.

Rn. 62 ff. – *Maresti*; EGMR, Urteil vom 14.1.2014, Beschwerdenummer 2376/03, Rn. 51 f. – *Tsonyo Tsonev* und EGMR, Urteil vom 18.10.2011, Beschwerdenummer 53785/09, Rn. 26 ff. – *Tomasovic*.

969 Siehe *Europarat*, Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Ratifikationen, 2012, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=7&DF=28/02/2012&CL=ENG> (zuletzt abgerufen am 11.2.2013).

1.2. Art. 53 Nr. 1 Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen

Mit Art. 53 Nr. 1 des Europäischen Übereinkommens über die internationale Geltung von Strafurteilen ist der *ne bis in idem*-Grundsatz in einem zweiten Europarat-Instrument verbürgt. Seinem Wortlaut nach verbietet Art. 53 Abs. 1 „eine Person, gegen die ein Europäisches Strafurteil ergangen ist, (...) wegen derselben Handlung in einem anderen Vertragsstaat“ zu verfolgen, abzuurteilen oder der Vollstreckung zu unterwerfen. Bemerkenswerterweise ist dieses Doppelverfolungsverbot also nicht wie Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK auf das Gebiet eines Mitgliedsstaates beschränkt, sondern gilt transnational für alle Vertragsstaaten.⁹⁷⁰ Das Übereinkommen wurde bisher allerdings lediglich von 22 Europarat-Mitgliedsstaaten, davon nur 11 EU-Mitgliedstaaten, ratifiziert.⁹⁷¹ Seine praktische Bedeutung ist daher gering.⁹⁷²

1.3. Art. 54 Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ)

Art. 54 SDÜ lautet wie folgt:

„Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaates nicht mehr vollstreckt werden kann.“

Prominentes Charakteristikum von Art. 54 SDÜ ist demnach seine transnationale Geltung, kraft derer eine Strafsanktion in einem Vertragsstaat

970 Siehe auch Bundesverfassungsgericht, Nichtannahme zur Entscheidung vom 4.12.2007, Az. 2 BvR 38/06, Rn. 32 f.; Grotz, in: Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Übk von Schengen III A 3.3, S. 8 sowie Kniebühler, *ne bis in idem*, 2005, S. 162.

971 Siehe *Europarat*, Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen – Ratifikationen, 2012, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=070&CM=1&DF=28/02/2012&CL=ENG> (zuletzt abgerufen am 11.2.2013).

972 Siehe auch Grotz, in: Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Übk von Schengen III A 3.3, S. 8.

eine weitere Verurteilung in allen anderen Vertragsstaaten ausschließt.⁹⁷³ Das SDÜ wurde als Teil des Schengen-Besitzstandes durch ein Protokoll zum Vertrag von Amsterdam in den Rechtsrahmen der Europäischen Union überführt und eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen denjenigen Mitgliedsstaaten eingesetzt, die die Schengener Übereinkommen unterzeichnet haben.⁹⁷⁴ Das Vereinigte Königreich und Irland gehören der verstärkten Zusammenarbeit nicht an, haben jedoch später erklärt, dass einzelne Bestimmungen des Schengen-Besitzstands, darunter Art. 54 SDÜ, auf sie angewandt werden sollen.⁹⁷⁵ Die Übernahme des Schengen-Besitzstandes wurde zudem 1999 zur Aufnahmebedingung für neue EU-Mitgliedsstaaten erhoben.⁹⁷⁶ Art. 54 SDÜ gilt somit heute in allen EU-Mitgliedsstaaten.⁹⁷⁷

1.3.1. Der Begriff der „Aburteilung“ in Art. 54 SDÜ

Dem Normwortlaut zufolge, setzt Art. 54 SDÜ eine „Aburteilung“ im Erststaat voraus.

973 Siehe *Conway*, 3 Int'l Crim. L. Rev. 217, 222 ff. (2003); *Hein*, Zuständigkeitskonflikte im internationalen Strafrecht, 2002, S. 77, 84, 116; *Jagla*, Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen ne bis in idem, 2007, S. 99; *Kniebühler*, ne bis in idem, 2005, S. 177; *Kruck*, ne bis in idem, 2009, 87 f.; *Mansdörfer*, ne bis in idem in Europa, 2004, S. 142 ff.; *Specht*, ne bis in idem, 1999, 129 ff. und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 194.

974 Siehe Vertrag von Amsterdam, Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union, Amtsblatt EG 1997 Nr. C 340 (im Folgenden: Schengen-Protokoll) sowie Vertrag von Lissabon, Protokoll (Nr. 19) über den in den Rahmen der Europäischen Union einbezogenen Schengen-Besitzstand, ABl. EU 2010 Nr. C 83/290.

975 Siehe *Rat der Europäischen Union*, Beschluss zum Antrag des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland, einzelne Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf sie anzuwenden, ABl. EG 2000 Nr. L 131/43, Art. 1 sowie *Rat der Europäischen Union*, Beschluss zum Antrag Irlands auf Anwendung einzelner Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf Irland, ABl. EG 2002 Nr. L 64/20, Art. 1. Siehe hierzu auch *Fletcher*, 66 The Mod. L. Rev. 769, 770 (2003).

976 Art. 8 Schengen-Protokoll.

977 Zum Sonderstatus Bulgariens, Zyperns und Rumäniens, siehe *Röben*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 2014, Art. 67 AEUV, Rn. 151. Zur Geltung in den Nicht-EU-Mitgliedsstaaten Schweiz, Norwegen und Island siehe *Inhofer*, in: *Graf*, Strafprozessordnung, 2014, Art. 54 SDÜ, Rn. 9 und *Kniebühler*, ne bis in idem, 2005, S. 171.

Bislang ungeklärt ist, ob auch die Beendigung eines bloß im weiteren Sinne strafrechtlichen Verfahrens eine „Aburteilung“ darstellen und daher den Schutz vor Doppelverfolgung aus Art. 54 SDÜ auslösen kann. Gerade die Anwendbarkeit von Art. 54 SDÜ auf ordnungswidrigkeitenrechtliche *Kartellverfahren* wird mitunter bestritten.⁹⁷⁸ *Brammer* bringt zur Stützung dieser These vor, dass der Rat im Zuge der Integration des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der EU für Art. 54 SDÜ die Art. 31 EUV a.F. und Art. 34 EUV a.F. als Rechtsgrundlagen benannt habe.⁹⁷⁹ Diese Rechtsgrundlagen richteten sich ausschließlich auf die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, welche – zur Zeit der Stellungnahme *Brammers* – die dritte Säule der EU-Organisationsstruktur bildete und damit klar von der, in der ersten Säule belegenen Wettbewerbspolitik getrennt sei.⁹⁸⁰ Ferner stehe Art. 54 SDÜ in engem Zusammenhang zu dem, durch das Schengen Übereinkommen erreichten Abbau der Grenzkontrollen. Art. 54 SDÜ wolle verhindern, dass bereits in einem Staat verurteilte Straftäter von ihrem Recht auf Freizügigkeit keinen Gebrauch machen, aus Angst, im Zielstaat wegen derselben Tat erneut belangt zu werden.⁹⁸¹ Unternehmen, als primäre Rechtssubjekte des Kartellrechts, verfügten hingegen nicht über das Recht der Freizügigkeit, sondern nur über die Niederlassungsfreiheit. Die Niederlassungsfreiheit wurde durch den Abbau der Grenzkontrollen durch das Schengen Übereinkommen aber nicht berührt.⁹⁸²

Soweit *Brammer* das Kartellrecht insgesamt nicht als von Art. 54 SDÜ erfasst ansieht, ist festzuhalten, dass vor dem Vertrag von Lissabon ein Vorrang der Rechtsgrundlagen aus der ersten Säule dahingehend bestand,

978 *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 370 ff. Zu ablehnenden Stimmen in Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 54 SDÜ auf alle nur im weiteren Sinne strafrechtliche Sanktionen siehe sogleich.

979 *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 371 mit insofern zutreffendem Verweis auf *Rat der Europäischen Union*, Beschluss zur Festlegung der Rechtsgrundlagen für die einzelnen Bestimmungen und Beschlüsse, die den Schengen-Besitzstand bilden, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union, ABl. EG 1999 Nr. L 176/17.

980 *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 371 und 373.

981 *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 372. So auch EuGH, Entscheidung vom 11.2.2003, Rs. C-187/01 und C-385/01, Slg. 2013, I-1345, Rn. 38 – *Gözütok und Brügge*.

982 *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 372.

dass alle Rechtsakte, die, aufgrund ihres Einflusses auf Rechtsbereiche der ersten Säule, auf eine Kompetenzgrundlage der ersten Säule gestützt werden konnten, auch auf diese gestützt werden mussten, und keine Rechtsgrundlage aus der dritten Säule herangezogen werden durfte.⁹⁸³ Dass der Rat Art. 54 SDÜ also eine Rechtsgrundlage aus der dritten Säule zuwies, deutet darauf hin, dass diese Vorschrift seiner Ansicht nach nicht auf eine Rechtsgrundlage der ersten Säule gestützt hätte werden können, was wiederum darauf schließen lassen könnte, dass Art. 54 SDÜ nach Ansicht des Rates in den Rechtsbereichen der ersten Säule keine Rolle spielen würde. In der vorliegenden Konstellation ist dieser Schluss von der Wahl der Rechtsgrundlage auf den wirklichen Anwendungsbereich von Art. 54 SDÜ jedoch deshalb unzulässig, weil die Zuweisung der Rechtsgrundlage erst erfolgte, nachdem Art. 54 SDÜ (mit seinem vollen sachlichen Anwendungsbereich) bereits in Kraft getreten war. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 54 SDÜ ist daher grundsätzlich ungeachtet der Rechtsgrundlagenzuweisung zu bestimmen. Letztere gibt lediglich über die Ansicht des Rates zur Zeit des Zuweisungsbeschlusses Aufschluss. Demgegenüber ist zu konstatieren, dass der Telos und Wortlaut von Art. 54 SDÜ keinerlei Anhaltspunkte für eine Beschränkung des Doppelbestrafungsverbotes auf die nicht unionsrechtlich vereinheitlichten Rechtsbereiche liefert. Eine dahingehende Bereichsausnahme im Anwendungsbereich des Art. 54 SDÜ ist daher zurückzuweisen. Somit ist Art. 54 SDÜ auch im Kartellrecht anwendbar.⁹⁸⁴

Soweit, ohne speziellen Bezug auf das Kartellrecht, allgemein die Eingliederung von deutschen Ordnungswidrigkeitstatbeständen und sonstigen, bloß im weiteren Sinne strafrechtlichen Sanktionen unter Art. 54 SDÜ in Abrede gestellt wird, sprechen die besseren Argumente wiederum für den entgegengesetzten Standpunkt. In der deutschen Rechtsprechung wurde eine Einbindung von verwaltungsbehördlich verhängten Sanktionen unter Art. 54 SDÜ bisher mehrheitlich abgelehnt, mit dem Hinweis auf den Begriff „Aburteilung“ und auf den Willen der Vertragsstaaten, das Doppelbestrafungsverbot nur durch gerichtliche Entscheidungen auslösen zu lassen.⁹⁸⁵ In der Rechtssache *Gözütok und Brügge* bejahte der EuGH

983 Siehe *Suhr*, in: *Callies/Ruffert*, 2011, Art. 67 AEUV, Rn. 26.

984 Im Ergebnis so auch *Böse*, EWS 2007, 202, 209 und *Dannecker*, in: *Fuchs/Schwintowski/Zimmer*, FS Immenga, 2004, S. 61, 68.

985 Bayerisches Oberstes Landgericht, Urteil vom 26.5.2000, Az. 1 St RR 67/00. Siehe auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 536 und *Thym*, NStZ

jedoch die Einbindung einer, von einer deutschen Staatsanwaltschaft erlassenen Verfahrenseinstellung gegen Auflagen nach § 153a StPO sowie einer vergleichbaren Verfahrenseinstellung durch eine niederländische Staatsanwaltschaft.⁹⁸⁶ Zur Begründung führte er aus, dass diese Verfahrenseinstellung durch eine „zur Mitwirkung bei der Strafrechtspflege“ berufene Behörde erfolgt sei,⁹⁸⁷ und dass aufgrund der dem Betroffenen gestellten Auflagen eine Ahndung des rechtswidrigen Verhaltens erreicht worden sei.⁹⁸⁸ Angesichts dieser Umstände stelle die Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO eine rechtskräftige Aburteilung im Sinne von Art. 54 SDÜ da, „sofern die Strafklage (...) verbraucht“ wurde.⁹⁸⁹ Ob diese drei, vom EuGH hervorgehobenen Gesichtspunkte nur kumulativ die Qualifikation zur rechtskräftigen Aburteilung bewirken können oder ob alleine das letzte der genannten Kriterien, die strafklageverbrauchende Wirkung, entscheidend ist, wird unterschiedlich beurteilt. *Schomburg* scheint den Umstand, dass die Verfahrensbeendigung durch eine zur Mitwirkung bei der Strafrechtspflege berufene Behörde erfolgt sein muss für eine zwingende Anwendungsvoraussetzung des Art. 54 SDÜ zu halten.⁹⁹⁰ Aus diesem Grund sieht er verwaltungsbehördlich verhängte Sanktionen als kategorisch vom Anwendungsbereich des Art. 54 SDÜ ausgeschlossen an.⁹⁹¹ Für die alleinige Maßgeblichkeit der strafklageverbrauchenden Wirkung spricht jedoch, dass der EuGH in nachgelagerten Passagen in der

2003, 334, 334. Die ablehnende Haltung teilend, *Stein*, ne bis in idem, 2003, S. 504.

986 EuGH, Entscheidung vom 11.2.2003, Rs. C-187/01 und C-385/01, Slg. 2003, I-1345, Rn. 28 ff. - *Gözütok und Brügge*. Siehe hierzu *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 537; *Radtke/Busch*, NStZ 2003, 281–288; *Stein*, NJW 2003, 1162, 1162 f. und *Thym*, NStZ 2003, 334–335.

987 EuGH, Entscheidung vom 11.2.2003, Rs. C-187/01 und C-385/01, Slg. 2003, I-1345, Rn. 28 - *Gözütok und Brügge*.

988 EuGH, Entscheidung vom 11.2.2003, Rs. C-187/01 und C-385/01, Slg. 2003, I-1345, Rn. 29 - *Gözütok und Brügge*.

989 EuGH, Entscheidung vom 11.2.2003, Rs. C-187/01 und C-385/01, Slg. 2003, I-1345, Rn. 30 - *Gözütok und Brügge*. Siehe auch *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 197.

990 *Schomburg*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III E 1, Art. 54 SDÜ, Rn. 36.

991 *Schomburg*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III E 1, Art. 54 SDÜ, Rn. 36.

Gözütok-Entscheidung ausschließlich dieses Kriterium erwähnt.⁹⁹² Auch in der späteren Entscheidung in der Rechtssache *Turánsky* überprüft der EuGH einzig die strafklageverbrauchende Wirkung des im konkreten Fall ergangenen Verfahrensabschlusses.⁹⁹³ Diese Abstrahierung von der Qualität der sanktionierenden Instanz ist auch sinnvoll, da Art. 54 SDÜ den Schutz des Betroffenen, genauer, seiner Freizügigkeit bezweckt.⁹⁹⁴ Es ist daher nicht einzusehen, wieso zwei, mit einer vergleichbaren Sanktion belegte Personen nur deshalb unterschiedlich intensiv geschützt sein sollen, weil der eine von einer Justiz- und der andere von einer Verwaltungsbehörde verfolgt wurde. Vorzugswürdig erscheint es daher, die strafklageverbrauchende Wirkung als das allein maßgebliche Kriterium für die Qualifikation als rechtskräftige Aburteilung anzusehen bzw. das Merkmal der zur Mitwirkung bei der Strafrechtspflege berufenen Behörde so weit zu verstehen, dass auch Verwaltungsbehörden hierunter fallen können.⁹⁹⁵

Dass eine verfahrensbeendigende Entscheidung nur dann den Schutz aus Art. 54 SDÜ auslösen und eine erneute Strafverfolgung in den übrigen Vertragsstaaten ausschließen können soll, wenn sie nach der heimischen Rechtsordnung strafklageverbrauchende Wirkung erzeugt und daher auch im Inland eine erneute Strafverfolgung sperrt, ist völlig nachvollziehbar. Zu fragen ist jedoch, welches Maß an strafklageverbrauchender Wirkung für die Auslösung des Doppelverfolgungsverbotes erforderlich ist, und ob Art. 54 SDÜ bei Überschreiten der fraglichen Schwelle dann jede erneute Strafverfolgung in den übrigen Vertragsstaaten ausschließt, oder ob das Doppelverfolgungsverbot dort nur insoweit greift, wie es auch im Ausgangsland besteht. Eine Ansicht möchte den Begriff des Strafklageverbrauchs eng auslegen. Eine verfahrensabschließende Entscheidung könne nur dann das Doppelverfolgungsverbot aus Art. 54 SDÜ auslösen, wenn sich der Strafklageverbrauch nach der nationalen Rechtsordnung des Erststaates zumindest teilweise auch auf den kriminalstrafrechtlichen Bereich

992 EuGH, Urteil vom 11.2.2003, Rs. C-187/01 und C-385/01, Slg. 2003, I-1345, Rn. 33, 38, 42 und 45 - *Gözütok* und *Brügge*. Die Ungenauigkeit der vom EuGH vorgegebenen Kriterien bemängelnd, *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 542.

993 EuGH, Urteil vom 22.12.2008, Rs. C-491/07, Slg. 2008, I-11039, Rn. 34 und 39 ff. – *Turánsky*.

994 EuGH, Entscheidung vom 11.2.2003, Rs. C-187/01 und C-385/01, Slg. 2003, I-1345, Rn. 38, 40 - *Gözütok* und *Brügge*.

995 So auch *Kniebühler*, ne bis in idem, 2005, S. 221 und *Thym*, NSTZ 2003, 334, 334.

beziehe.⁹⁹⁶ Die Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO, welche eine erneute Verfolgung der Tat als (kriminalstrafrechtliches) Vergehen sperrt, eine spätere Verfolgung der Tat als Verbrechen jedoch unberührt lässt, wurde vom EuGH demgemäß als rechtskräftige Aburteilung angesehen. Die von einer deutschen Verwaltungsbehörde erlassenen, ordnungswidrigkeitenrechtlichen Bußgeldbescheide würden nach dieser Ansicht das Doppelverfolgungsverbot aus Art. 54 SDÜ hingegen nicht auslösen können, da diese lediglich eine erneute Verfolgung der Tat als Ordnungswidrigkeit, nicht jedoch eine weitere Verfolgung als Kriminalstraftat ausschließen.⁹⁹⁷

Nach einer zweiten Ansicht soll der Ausschluss einer weiteren, ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfolgung bereits genügen, um das Doppelverfolgungsverbot aus Art. 54 SDÜ zu aktualisieren.⁹⁹⁸ Die Sperrwirkung soll dann allerdings in den übrigen Vertragsstaaten gleichfalls nur auf bloß im weiteren Sinne strafrechtliche Verfolgungen beschränkt sein, und einer erneuten kriminalstrafrechtlichen Verfolgung dort nicht im Wege stehen.⁹⁹⁹

Gegen den erstgenannten, engen Ansatz lässt sich einwenden, dass Täter einer schwerwiegenderen Straftat gegenüber Tätern einer geringfügigeren Zuwiderhandlung privilegiert werden würden. Denn während die kriminalstrafrechtlich verfolgten Übeltäter im Anschluss an die (kriminalstrafrechtliche) Erstentscheidung in aller Regel vom Schutz des Art. 54 SDÜ profitierten, stünden die ordnungswidrigkeitenrechtlich verfolgten Täter oftmals weiter unter der Gefahr der Mehrfachverfolgung.¹⁰⁰⁰ Für den zweiten, für bloß im weiteren Sinne strafrechtliche Entscheidungen offenstehenden Ansatz spricht zudem der vom EuGH stets hervorgehobene Zweck von Art. 54 SDÜ. Dieser besteht darin, sicherzustellen, dass be-

996 So *Kniebühler*, ne bis in idem, 2005, S. 251; *Kühne*, JZ 2003, 305, 307; *Schomburg*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III E 1, Art. 54 SDÜ, Rn. 36; *Seitz*, in: *Göhler*, OWiG, 2012, § 84, Rn. 18; *Wasmeier/Thwaites*, 31 E. L. Rev. 565, 577 (2006) m.w.N.

997 Vgl. § 84 Abs. 1 OWiG.

998 So *Böse*, EWS 2007, 202, 205 f. und *Hecker*, Strafverteidiger 2001, 306, 310. Siehe hierzu auch *Hugger*, in: *Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal*, Internationales Strafrecht, 2008, S. 407-409.

999 So *Böse*, EWS 2007, 202, 205 und *Hecker*, Strafverteidiger 2001, 306, 310.

1000 So EuGH, Entscheidung vom 11.2.2003, Rs. C-187/01 und C-385/01, Slg. 2003, I-1345, Rn. 40 - *Gözütok und Brügge* und Generalanwalt Colomer, Schlussanträge vom 19.9.2002, C-187/01 und C-385/01, Rn. 116 - *Gözütok und Brügge*. Gegen dieses Argument ankämpfend *Kniebühler*, ne bis in idem, 2005, S. 251.

reits in einem Vertragsstaat verfolgte Personen nicht deshalb vor der Ausübung ihres Rechts auf Freizügigkeit zurückschrecken, weil ihnen im Zielstaat eine erneute Verfolgung für bereits abgeurteilte Tat droht.¹⁰⁰¹ Diese *ratio* gilt auch für das Strafrecht im weiteren Sinn. Denn liefen die Bürger Gefahr, in einem anderen Mitgliedsstaat wegen derselben Tat erneut mit einer, im weiteren Sinne strafrechtlichen Geldbuße belegt zu werden, würde sie das von der Inanspruchnahme der Freizügigkeit ebenfalls abschrecken.¹⁰⁰² Dies gilt angesichts der beträchtlichen Höhe im Besonderen für die Kartellgeldbuße. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass das Kartellrecht von Kartellverwaltungsbehörden mindestens ebenso richtig angewandt wird, wie von Strafgerichten und daher, jedenfalls im Bereich des Kartellrechts, keine negative Abweichung in der Qualität der Rechtsanwendung besteht.

Ein weiteres, gewichtiges Argument für die Eingliederung von bloß im weiteren Sinne strafrechtlichen Sanktionsnormen unter Art. 54 SDÜ lässt sich zudem aus dem Regelungsinhalt des SDÜ ableiten. Einer, der wesentlichen durch das SDÜ erreichten Fortschritte besteht darin, die Rechtshilfebestimmungen des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens nun auch auf von einer Verwaltungsbehörde betriebenen Ordnungswidrigkeitenverfahren für anwendbar zu erklären.¹⁰⁰³ Da die Verbürgung eines transnationalen *ne bis in idem* als beschuldigtenschützendes Gegengewicht zu dieser immerzu fortschreitenden Zusammenarbeit der Verfolgungsbehörden dient,¹⁰⁰⁴ wäre es inkonsequent, wenn dieses Gegengewicht nur auf einen Teilbereich der Verfolgungskooperation beschränkt bliebe. Dies gilt umso mehr, als es das SDÜ selbst ist, das die Kooperation zwischen Verfolgungsbehörden auf den ordnungswidrigkeitenrechtlichen Bereich ausdehnt. Angesichts dieser Erwägungen erscheint die zweite, oben genannte Ansicht vorzugswürdig. Auch von einer Verwaltungsbehörde erlassene, bloß im weiteren Sinne strafrechtliche Entscheidungen lösen demnach das Doppelverfolgungsverbot nach Art. 54 SDÜ aus, sofern nach der inländischen Rechtsordnung eine erneute Verfolgung als Straftat im weiteren Sinne ausgeschlossen ist. Der sich kraft Art. 54 SDÜ auf die übrigen Ver-

1001 EuGH, Entscheidung vom 11.2.2003, Rs. C-187/01 und C-385/01, Slg. 2003, I-1345, Rn. 38, 40 - *Gözütok und Brügge*. Zu weiteren Zwecken von Art. 54 SDÜ siehe *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 540.

1002 So auch *Böse*, EWS 2007, 202, 205.

1003 Art. 49 lit. a) SDÜ. Siehe auch oben § 3 E. III. 1.

1004 *Kühne*, JZ 2003, 305, 305; *Zeder*, Österreichisches Anwaltsblatt 2007, 454, 454.

tragsstaaten erstreckende Schutz bezieht sich dann ebenfalls lediglich auf bloß im weiteren Sinne strafrechtliche Verfolgungen.¹⁰⁰⁵

1.3.2. Der *idem*-Begriff in Art. 54 SDÜ

Im Hinblick auf den Begriff derselben Tat in Art. 54 SDÜ, dem *idem*, stellte der EuGH in der Rechtssache *Van Esbroeck* fest, dass die rechtliche Qualifizierung und das rechtlich geschützte Interesse für den Begriff derselben Tat unbedeutend sind und das einzig hierfür maßgebliche Kriterium die „Identität der materiellen Tat, verstanden als das Vorhandensein eines Komplexes konkreter, unlösbar miteinander verbundener Tatsachen“ sei.¹⁰⁰⁶ Die Unlösbarkeit der Verbundenheit sei dabei in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach dem Zweck der materiellen Tat zu beurteilen.¹⁰⁰⁷ In der englischen Fassung wird für die Worte der „Identität der materiellen Tat“ die Wendung „*identity of material acts*“, nicht „*identity of material facts*“ gebraucht, was auf eine Fokussierung auf die Tathandlung hindeuten könnte. In der französischen Fassung heißt es demgegenüber „*l'identité des faits matériels*“, was für eine Betrachtung aller Tatum-

1005 Für eine Einbindung von bloß im weiteren Sinne strafrechtlichen Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde auch Böse, EWS 2007, 202, 205 f.; Dannecker, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, FS Immenga, 2004, S. 61, 67 f. und vor allem 89; Hecker, Strafverteidiger 2001, 306, 310; Mansdörfer, ne bis in idem in Europa, 2004, 180; Rübenstahl/Schilling, HRRS 2008, 492, 495 f. und Vervaele, 1 Utrecht L. Rev. 100, 115 (2005). Bloß im weiteren Sinn strafrechtliche, von Verwaltungsbehörden getroffene Entscheidungen hingegen für ausgeschlossen haltend, Kniebühler, ne bis in idem, 2005, S. 250 f.; Kühne, JZ 2003, 305, 307; Schomburg, in: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe, 2012, III E 1, Art. 54 SDÜ, Rn. 36.; Seitz, in: Göhler, OWiG, 2012, § 84, Rn. 18; Wasmeier/Thwaites, 31 E. L. Rev. 565, 577 (2006) m.w.N. und wohl auch Anagostopoulos, in: Herzog/Neumann, FS für Hassemer, 2010, S. 1121, 1132, der verwaltungsbehördlich verhängte österreichische Straferkenntnisse nur deshalb eingebunden sieht, weil dieses eine spätere Verfolgung der Tat als Straftat ausschließt.

1006 EuGH, Entscheidung vom 9.3.2006, Rs. C-436/04, Slg. 2006, I-2333, Rn. 35 f. und 42 - *Van Esbroeck*. Siehe hierzu auch Grotz, in: Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Übk von Schengen III A 3.3, S. 13 f.; Kühne, JZ 2006, 1018–1021; Radtke, NSTZ 2008, 162–164 und Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 199.

1007 EuGH, Entscheidung vom 9.3.2006, Rs. C-436/04, Slg. 2006, I-2333, Rn. 38 - *Van Esbroeck*.

stände, einschließlich der Tatfolgen spricht. Die Definition des Begriffs derselben Tat aus der *Van Esbroeck*-Entscheidung wurde in der Folge vom EuGH in mehreren Entscheidungen bestätigt.¹⁰⁰⁸ In *Norma Kraaijenbrink* präzisierte der EuGH, dass eine bloße Verbundenheit mehrerer Taten durch einen einheitlichen Vorsatz noch nicht genügt, um eine einheitliche Tat anzunehmen.¹⁰⁰⁹ Für die vorliegende Untersuchung ist nun wiederum interessant, ob diese Definition mit der im Kartellrecht üblichen *idem*-Abgrenzung anhand der geographischen Kartellauswirkungen und dem Schutzgut der jeweils angewandten Kartellnormen in Einklang gebracht werden kann. Die in *Van Esbroeck* festgestellte Bedeutungslosigkeit der rechtlichen Qualifizierung der Tat und der rechtlich geschützten Interessen steht der Berücksichtigung des Schutzguts der jeweils angewandten, kartellrechtlichen Verbotsnormen entgegen.¹⁰¹⁰ Dass sich zwei Sanktionsentscheidungen auf dieselbe Tat im Sinne von Art. 54 SDÜ beziehen, kann daher nicht mit dem Hinweis abgetan werden, dass jedes Kartellverbot nur den Schutz des jeweils eigenen Markts bezweckt. Ob eine Tatmehrheit jedoch ebensowenig auf die Unterschiedlichkeit der in den Sanktionsentscheidungen berücksichtigten geographischen Kartellauswirkungen gestützt werden kann, ist nicht ganz so eindeutig.

Nach Ansicht der Generalanwältin Kokott müssen bei der Anwendung der *Van Esbroeck*-Formel auf kartellrechtliche Fälle die Eigentümlichkeiten der Kartellvergehen berücksichtigt werden. Kartelle seien nur wegen ihrer schädlichen Auswirkungen beziehungsweise wegen ihrer Eignung schädliche Auswirkungen hervorzurufen, verboten.¹⁰¹¹ Deshalb liege die von Art. 81 EG (und nun Art. 101 AEUV) geächtete Handlung nicht im

1008 EuGH, Entscheidung vom 28.9.2006, Rs. C-150/05, Slg. 2006, I-9327, Rn. 41 - *Van Straaten*; EuGH, Entscheidung vom 28.9.2006, Rs. C-467/04, Slg. 2006, I-9199, Rn. 54 - *Gasparini u.a.*; EuGH, Entscheidung vom 18.7.2007, Rs. C-288/05, Slg. 2007, I-6441, Rn. 29 - *Kretzinger* und EuGH, Entscheidung vom 22.12.2008, Rs. C-491/07, Slg. 2008, I-11039, Rn. 32 - *Turánsky*.

1009 EuGH, Entscheidung vom 18.7.2007, Rs. C-367/05, Slg. 2007, I-6619, Rn. 29 - *Norma Kraaijenbrink*.

1010 So, wenngleich nicht ausdrücklich, auch Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 8.9.2011, C-17/10, Rn. 128 - *Toshiba*.

1011 Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 8.9.2011, C-17/10, Rn. 115 ff. - *Toshiba*.

Abschluss der Kartellvereinbarung, sondern erst in deren Durchführung.¹⁰¹²

Dieser Sichtweise ist jedoch entgegenzutreten. Dass eine Handlung nur wegen ihrer schädlichen Auswirkungen verboten ist, stellt keineswegs eine Eigenheit der Kartelldelikte dar. Vielmehr gründet sich jedes, von einem Staat an seine Bürger gerichtete Verbot in den potentiellen Auswirkungen der verbotenen Handlung. Würde von einer Handlung nicht die Gefahr der Verletzung eines anderen, geschützten Rechtsguts ausgehen, wäre das Verbot verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.¹⁰¹³ Abzulehnen ist auch der Standpunkt, wonach die maßgebliche Tathandlung bei Kartellrechtsverstößen nicht in der Koordinierungsvereinbarung selbst, sondern lediglich in deren Durchführung liegt. Nach allgemeiner Auffassung ist der Tatbestand des Art. 101 AEUV auch dann erfüllt, wenn die Kartellvereinbarung zwar abgeschlossen, jedoch niemals von den Parteien implementiert wurde.¹⁰¹⁴ Bei der Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV sind die Wettbewerbsbehörden also gezwungen, im Sachverhalt nach dem Koordinierungselement, der Kartellvereinbarung, zu suchen. Nach hier vertretener Auffassung muss dieses tatbestandsmäßige Koordinierungselement dann auch den Ausgangspunkt für die Bestimmung des „Komplexes untrennbar miteinander verbundener Tatsachen“ bilden, welcher nach *Van Esbroeck* den Kreis der zur selben Tat gehörenden Umstände beschreibt. Würde man hingegen, wie es bisheriger, kartellrechtlicher Übung entspricht, den Tat-Komplex von der inländischen geographischen Kartellauswirkung her konstruieren und dann lediglich geographisch eng mit dieser verbundene Sachverhaltselemente mitberücksichtigen, liefe man Gefahr, dass das den Verbotstatbestand erfüllende Sachverhaltselement, die Kartellvereinbarung, gar nicht zur selben Tat zählt. Richtigerweise muss der in *Van Esbroeck* für maßgeblich befundene „Komplex untrennbar miteinander verbundener Tatsachen“ daher auch im Kartellrecht grundsätzlich vom tatbestandsmäßigen Sachverhaltselement, der Kartell-

1012 Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 8.9.2011, C-17/10, Rn. 129 – *Toshiba* mit Verweis auf gleichlautende EuGH-Urteile, welche in wettbewerbsrechtlichen Fällen zur *ne bis in idem*-Verbürgung als allgemeines Rechtsprinzip des Unionsrechts ergangen sind.

1013 In Deutschland wäre dann zumindest das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

1014 Siehe etwa *Paschke*, in: MüKo Kartellrecht, Band 1, 2007, Art. 81 EG – B Vereinbarungen im Sinne des Kartellrechts, Rn. 11.

vereinbarung, ausgehen und dieser sodann alle kausal und final mit dieser Vereinbarung verbundenen Durchführungshandlungen und Auswirkungen hinzugefügt werden.

Fraglich ist jedoch, ob der so konstituierte Komplex untrennbar miteinander verbundener Tatsachen dann aufgetrennt werden darf, wenn sich die Sanktionsbefugnis der erstentscheidenden Stelle nicht auf alle, zu diesem Tatkomplex gehörenden Umstände erstreckt.¹⁰¹⁵ Das, dem Doppelverfolungsverbot zugrundeliegende, wechselseitige Vertrauen der Vertragsstaaten, dass die Behörde des einen Staates den Tatkomplex vollständig und auch unter Berücksichtigung aller, die übrigen Vertragsstaaten betreffenden Umstände beurteilt, bestünde nicht, wenn die Sanktionsbefugnis der zuerst entscheidenden Instanz nicht auch die im Ausland verspürten Tatfolgen miteinschließt.¹⁰¹⁶ Böse hält diesem Ansatz entgegen, dass Art. 55 SDÜ den Staaten ermöglicht, das Doppelverfolungsverbot für bestimmte Straftaten und Begehungsweisen, in denen ihre Interessen besonders betroffen sind, mittels Erklärung bei der Ratifikation des SDÜ auszuscheiden. Ein darüber hinausgehender Schutz vor der Nichtberücksichtigung eigener Belange durch die ausländische Erstentscheidung widerspräche der Konzeption des SDÜ und sei auch nicht notwendig.¹⁰¹⁷ Ferner ist zu bedenken, dass eine Reduktion des Tatbegriffs auf die, von der Sanktionsbefugnis der entscheidenden Stelle umfassten Umstände den Schutzgehalt von Art. 54 SDÜ deutlich entleeren könnte. Denn indem die Staaten ihren entscheidungsbefugten Stellen lediglich die Kompetenz zur Berücksichtigung bestimmter Umstände zubilligten, könnten sie den Umfang des Tatbegriffs beliebig steuern. Die *ne bis in idem*-Garantie würde also zur Disposition der nationalen Gesetzgeber gestellt, was keinesfalls hinnehmbar ist. Eine Zerstückelung des untrennbar miteinander verbundenen Tatsachenkomplexes aufgrund beschränkter Sanktionsbefugnisse ist daher abzulehnen.¹⁰¹⁸ Die nachgelagerte Frage, ob sich die Sanktionsbefugnis der

1015 Siehe hierzu Böse, EWS 2007, 202, 208; Inhofer, in: Graf, Strafprozessordnung, 2014, Art. 54 SDÜ, Rn. 35; Liebau, „Ne bis in idem“ in Europa, 2005, S. 155 und Kühne, JZ 2006, 1019, 1020 f. Siehe auch BGH, Beschluss vom 9.6.2008, Az. 5 StR 342/04, Rn. 18.

1016 Siehe Liebau, „Ne bis in idem“ in Europa, 2005, S. 155.

1017 Böse, EWS 2007, 202, 208.

1018 Im Ergebnis so auch Böse, EWS 2007, 202, 208; Inhofer, in: Graf, Strafprozessordnung, 2014, Art. 54 SDÜ, Rn. 35. A.A. Liebau, „Ne bis in idem“ in Europa, 2005, S. 155; Kühne, JZ 2006, 1019, 1020 f. Offenlassend, BGH, Beschluss vom 9.6.2008, Az. 5 StR 342/04, NJW 2008, 2931, Rn. 18.

mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden auf alle übrigen, durch Art. 54 SDÜ gebundenen Staaten erstreckt, muss daher nicht beantwortet werden.¹⁰¹⁹ Nach hier vertretener Anschauung kann daher im Rahmen des Art. 54 SDÜ eine Tatmehrheit nur mehr bei Vorliegen mehrerer räumlich, zeitlich und zweckmäßig getrennter Kartellvereinbarungen angenommen werden.

1.3.3. Weitere Voraussetzungen und völkerrechtliche Vorbehalte

Über das Erfordernis, dass sich Erst- und Zweitentscheidung auf dieselbe Tat beziehen, hinaus verlangt Art. 54 SDÜ, dass die Erstsanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaates nicht mehr vollstreckt werden kann.¹⁰²⁰

Nach Art. 55 SDÜ hatten die Vertragsstaaten die Möglichkeit, die Geltung von Art. 54 SDÜ mittels völkerrechtlicher Erklärung in den Fällen auszuschließen, in denen die Tat ganz oder teilweise im Inland begangen wurde oder die Tat gegen wesentliche inländische Interessen gerichtet war. Von dieser Möglichkeit haben viele Vertragsstaaten Gebrauch gemacht.¹⁰²¹ Auch nach der Überführung des *Schengen acquis* in den EU-Rahmen sind diese Erklärungen weiterhin gültig.¹⁰²² Vor allem der Vorbehalt hinsichtlich Inlandstaten wird in kartellrechtlichen Fällen häufig erfüllt und der Schutz aus Art. 54 SDÜ dann von vornherein verwehrt sein.

1019 Zur Frage der Erstreckung auf alle EU-Mitgliedsstaaten siehe oben § 3 D. II. 2.

1020 Siehe hierzu *Anagostopoulos*, in: *Herzog/Neumann*, FS Hassemer, 2010, S. 1121, 1135; *Grotz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Übk von Schengen III A 3.3, S. 14 und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 194 ff.

1021 Siehe hierzu *Grotz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Übk von Schengen III A 3.3, S. 16.

1022 Siehe *Anagostopoulos*, in: *Herzog/Neumann*, FS Hassemer, 2010, S. 1121, 1127 f. und *Grotz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Übk von Schengen III A 3.3, S. 16.

1.4. Übereinkommen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften über das Verbot der doppelten Strafverfolgung

Art. 1 des Übereinkommens zwischen den EG-Mitgliedsstaaten über das Verbot der doppelten Strafverfolgung entspricht nahezu wortgleich Art. 54 SDÜ.¹⁰²³ Das Übereinkommen ist noch nicht in Kraft getreten, wird jedoch zwischen allen EU-Mitgliedsstaaten mit Ausnahme von Finnland, Griechenland, Luxemburg, Schweden, Spanien und dem Vereinigten Königreich vorzeitig angewandt und gilt dann neben dem SDÜ.¹⁰²⁴

Soweit ersichtlich wurde das Übereinkommen in der Rechtsprechung der Unionsgerichte noch nicht angewandt.¹⁰²⁵ Angesichts der Wortlautgleichheit und der Übereinstimmung in den das Übereinkommen anwendenden Staaten sind Auslegungsunterschiede zu Art. 54 SDÜ allerdings nicht zu erwarten.¹⁰²⁶

1.5. Art. 50 der Europäischen Grundrechte-Charta

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum 1.12.2009 hat die Europäische Grundrechte-Charta (EGRC) unmittelbare Geltungskraft erlangt.¹⁰²⁷ Sie bindet die Organe und die Einrichtungen der Europäischen Union.¹⁰²⁸ Die Mitgliedsstaaten sind ihr nur verpflichtet, wenn sie Unionsrecht durchführen.¹⁰²⁹ Für die Durchsetzung des hier in Frage stehenden Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts ist dabei auf Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1/2003 zurückzugreifen. Soweit die betreffenden Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbestände „einzelstaatliches Wettbewerbsrecht“

1023 Siehe zu diesem Übereinkommen *Grotz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 3, 2014, Übk von Schengen III A 3.3, Rn. 17; *Kniebühler*, ne bis in idem, 2005, S. 163 und *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 2014, § 51, Rn. 29.

1024 Siehe *Kniebühler*, ne bis in idem, 2005, S. 163 und *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 2014, § 51, Rn. 29. Siehe auch *Grotz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 4, 2014, Übk von Schengen III A 3.3, Rn. 17.

1025 Eine am 6.3.2012 durchgeführte Suche auf der Datenbank des EuGH führte zu keinen Ergebnissen.

1026 So auch *Kniebühler*, ne bis in idem, 2005, S. 164.

1027 Siehe Art. 6 Abs. 1 EUV n.F.

1028 Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 EGRC.

1029 Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 EGRC.

darstellen und auf Sachverhalte oberhalb der Zwischenstaatlichkeitschwelle angewandt werden, wenden die Mitgliedsstaaten pflichtgemäß auch die Art. 101 und 102 AEUV an, und sind daher der Grundrechte-Charta unterworfen.

Die *ne bis in idem*-Garantie der Grundrechte-Charta ist in Art. 50 niedergeschrieben. Die Sonderpositionen Irlands, Polens, Tschechiens und des Vereinigten Königreichs in Bezug auf die Grundrechte-Charta berühren nicht die Geltung dieser Vorschrift.¹⁰³⁰ Art. 50 EGRC gilt daher einheitlich in allen EU-Mitgliedsstaaten. Die Norm lautet wie folgt:

„Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.“

Ausweislich des Wortlauts entfaltet dieses Doppelverfolungsverbot eine länderübergreifende Wirkung und sperrt nach einem Ersturteil jede weitere Verfolgung in einem (anderen) Mitgliedsstaat der Europäischen Union. Fraglich ist, wie weit der Begriff des Strafverfahrens auszulegen ist und ob neben kriminalstrafrechtlichen Verfahren auch Ordnungswidrigkeitenverfahren darunter gefasst werden können. Gegen eine Einbindung von Ordnungswidrigkeitenverfahren lässt sich vorbringen, dass die Erläuterungen des Konventpräsidiums zur Grundrechte-Charta von einem Bezug des Doppelbestrafungsverbots „auf durch ein Strafgericht verhängte Strafen“ sprechen und von einer Verwaltungsbehörde verhängte Geldbußen daher nicht erfasst zu sein scheinen.¹⁰³¹ Dieselben Erläuterungen erklären sodann aber, dass Art. 50 EGRC, abgesehen von der transnationalen Wirkung und den Ausnahmen zum Doppelverfolungsverbot, dieselbe Tragweite und dieselbe Bedeutung wie Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK haben soll, bei dem Ordnungswidrigkeitenverfahren, wie oben gesehen, eingebunden sind.¹⁰³² Dass die Rechte aus der Grundrechte-Charta in Tragweite und Bedeutung ihrem Pendant aus der EMRK mindestens

1030 Zu diesen Sonderpositionen siehe *Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 2014, Art. 6 EUV, Rn. 23 ff.

1031 *Präsidium des Konvents zur Ausarbeitung einer Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. EU 2007 Nr. C 303/17, zu Art. 50.

1032 *Präsidium des Konvents zur Ausarbeitung einer Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. EU 2007 Nr. C 303/17, zu Art. 50.

gleichkommen sollen, wird auch in der Charta selbst bekräftigt.¹⁰³³ Das EuG hat dementsprechend bereits im Rahmen der Überprüfung einer kartellrechtlichen Bußgeldentscheidung auf Art. 50 EGRC zurückgegriffen.¹⁰³⁴ Auch in der Literatur wird eine Einbindung von Ordnungswidrigkeitenverfahren überwiegend angenommen.¹⁰³⁵

Hinsichtlich des Begriffs derselben Straftat, des *idem*, ist wiederum das Gleichlaufpostulat aus den Erläuterungen des Konventpräsidiums sowie aus Art. 52 Abs. 3 EGRC zu berücksichtigen. Danach wären die zum *idem*-Begriff in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK vom EGMR in der Rechtssache *Zolotukhin* aufgestellten Auslegungsgrundsätze auch im Rahmen des Art. 50 EGRC anzuwenden und die Identität der Straftat allein anhand der den fraglichen Sanktionsentscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalten zu beurteilen. Der EuGH hat in *Van Esbroeck* die alleinige Maßgeblichkeit des Sachverhalts bei Art. 54 SDÜ jedoch ausdrücklich damit begründet, dass Art. 54 SDÜ im Unterschied zu Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK den Begriff derselben „Tat“, und nicht derselben „Straftat“ verwendet.¹⁰³⁶ Dass der EuGH bei Art. 50 EGRC, welcher wie Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls den Begriff derselben „Straftat“ verwendet, die Identität der Sachverhalte ausreichen und die in den Sanktionsentscheidungen jeweils angewandten Rechtsnormen und deren Schutzgut unbeachtet lassen wird, erscheint daher wenig wahrscheinlich. Der positiven Rechtslage entsprechend müsste sich der EuGH dennoch an die Vorgaben aus Art. 52 Abs. 3 EGRC halten und die, durch den EGMR in der Rechtssache *Zolotukhin* vollzogene Schutzvertiefung nun auch bei Art. 50 EGRC nachvollziehen.¹⁰³⁷

1033 Siehe Art. 52 Abs. 3 EGRC.

1034 EuG, Urteil vom 9.7.2003, Rs. T-223/00, Slg. 2003, II-2553, Rn. 104 - *Kyowa Hakko* und EuG, Urteil vom 29.4.2004, Rs. T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01, T-252/01, Slg. 2004, II-1181, Rn. 137 - *Tokai Carbon u.a.*

1035 *Blanke*, in: *Callies/Ruffert*, 2011, Art. 50 EGRC, Rn. 4; *Eser*, in: *Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2014, Art. 50 EMRK, Rn. 8; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2013, Art. 50, Rn. 5 sowie *Wils*, in: *Ehlermann/Atanasiu*, European Competition Law Annual 2002, 2003, S. 433, 448 f.

1036 EuGH, Entscheidung vom 9.3.2006, Rs. C-436/04, Slg. 2006, I-2333, Rn. 28 - *Van Esbroeck*.

1037 Siehe auch *Wils*, Principles of European Antitrust Enforcement, 2005, S. 106 ff. und *ders.*, 26 World Competition 131, 146 (2003).

1.6. Die *ne bis in idem*-Garantie in der Verbürgung als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts

Die Geltung des Grundsatzes *ne bis in idem* wurde erstmals - wenn auch nur implizit - in der Rechtssache *Gutmann* vom EuGH anerkannt.¹⁰³⁸ Eine ausdrückliche Anerkennung als allgemeiner Rechtsgrundsatz der Europäischen Union (früher: Europäische Gemeinschaft) erfolgte dann in der kartellrechtlichen Sache *Limburgse Vinyl Maatschappij*.¹⁰³⁹ Die allgemeinen Rechtsgrundsätze gelten auch nach der, mit dem Vertrag von Lissabon eingetretenen Verbindlichkeit der Grundrechte-Charta fort.¹⁰⁴⁰

Im Hinblick auf die transnationale Geltung dieser *ne bis in idem*-Garantie ist zu bemerken, dass der EuGH das *ne bis in idem*-Prinzip in der Form des allgemeinen Rechtsprinzips der Union wiederholt in Konstellationen geprüft hat, in denen ein Unternehmen zugleich von einer mitgliedsstaatlichen Kartellbehörde und der Europäischen Kommission verfolgt wurde.¹⁰⁴¹ Aus dem Umstand, dass die Unionsgerichte einen Verstoß gegen dieses *ne bis in idem*-Prinzip in keiner dieser Entscheidungen mit der Begründung verneint haben, dass die Kommission und die Mitgliedsstaaten zwei getrennte Sanktionsgewalten seien, lässt sich schließen, dass das Doppelbestrafungsverbot in der Form des allgemeinen Rechtsgrundsatzes auch die vertikale, innerunionale Dimension erfasst. Dass der Grundsatz auch im Verhältnis mehrerer mitgliedsstaatlicher Wettbewerbsbehörden zueinander, also in der horizontalen Dimension, anwendbar ist, hat der EuGH in der *Toshiba*-Entscheidung implizit bestätigt.¹⁰⁴² Keinen Schutz gewährt diese *ne bis in idem*-Verbürgung jedoch im Falle des Zusammen-

1038 EuGH, Entscheidung vom 15.3.1967, Rs. 18/65 und 35/65, Slg. 1967, 75 - *Gutmann*. Siehe hierzu *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 360; *Jagla*, Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen *ne bis in idem*, 2007, S. 64; *Kniebühler*, *ne bis in idem*, 2005, S. 159 und *Kruck*, *ne bis in idem*, 2009, S. 59.

1039 EuGH, Entscheidung vom 15.10.2002, Rs. C-238/99 u.a., Slg. 2002, I-8375, Rn. 59 - *Limburgse Vinyl Maatschappij*. Siehe hierzu *Jagla*, Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen *ne bis in idem*, 2007, S. 67; *Klees*, WuW 2006, 1222, 1223 und *Kruck*, *ne bis in idem*, 2009, S. 61 ff.

1040 Siehe *Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 2014, Art. 6 EUV, Rn. 58.

1041 Siehe EuGH, Entscheidung vom 13.2.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1, Rn. 3 ff. - *Walt Wilhelm u.a.* sowie EuGH, Entscheidung vom 7.1.2004, Rs. C-204/00 P u.a., Slg. 2004, I-123, Rn. 338 ff. - *Aalborg Portland u.a.*

1042 EuGH, Entscheidung vom 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 103 - *Toshiba u.a.*

treffens einer Sanktion der Kommission oder eines Mitgliedsstaats mit einer Sanktion eines Drittstaats.¹⁰⁴³

Im Hinblick auf den für die *ne bis in idem*-Garantie in Form des allgemeinen Rechtsprinzips maßgeblichen *idem*-Begriff erklärte der Gerichtshof in der Sache *Gutmann*, dass ein im damaligen Fall gegenständliches, zweites Disziplinarverfahren gegen einen Beamten der Europäischen Atomgemeinschaft nicht auf „ein und demselben Tatsachenkomplex“ beruhen dürfe, wie ein zuvor durchgeführtes Disziplinarverfahren.¹⁰⁴⁴ In der Rechtssache *Walt Wilhelm* war der EuGH dann erstmals in einem kartellrechtlichen Fall mit dem *ne bis in idem*-Prinzip befasst.¹⁰⁴⁵ Der Gerichtshof wurde gefragt, ob ein Kartell von einer mitgliedsstaatlichen Behörde nach nationalem Kartellrecht verfolgt werden dürfe, wenn die Kommission bereits bezüglich desselben Kartells ein Verfahren zur Überprüfung seiner Vereinbarkeit mit dem gemeinschaftlichen Kartellverbot eingeleitet hat. Der EuGH bejahte die Zulässigkeit solcher Parallelverfahren und verneinte damit das Vorliegen eines *idem* mit der Begründung, dass die in den Verfahren berücksichtigten Gesichtspunkte verschieden seien und sich zudem die Ziele der mitgliedsstaatlichen und gemeinschaftlichen Wettbewerbsordnungen unterscheiden.¹⁰⁴⁶ Zur Zielverschiedenheit merkte der Gerichtshof an, dass das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot „in erster Linie Hindernisse für den freien Warenverkehr auf dem Binnenmarkt beseitigen und die Einheit des Marktes bekräftigen und gewährleisten“ will.¹⁰⁴⁷

1043 EuG, Entscheidung vom 29.4.2004, Rs. T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01, T-252/01, Slg. 2004, II-1181, Rn. 135 und 136 - *Tokai Carbon u.a.*

1044 EuGH, Entscheidung vom 15.3.1967, Rs. 18/65 und 35/65, Slg. 1967, 75, S. 87 – *Gutmann*. Siehe auch *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 360; *Jagla*, Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen *ne bis in idem*, 2007, S. 64 und *Kruck*, *ne bis in idem*, 2009, S. 59.

1045 EuGH, Entscheidung vom 13.2.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1- *Walt Wilhelm u.a.* Siehe hierzu auch *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 358 f.; *Jagla*, Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen *ne bis in idem*, 2007, S. 64 f.; *Kruck*, *ne bis in idem*, 2009, S. 66 ff. und *Wils*, Principles of European Antitrust Enforcement, 2005, S. 75.

1046 EuGH, Entscheidung vom 13.2.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1, Rn. 3, 5, 9 - *Walt Wilhelm u.a.*

1047 EuGH, Entscheidung vom 13.2.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1, Rn. 5 - *Walt Wilhelm u.a.*

In der Sache *Aalborg Portland* erklärte der EuGH dann, dass die Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* sowohl die Identität des Sachverhalts, als auch die Identität des geschützten Rechtsguts erfordere.¹⁰⁴⁸ Bereits zuvor hatte er in einem anderen wettbewerbsrechtlichen Fall entschieden, dass im Rahmen der Identität des Sachverhalts nicht auf das Geflecht von Kartellvereinbarungen abzustellen sei, sondern allein auf die Identität der auf Grundlage dieser Vereinbarungen ergangenen Durchführungshandlungen und deren Auswirkungen.¹⁰⁴⁹

Im Hinblick auf die Identität des Rechtsguts erklärte das EuG, dass der Grundsatz *ne bis in idem* im Verhältnis zwischen der Europäischen Union und den USA keine Anwendung finden könne, da das Kommissionsverfahren dem Schutz des Marktes innerhalb des EWR, das amerikanische Verfahren jedoch dem Schutz des amerikanischen Heimatmarktes diene.¹⁰⁵⁰

Interessanterweise führte der EuGH auch nach seiner zu Art. 54 SDÜ ergangenen Entscheidung in *Van Esbroeck* in kartellrechtlichen Fällen seine frühere Rechtsprechung fort und wiederholte die Voraussetzungen der Identität des Sachverhalts und der Identität des Rechtsguts, ohne die Unstimmigkeiten mit der *Van Esbroeck*-Entscheidung zu erwähnen.¹⁰⁵¹

Es liegt also eine Spaltung der Geltungsvoraussetzungen dahingehend vor, dass in wettbewerbsrechtlichen Fällen höhere Anforderungen an das *idem* gestellt werden als in sonstigen Rechtsbereichen.¹⁰⁵² Auf welche Weise die, in wettbewerbsrechtlichen Fällen geforderten Merkmale der

1048 EuGH, Urteil vom 7.1.2004, Rs. C-204/00 P u.a., Slg. 2004, I-123, Rn. 338 - *Aalborg Portland u.a.* Die vom Gerichtshof fortan stets im selben Atemzug geforderte Identität des Zuwiderhandelnden betrifft nicht die Auslegung des *idem*-Begriffs und soll daher hier ausgeblendet bleiben.

1049 EuGH, Entscheidung vom 15.7.1970, Rs. 45/69, Slg. 1970, 769, Rn. 4 und 6 - *Boehringer Mannheim*. Siehe hierzu Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 8.9.2011, C-17/10, Rn. 129 - *Toshiba* und *Eilmansberger*, EWS 2004, 49, 54 f. m.w.N.

1050 EuG, Urteil vom 29.4.2004, Rs. T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01, T-252/01, Slg. 2004, II-1181, Rn. 134 - *Tokai Carbon u.a.* und EuGH, Entscheidung vom 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 97 - *Toshiba u.a.*

1051 Siehe EuGH, Entscheidung vom 18.5.2006, Rs. C-397/03 P, Slg. 2006, I-4429, Rn. 46 ff. - *Archer Daniel Midland*; EuGH, Entscheidung vom 29.6.2006, Rs. C-308/04 P, Slg. 2006, I-5977, Rn. 26 ff. - *SGL Carbon* und ganz deutlich in EuGH, Entscheidung vom 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 97 - *Toshiba u.a.*

1052 Siehe auch *Böse*, EWS 2007, 202, 204.

Identität des Sachverhalts und der Identität des geschützten Rechtsguts genau auszulegen sind, ist nicht gänzlich geklärt.

Hinsichtlich der Identität des Sachverhalts ist zu bemerken, dass der EuGH diese in der Rechtssache *Toshiba* nicht nur ungeachtet der Frage der Überlappung der Kartellvereinbarung behandelt, sondern er ebenfalls nicht nach der Überlappung der getätigten Durchführungshandlungen fragt. Abgestellt wird vielmehr einzig auf die Überlappung der absanktionierten, geographischen Kartellauswirkungen.¹⁰⁵³ Im konkreten Fall verneinte der Gerichtshof eine solche Überlappung zwischen einer Bußgeldentscheidung der Kommission und einer Bußgeldentscheidung der tschechischen Wettbewerbsbehörde.¹⁰⁵⁴ Die Sanktionsentscheidung der tschechischen Wettbewerbsbehörde war nach ihrem Wortlaut ausdrücklich auf diejenigen Kartellauswirkungen beschränkt, die in Tschechien vor dem EU-Beitritt des Landes verspürt worden waren.¹⁰⁵⁵ Dass die Kommission in ihrer Entscheidung diese Kartellauswirkungen auf Tschechien nicht mitsanktioniert hatte, machte der Gerichtshof daran fest, dass im Text der Kommissionsentscheidung in einigen Passagen speziell die Kartellauswirkungen innerhalb der, Tschechien damals noch nicht umfassenden, Europäischen Union bzw. innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums erwähnt wurden und daran, dass die Kommission bei der Bußgeldberechnung nur die Umsätze der Kartellanten innerhalb des EWR vor dem Beitritt Tschechiens berücksichtigt hatte.¹⁰⁵⁶

Im Hinblick auf das Merkmal der Identität des geschützten Rechtsguts hat der EuGH für das Verhältnis der unionalen zu den mitgliedersstaatlichen Wettbewerbsregeln wiederholt erklärt, dass diese die Kartellverstöße unter „unterschiedlichen Gesichtspunkten“ beurteilen¹⁰⁵⁷ und sich die „Anwen-

1053 EuGH, Entscheidung vom 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 102 - *Toshiba u.a.*

1054 EuGH, Entscheidung vom 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 98 ff. - *Toshiba u.a.*

1055 EuGH, Entscheidung vom 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 26 - *Toshiba u.a.*

1056 EuGH, Entscheidung vom 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 100 - *Toshiba u.a.*

1057 EuGH, Entscheidung vom 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 81 - *Toshiba u.a.*; EuGH, Entscheidung vom 13.2.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, I, Rn. 3 - *Walt Wilhelm u.a.*; EuGH, Entscheidung vom 13.7.2006, Rs. C-296/04 bis C-298/04, Rn. 38 - *Manfredi u.a.*; EuGH, Entscheidung vom 1.10.2009, Rs. C-505/07, Slg. 2009, I-8963, Rn. 50 - *Compañía Española de Comercialización de Aceite*; EuGH, Entscheidung vom 14.9.2010, Rs. C-550/07, Slg. 2010, I-8301, Rn. 103 - *Akzo Nobel u.a.*; EuGH, Entscheidung vom 10.7.1980, Rs. 253/78 und 1 bis 3/79, Slg. 1980, 2327, Rn. 15 - *Giry und Guerlain*; EuGH, Entscheidung vom 9.9.2003, Rs. C-137/00, Rn. 61 - *Milk Marque und National Farmers' Uni-*

dungsbereiche“ der Vorschriften unterscheiden.¹⁰⁵⁸ Mit den „unterschiedlichen Gesichtspunkten“ sind die Differenzen bei den Tatbestandsmerkmalen der jeweiligen Verbotsvorschriften und wohl auch die unterschiedlichen gesetzgeberischen Motive angesprochen.¹⁰⁵⁹ Was genau mit den unterschiedlichen „Anwendungsbereichen“ gemeint ist, lässt sich den bisherigen Entscheidungen nicht abschließend entnehmen. Der EuGH hat diesbezüglich jedoch wiederholt ausgeführt, dass der Anwendungsbereich der nationalen Vorschriften, anders als derjenige der unionalen Wettbewerbsregeln nicht durch das Gebot der Rücksichtnahme auf andere EU-Politiken beschränkt werde.¹⁰⁶⁰

1.7. Schlussfolgerung

Die vorstehende Darstellung der in Europa geltenden *ne bis in idem*-Garantien und der hierzu ergangenen Rechtsprechung offenbart mehrere Ungewissheiten, die für den weiteren Gang der vorliegenden Untersuchung relevant sind.

Dies betrifft zunächst die Frage, ob der EuGH, entgegen der oben entwickelten Argumentation, die *ne bis in idem*-Garantie aus Art. 54 SDÜ generell in kartellrechtlichen Fällen für unanwendbar hält. Dass er diese Norm in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht unmittelbar subsumiert hat, könnte jedoch auch darin begründet sein, dass die ihm bis heute vorgelegten, kartellrechtlichen Fälle stets eine Doppelsanktionierung von Un-

on; EuGH, Entscheidung vom 16.7.1992, Rs. C-67/91, Slg. 1992, I-4785, Rn. 11 - *Asociación Española de Banca Privada u.a.*

1058 EuGH, Entscheidung vom 14.2.2012, Rs. C-17/10, Rn. 81 - *Toshiba u.a.*

1059 Siehe EuGH, Entscheidung vom 13.7.2006, Rs. C-296/04 bis C-298/04, Rn. 38 - *Manfredi u.a.*, in der es heißt: „Sodann ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft und das nationale Wettbewerbsrecht parallel anwendbar sind, weil sie restriktive Praktiken nach unterschiedlichen Gesichtspunkten beurteilen. Während die Artikel 81 EG und 82 EG solche Praktiken wegen der Hemmnisse erfassen, die sie für den Handel zwischen Mitgliedstaaten bewirken können, geht jede der innerstaatlichen Wettbewerbsgesetzgebungen von ihren eigenen Erwägungen aus und beurteilt die Praktiken allein nach diesen“.

1060 EuGH, Entscheidung vom 1.10.2009, Rs. C-505/07, Slg. 2009, I-8963, Rn. 52 f. - *Compañía Española de Comercialización de Aceite* und EuGH, Entscheidung vom 9.9.2003, Rs. C-137/00, Slg. 2003, I-7975, Rn. 66 - *Milk Marque und National Farmers' Union*.

ternehmen betrafen und der EuGH die Norm nur auf Unternehmen für nicht anwendbar hält.¹⁰⁶¹ Denkbar ist auch, dass er Art. 54 SDÜ denselben Schutzgehalt wie der *ne bis in idem*-Verbürgung als allgemeines Rechtsprinzip beimisst und deshalb keine individuelle Prüfung der Norm vornimmt. Eine verlässliche Aussage kann hierüber jedoch nicht getroffen werden.

Unklar bleibt damit ebenso, ob der EuGH auch in Kartellverfahren gegen natürliche Personen die besondere, kartellrechtliche *idem*-Abgrenzung anwenden wird. Die im Schrifttum zur Rechtfertigung dieser kartellrechtseigenen *idem*-Abgrenzung vorgebrachten Argumente lassen sich jedenfalls nicht auf Wettbewerbsverfahren gegen Unternehmen beschränken.¹⁰⁶² Angesichts dieser Ungewissheiten in Bezug auf die Positionierung der Rechtsprechung werden die in § 4 der Arbeit darzustellenden Verwerfungen dort unter Berücksichtigung beider, für die *idem*-Abgrenzung in Frage kommenden Auslegungsalternativen behandelt.

1.8. Wissenschaftlicher Diskurs und eigene Stellungnahme

Nach der oben vorgebrachten Argumentation sind die *ne bis in idem*-Verbürgungen in Art. 50 EGRC, Art. 54 SDÜ und Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK auf das Kartellordnungswidrigkeitenrecht anwendbar.

Zu beantworten bleibt damit nunmehr die Frage, ob der kartellrechtliche Sonderweg bei der *idem*-Definition gerechtfertigt werden kann. Die diesbezügliche Debatte im Schrifttum konzentriert sich auf die *ne bis in idem*-Verbürgung als allgemeines Rechtsprinzip und dreht sich darum, ob ein allgemeines Rechtsprinzip je nach betroffenem Rechtsbereich einen unterschiedlichen Inhalt aufweisen kann. Die Generalanwältin Kokott verneint dies aufgrund der gebotenen Einheit der Unionsrechtsordnung.¹⁰⁶³ Generalanwältin Sharpston untermauert diesen Standpunkt mit dem Hinweis, dass die Geltung der *ne bis in idem*-Garantie (als allgemeines Rechtsprinzip) in Art. 6 EUV a.F. wurzelt und diese Norm in dem für alle Politikbe-

1061 Zur zweifelhaften Anwendbarkeit von Art. 54 SDÜ auf Unternehmen siehe Böse, EWS 2007, 202, 205.

1062 Zu den Argumenten siehe sogleich.

1063 Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 8.9.2011, C-17/10, Rn. 97 – *Toshiba*. Ebenfalls ablehnend, Klees, WuW 2006, 1222, 1230.

reiche geltenden Titel I des EU-Vertrags a.F. verortet ist.¹⁰⁶⁴ *Brammer* möchte hingegen eine Schwankung des Inhalts eines allgemeinen Rechtsprinzips zulassen.¹⁰⁶⁵

Für die vorliegende Untersuchung kann die Frage, ob ein allgemeines Rechtsprinzip je nach Rechtsgebiet einen unterschiedlichen Schutzbereich haben kann letztlich offenbleiben, da selbst für den Fall, dass diese Möglichkeit besteht, jedenfalls im Bereich des Kartellrechts keine sachliche Rechtfertigung für eine derartige Sonderbehandlung besteht. Soweit diesbezüglich vorgebracht wird, dass Kartelle im Unterschied zu sonstigen Delikten gerade wegen ihrer Auswirkungen geächtet wären und daher eine *idem*-Abgrenzung anhand der Auswirkungen gerechtfertigt sei, wurde dem bereits oben entgegnet, dass jedes Verhalten nur aufgrund seiner drohenden, andere Rechtsgüter gefährdenden Auswirkungen verfassungskonform untersagt werden kann.¹⁰⁶⁶ Kartelle unterscheiden sich diesbezüglich also keineswegs von sonstigen, verbotenen Verhaltensweisen. Dass sich die Staaten im Kartellrecht besonders schwer mit der Anerkennung des Grundsatz *ne bis in idem* tun, scheint vielmehr damit zusammenzuhängen, dass Kartelle anders als viele andere Delikte typischerweise Tatfolgen in mehreren Staaten herbeiführen, die Zahl der Opfer und die Höhe der Schäden in diesen Staaten beträchtlich sind und die Gefahr besteht, dass ein erstverfolgender Staat, insbesondere aufgrund industriepolitischer Einflüsse, keine für die übrigen Staaten akzeptable Entscheidung trifft. Diese, den Kartelldelikten anhaftenden Charakteristika berühren jedoch nicht die dogmatischen Wurzeln und die Legitimation des Doppelbestrafungsverbots, welche im Schutz des Betroffenen, genauer gesagt, in dessen Rechtssicherheit liegen.¹⁰⁶⁷ Für eine Schlechterstellung von Kartellsündern gegenüber sonstigen Delinquenten im Bereich des Doppelbestrafungsverbots besteht daher kein Ansatzpunkt. Der kartellrechtliche Sonderweg lässt sich daher bei natürlichen Personen jedenfalls nicht rechtfertigen.

1064 Generalanwältin Sharpston, Schlussanträge vom 15.6.2006, C-467/04, Rn. 101-103 und 156-158 – *Gasparini*.

1065 *Brammer*, Co-operation between National Competition Agencies, 2009, S. 402.

1066 Vergleiche oben § 3 E. V. 1., 1.8.

1067 Zur dogmatischen Herkunft siehe *Kniebühler*, *ne bis in idem*, 2005, S. 5 sowie auch Generalanwältin Sharpston, Schlussanträge vom 15.6.2006, C-467/04, Rn. 72 – *Gasparini*.

2. Die Pflicht zur sonstigen Berücksichtigung einer ausländischen Sanktionsentscheidung

Greift ein Doppelbestrafungsverbot nicht ein, wird die Frage der sonstigen Berücksichtigung einer in selber Sache bereits ergangenen, ausländischen Sanktionsentscheidung relevant. Wie in § 2 der Untersuchung gesehen, sehen die allermeisten nationalen Rechtsordnungen eine Anrechnung ausländischer Freiheitsstrafen und monetären Sanktionen auf das im Inland zu verhängende Strafmaß vor.¹⁰⁶⁸ Mitunter gilt dieses, im nationalen Recht verankerte Anrechnungsgebot sogar für Sanktionsentscheidungen aus nicht der EU angehörigen Drittstaaten.

Im europäischen Raum ist die Anrechnungspflicht in mehreren Rechtsquellen verbürgt.

2.1. Art. 56 SDÜ

Art. 56 SDÜ lautet wie folgt:

„Wird durch eine Vertragspartei eine erneute Verfolgung gegen eine Person eingeleitet, die bereits durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat rechtskräftig abgeurteilt wurde, so wird jede in dem Hoheitsgebiet der zuletzt genannten Vertragspartei wegen dieser Tat erlittene Freiheitsentziehung auf eine etwa zu verhängende Sanktion angerechnet. Soweit das nationale Recht dies erlaubt, werden andere als freiheitsentziehende Sanktionen ebenfalls berücksichtigt, sofern sie bereits vollstreckt wurden.“

Ob auch ordnungswidrigkeitenrechtliche Geldbußen unter dieses Anrechnungsgebot fallen, geht aus dem Normtext nicht eindeutig hervor. Die weite Formulierung „andere als freiheitsentziehende Sanktionen“ sowie die oben zu Art. 54 SDÜ vorgebrachten Argumente sprechen jedoch für ihre Einbindung. Zu beachten ist, dass Art. 56 SDÜ seinem Wortlaut nach auf Vorsanktionen aus einem anderen Vertragsstaat beschränkt ist und eine Anrechnung von Sanktionen aus Drittstaaten daher nicht geboten wird.

¹⁰⁶⁸ Siehe oben § 2 D.

2.2. Art. 3 Übereinkommen vom 25. Mai 1987 zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften über das Verbot der doppelten Strafverfolgung

Art. 3 des Übereinkommens zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften über das Verbot der doppelten Strafverfolgung ist nahezu wortgleich zu Art. 56 SDÜ. Das Übereinkommen ist noch nicht in Kraft getreten, wird jedoch zwischen allen EU-Mitgliedsstaaten mit Ausnahme von Finnland, Griechenland, Luxemburg, Schweden, Spanien und dem Vereinigten Königreich vorzeitig angewandt und gilt dann neben dem SDÜ.¹⁰⁶⁹

Angesichts der Wortlautgleichheit und der Übereinstimmung in den das Übereinkommen anwendenden Staaten sind Auslegungsunterschiede zu Art. 56 SDÜ nicht zu erwarten.

2.3. Anrechnungspflicht in der Rechtsprechung des EuGH aufgrund eines „allgemeinen Billigkeitsgedankens“

In der Rechtsprechung des EuGH spielte das Anrechnungsgebot bei strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Sanktionsentscheidungen – soweit ersichtlich – bisher nur in kartellrechtlichen Verfahren gegen Unternehmen eine Rolle. In *Walt Wilhelm* erklärte der EuGH, dass im Verhältnis zwischen Kommission und den mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden ein allgemeiner Billigkeitsgedanke die Berücksichtigung der in selber Sache bereits ergangenen Sanktion erfordere.¹⁰⁷⁰ Im Verhältnis zu Drittstaaten wurde eine Anrechnungspflicht bisher stets verneint.¹⁰⁷¹ Eine da-

1069 Siehe *Grotz*, in: *Pötz/Kreß*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Band 3, 2014, Übk von Schengen III A 3.3, Rn. 17 sowie *Kniebühler*, ne bis in idem, 2005, S. 163.

1070 EuGH, Entscheidung vom 13.2.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, I, Rn. 11 - *Walt Wilhelm u.a.*; siehe hierzu *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 22, Rn. 70 ff. und *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 2004, S. 154.

1071 Siehe EuG, Urteil vom 29.4.2004, Rs. T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01, T-252/01, Slg. 2004, II-1181, Rn. 139 ff. - *Tokai Carbon u.a.*; EuG, Urteil vom 9.7.2003, Rs. T-224/00, Slg. 2003, II-2597, Rn. 99 - *Archer Daniel Midland* und EuGH, Entscheidung vom 29.6.2006, Rs. C-308/04 P, Slg. 2006, I-5977, Rn. 33 ff. - *SGL Carbon*.

hingehende Ausdehnung des Anrechnungsgebotes in der Zukunft wird jedoch für möglich gehalten.¹⁰⁷²

Voraussetzung für das Eingreifen der Anrechnungspflicht ist die Identität des Sachverhalts, die wiederum anhand der absanktionierten Auswirkungen bestimmt wird.¹⁰⁷³

2.4. Anrechnung als Folge des Verhältnismäßigkeitsgebotes

Nach verbreiteter Auffassung entfließt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Sanktion¹⁰⁷⁴ die Pflicht, in derselben Sache bereits ergangene, ausländische Sanktionsentscheidungen bei der eigenen Sanktionszumessung durch teilweise Anrechnung zu berücksichtigen.¹⁰⁷⁵ Mitunter wird das Anrechnungsgebot, angesichts seiner Anerkennung in fast allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sogar selbst als ein dem Verhältnismäßigkeitsgebot entstammender, aber nunmehr eigenständiger allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen.¹⁰⁷⁶ Grundgedanke dieser Anschauung ist, dass die Zwecke der Sanktion teilweise bereits durch die im Ausland verhängte Sanktion erreicht werden.¹⁰⁷⁷ Das EuG hat diesbezüglich jedoch

1072 Hierfür Generalanwältin Sharpston, Schlussanträge vom 5.12.2006, C-367/05, Rn. 27 - *Norma Kraaijenbrink*. Ausdrücklich offengelassen in EuGH, Entscheidung vom 18.5.2006, Rs. C-397/03 P, Slg. 2006, I-4429, Rn. 52 - *Archer Daniel Midland* sowie in EuGH, Entscheidung vom 15.7.1970, Rs. 45/69, Slg. 1970, 769, Rn. 3 - *Boehringer Mannheim*. Die Einbeziehung von Drittstaaten für abschließend verneint haltend, *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 2008, § 6 Das Verhältnis der EG-Wettbewerbsregeln zu anderen Rechtsordnungen, Rn. 19.

1073 EuGH, Entscheidung vom 15.7.1970, Rs. 45/69, Slg. 1970, 769, Rn. 3 - *Boehringer Mannheim*. Siehe auch *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 2008, § 6 Das Verhältnis der EG-Wettbewerbsregeln zu anderen Rechtsordnungen, Rn. 19.

1074 Siehe hierzu Art. 49 Abs. 3 EGRC sowie Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 15.12.2011, C-489/10, Rn. 18 - *Bonda* und Generalanwältin Sharpston, Schlussanträge vom 5.12.2006, C-367/05, Rn. 60 - *Norma Kraaijenbrink*.

1075 Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 15.12.2011, C-489/10, Rn. 78 - *Bonda*; *Eilmansberger*, EWS 2004, 49, 53 f.; *Kuck*, WuW 2002, 689, 695 ff. Für das deutsche Recht so auch Bundesverfassungsgericht, Nichtannahme zur Entscheidung vom 4.12.2007, Rs. 2 BvR 38/06, Rn. 46 m.w.N.

1076 Generalanwältin Sharpston, Schlussanträge vom 5.12.2006, C-367/05, Rn. 55 - *Norma Kraaijenbrink*.

1077 *Eilmansberger*, EWS 2004, 49, 53 f.; *Kuck*, WuW 2002, 689, 696.

entschieden, dass die Abschreckungskraft einer von der Kommission auferlegten Geldbuße nicht in die Abhängigkeit von in Drittstaaten verhängten Sanktionen gestellt werden dürfe.¹⁰⁷⁸ Dass die Kommission auch in Fällen, in denen bereits in Drittstaaten Sanktionen verhängt wurden, einen Abschreckungszuschlag erhebt, sei daher nicht zu beanstanden.¹⁰⁷⁹ Diese Rechtsprechung ist wohl vor allem dann zu hinterfragen, wenn die im Ausland verhängte Geldbuße bereits gezahlt oder vollstreckt wurde. Dann fehlt es nämlich an der Unsicherheit des durch die ausländische Sanktion bewirkten Abschreckungseffekts.¹⁰⁸⁰ Im Hinblick auf die Erreichung des repressiven Sanktionszwecks durch die ausländische Sanktion als Grund für die Minderung der nun im Inland zu verhängenden Strafe, ist zu beachten, dass nach Ansicht der Unionsrechtsprechung jede Wettbewerbsbehörde nur die in ihrem Heimatmarkt verspürten Kartellauswirkungen bestraft. Eine Überlappung im Bereich der repressiven Sanktionszwecke wird von den Unionsgerichten daher wahrscheinlich ebenfalls verneint werden.

2.5. Schlussfolgerung

Eine Berücksichtigung von Sanktionsentscheidungen aus Drittstaaten ist in den vorgenannten, positiv-rechtlichen Verbürgungen des Anrechnungsgebots nicht vorgesehen. Eine solche ließe sich überzeugend auf die Gewährleistung des Anrechnungsgebots im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stützen. Die Unionsgerichte haben sich bislang jedoch hiergegen gesperrt.

Im Hinblick auf die Voraussetzungen erfordert die Anrechnung stets die Identität der Tat, wobei diese von den Unionsgerichten wiederum anhand der geographischen Auswirkungen abgegrenzt wird. Dass der EuGH in *Walt Wilhelm* eine Anrechnung für geboten hielt, deutet darauf hin, dass eine Teil-Identität der geographischen Auswirkungen und damit eine Teil-Identität der Tat schon ausreichend ist, um die Anrechnungspflicht auszulösen. Denn da das Bundeskartellamt in der Sache *Walt Wilhelm*, dem kar-

1078 EuG, Urteil vom 29.4.2004, Rs. T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01, T-252/01, Slg. 2004, II-1181, Rn. 147 - *Tokai Carbon u.a.*

1079 EuG, Urteil vom 29.4.2004, Rs. T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01, T-252/01, Slg. 2004, II-1181, Rn. 148 - *Tokai Carbon u.a.* Siehe hierzu auch *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Band 1. EU/Teil 1, 2012, Internationales Wettbewerbsrecht; A. Internationaler Anwendungsbereich, Rn. 71.

1080 Für eine Anrechnung von Sanktionen aus Drittstaaten auch eingehend *Eilmansberger*, EWS 2004, 49, 53 f.

tellrechtlichen Denkmuster zufolge, vermutlich nur die Inlandswirkungen berücksichtigte, das Kommissionsverfahren sich jedoch auf alle EU-weiten Kartellauswirkungen bezog, lag im Fall nur eine partielle Überschneidung der berücksichtigten, geographischen Auswirkungen vor.

VI. Sonstige Formen strafrechtlicher Zusammenarbeit innerhalb Europas

1. Verfahrensübernahme und Fallverteilung

Durch die Verankerung von transnationalen Doppelverfolgungsverboten wurde in Europa im Ergebnis eine Fallverteilung nach dem Prioritätsprinzip etabliert, denn das zuerst abgeschlossene Verfahren hindert eine spätere Verfolgung durch einen anderen Vertragsstaat. Dieses Grundgerüst eines Fallverteilungsmechanismus wird im Rechtsraum des Europarats weiter ausgekleidet durch eine Notifizierungsregel in Art. 21 des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens von 1959 und durch das Europäische Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung von 1972. Letzteres sieht vor, dass der verfahrensführende Staat jeden anderen Vertragsstaat um die Übernahme des eigenen Verfahrens ersuchen kann, wenn der Beschuldigte einen Verbindungspunkt zum ersuchten Staat besitzt oder wenn der ersuchte Staat aufgrund bestimmter, sonstiger Umstände vom ersuchenden Staat für besser zur Verfahrensführung geeignet gehalten wird.¹⁰⁸¹ Der so ersuchte Staat ist verpflichtet, eine eigene Verfahrenseinleitung zu prüfen und darf diese nur aus bestimmten, im Übereinkommen genannten Gründen ablehnen.¹⁰⁸² Die Staaten können sich mittels Erklärung jedoch das Recht vorbehalten, Verfahrensübernahmeersuchen ohne einen solchen Grund abzulehnen, wenn im Inland lediglich eine

1081 Genauer *Europarat*, Europäisches Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung, Art. 6 und 8. Siehe hierzu *Lagodny*, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz, 2001, S. 78 ff. und *Jansen*, in: *Dannecker/Jansen*, Competition Law Sanctioning, 2004, S. 257, 287 ff.

1082 Art. 9 und 11 Europäisches Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung.

Verwaltungsbehörde für die Ahndung der betreffenden Tat zuständig wäre.¹⁰⁸³ Viele Staaten haben einen solchen Vorbehalt erklärt.¹⁰⁸⁴

Das Übereinkommen wurde bisher – Stand Dezember 2014 – von 13 EU-Mitgliedsstaaten ratifiziert.¹⁰⁸⁵

Im November 2009 wurde der Rahmenbeschluss zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren erlassen, welcher mitgliedsstaatliche Parallelverfahren durch verbindliche Konsultationen vermeiden will.¹⁰⁸⁶ Nach den Regeln dieses Rahmenbeschlusses sind die zuständigen Behörden jedes Mitgliedsstaates verpflichtet, die zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedsstaates zu kontaktieren, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass dort gegen dieselbe Person wegen derselben Tat ein Strafverfahren geführt wird.¹⁰⁸⁷ Bestätigt sich dieser Verdacht, sind die zuständigen Behörden verpflichtet, in direkte Konsultationen miteinander einzutreten, um zu klären, wie die nachteiligen Folgen einer parallelen Verfahrensführung ausgeschlossen und gegebenenfalls die Verfahrenskonzentration in einem einzigen Mitgliedsstaat erreicht werden kann.¹⁰⁸⁸ Führen diese Konsultationen zu keiner Einigung, muss Eurojust mit der Sache befasst und im dortigen Rahmen weiter nach einer einvernehmlichen Lösung gesucht werden.¹⁰⁸⁹ Vor dem Hintergrund des kartellbehördlichen Fallverteilungsmechanismus ist zu bemerken, dass der Rah-

1083 Vgl. Anlage I lit. b) Europäisches Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung.

1084 Siehe *Europarat*, Europäisches Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung – Erklärungen, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=073&CM=1&DF=23/05/2012&CL=ENG&VL=1> (zuletzt abgerufen am 27.12.2014).

1085 Siehe *Europarat*, Europäisches Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung – Ratifikationen, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=073&CM=1&DF=23/05/2012&CL=ENG> (zuletzt abgerufen am 27.12.2014).

1086 Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates vom 30.11.2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren, ABl. EU 2009 Nr. L 328/42 (im Folgenden: Rahmenbeschluss Vermeidung von Kompetenzkonflikten). Kritisch hierzu *Gebbi*, 0 NJECL 11-15 (2009). Siehe auch *Schomburg/Trautmann*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe, 2012, III D 1 RB-Kompetenzkonflikte, Rn. 1-1 und *O'Kane*, in: *Beaton-Wells/Ezrachi*, Criminalising Cartels, 2011, S. 397, 413 f.

1087 Art. 5 Abs. 1 Rahmenbeschluss Vermeidung von Kompetenzkonflikten.

1088 Art. 10 Abs. 1 Rahmenbeschluss Vermeidung von Kompetenzkonflikten.

1089 Art. 12 Abs. 2 und Erwägungsgrund 14 Rahmenbeschluss Vermeidung von Kompetenzkonflikten. Näher hierzu siehe *Gless/Trautmann*, in: *Schomburg/*

menbeschluss nicht die Einführung einer zentralen Datenbank für Verfahrenseröffnungen vorsieht und damit keine Gewähr dafür bietet, dass Parallelverfahren tatsächlich erkannt werden.¹⁰⁹⁰ Anders als das kartellrechtliche Gegenstück nennt der Rahmenbeschluss auch keinerlei Kriterien für die Entscheidung, welche Behörde für einen konkreten Fall besser geeignet ist. Diesbezüglich wird lediglich bestimmt, dass alle sachdienlichen Einzelfallumstände in die Konsultation miteinbezogen werden sollen.¹⁰⁹¹ Hervorzuheben ist, dass der Rahmenbeschluss nicht auf Verfahren nationaler Wettbewerbsbehörden Anwendung findet.¹⁰⁹² Ein Konfliktpotential mit dem kartellrechtlichen Allokationsinstrument besteht daher von vornherein nicht.

2. Koordinierung der Ermittlungen, gemeinsame Ermittlungsgruppen und Ermittlungsmaßnahmen auf fremdem Staatsgebiet

2.1. Koordinierung der Ermittlungstätigkeit

Für die Koordinierung der Ermittlungstätigkeit von herausragender Bedeutung ist in Europa die Einrichtung Eurojust, zu der aus jedem EU-Mitgliedsstaat Richter, Staatsanwälte oder erfahrene Polizeibeamte dauerhaft entsendet werden.¹⁰⁹³ Erfordert ein Fall Strafverfolgungsmaßnahmen in

Lagodny/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe, 2012, III C 2 a RB-Geldsanktionen, Rn. 12.

1090 Zu Vorschlägen für ein solches europäisches Strafregister siehe *Europäische Kommission*, Mitteilung Gegenseitige Anerkennung von Endentscheidungen in Strafsachen, 26.7.2000, S. 11 und *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 195 f.

1091 Art. 11 Rahmenbeschluss Vermeidung von Kompetenzkonflikten.

1092 Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluss Vermeidung von Kompetenzkonflikten.

1093 Art. 2 Abs. 1 Beschluss 2002/187/JI des Rates vom 28. Februar 2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, ABl. EG 2002 Nr. L 63/1 in der durch den Beschluss 2003/659/JI des Rates vom 18. Juni 2003 zur Änderung des Beschlusses 2002/187/JI über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, ABl. EU 2003 Nr. L 245/44 und den Beschluss 2009/426/JI des Rates vom 16. Dezember 2008 zur Stärkung von Eurojust und zur Änderung des Beschlusses 2002/187/JI über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, ABl. EU 2009 Nr. L 138/14 geänderten Fassung (im Folgenden: Eurojust-Beschluss in der konsolidierten Fassung). Siehe zu Eurojust auch *Brodowski*, ZIS 2010, 940, 942 f.; *Mitsilegas*, EU Crimi-

mehreren Mitgliedsstaaten, kommen die entsandten Vertreter der betroffenen Länder persönlich zusammen und stimmen die Ermittlungstätigkeiten aufeinander ab.¹⁰⁹⁴ Die Zuständigkeit von Eurojust ist auf bestimmte Verbrechenkategorien begrenzt, die Kartellrechtsverstöße nicht umfassen.¹⁰⁹⁵ Auf Wunsch der nationalen Verfolgungsbehörden kann die Koordinierungsaufgabe jedoch auch bei sonstigen Straftaten durch Eurojust übernommen werden.¹⁰⁹⁶ Um seiner Aufgabenstellung gerecht werden zu können, hat Eurojust auch das Recht, einen bisher nicht verfahrensführenden Staat zur Einleitung von Ermittlungen aufzurufen oder angesichts eines Verfahrens in einem besser hierfür geeigneten Staat die Beendigung der Durchsetzungsbemühungen anzuregen.¹⁰⁹⁷

Die zwischenstaatliche Koordinierung der Strafverfolgungsarbeit wird in Europa zudem durch die Einrichtungen Interpol und Europol unterstützt. Letztere unterhält eine Datenbank, in der verdächtige Personen unter Angabe der ihnen vorgeworfenen Tat und der verfahrensführenden Behörde zusammengefasst sind.¹⁰⁹⁸ Bei Bedarf kann Europol diese verfahrensführenden Behörden ersuchen, sich mit ihren Amtskollegen aus einem anderen Mitgliedsstaat zu koordinieren.¹⁰⁹⁹ Allerdings sind Kartellrechts-

nal Law, 2009, S. 187 ff.; *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 486 ff. und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 166 ff.

1094 Art. 5a, 6 und 7 Eurojust-Beschluss in der konsolidierten Fassung. Siehe auch Art. 85 AEUV sowie *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 166.

1095 Art. 4 Abs. 1 Eurojust-Beschluss in der konsolidierten Fassung in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Europol-Beschluss. Siehe auch *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 167.

1096 Art. 4 Abs. 2 Eurojust-Beschluss in der konsolidierten Fassung.

1097 Art. 6 und 7 Eurojust-Beschluss in der konsolidierten Fassung. Siehe auch *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 166.

1098 Art. 12 Abs. 3 lit. c) Beschluss des Rates vom 6. April 2009 zur Errichtung des Europäischen Polizeiamts (Europol), ABl. EU 2009 Nr. L 121/37 (im Folgenden: Europol-Beschluss). Siehe ausführlich zu Europol *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 648 ff., *De Moor/Vermeulen*, 1 NJECL 178-198 (2010), *Mitsilegas*, EU Criminal Law, 2009, S. 161 ff., *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 484 und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 163 ff.

1099 Art. 5 Abs. 1 lit. d) Europol-Beschluss. Siehe hierzu *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2014, S. 650, *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 484 und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 164.

verstöße nicht vom Zuständigkeitskatalog von Europol umfasst.¹¹⁰⁰ Soweit Kartelldelikte mit Kriminalstrafe bedroht sind, können die zuständigen Strafverfolgungsbehörden wie bereits oben gesehen allerdings auf die Instrumente von Interpol zurückgreifen.¹¹⁰¹

2.2. Gemeinsame Ermittlungsgruppen

Auf der Ebene des Europarats findet sich eine Regelung zur Bildung gemeinsamer Ermittlungsgruppen in Art. 20 des 2. Zusatzprotokolls zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen. Danach kann eine gemeinsame Ermittlungsgruppe durch Vereinbarung der unmittelbar betroffenen Behörden eingerichtet werden.¹¹⁰² Innerhalb der EU wurde eine weitgehend übereinstimmende Bestimmung im Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union verankert.¹¹⁰³ Zudem wurde ein Rahmenbeschluss erlassen, der es Mitgliedern gemeinsamer Ermittlungsgruppen unter bestimmten Bedingungen gestattet, in ihren jeweiligen Heimatstaaten vorhandene Informationen der Ermittlungsgruppe vorzulegen und mit Zustimmung beider beteiligter Mitgliedsstaaten im Hoheitsgebiet des anderen Mitgliedsstaates Ermittlungshandlungen durchzuführen.¹¹⁰⁴

Da sich diese Instrumente jedoch nur auf strafrechtliche Ermittlungsverfahren beziehen,¹¹⁰⁵ stehen sie für die Durchsetzung des Kartellrechts nur im Verhältnis derjenigen Staaten zur Verfügung, in denen Kartellrechtsverstöße mit kriminalstrafrechtlichen Sanktionen bewehrt sind.

1100 Siehe Art. 4 Abs. 1 Europol-Beschluss in Verbindung mit dem Anhang zu diesem Beschluss.

1101 Siehe Art. 2 Interpol Constitution, <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/The-Constitution> (zuletzt abgerufen am 11.2.2013) sowie oben § 3 C. I. 2., 2.1.

1102 Art. 20 Abs. 1 Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen.

1103 Vgl. Art. 13 Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

1104 Siehe Art. 1 Abs. 6 und 9 Rahmenbeschluss 2002/465/JI des Rates vom 13.6.2002 über gemeinsame Ermittlungsgruppen, ABl. EG 2002 Nr. L 162/1.

1105 Siehe Art. 1 Abs. 1 Rahmenbeschluss über gemeinsame Ermittlungsgruppen, Art. 20 Abs. 1 Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen und Art. 13 Abs. 1 RhÜbk-EU.

2.3. Hoheitsbefugnisse auf fremdem Staatsgebiet

Die Ausübung hoheitlicher Eingriffsbefugnisse auf fremdem Staatsgebiet ist auch innerhalb Europas lediglich in Form der grenzüberschreitenden Observation und der Nacheile möglich.¹¹⁰⁶ Dabei muss stets eine auslieferungsfähige Straftat Gegenstand der grenzüberschreitenden Ermittlungsmaßnahme sein.¹¹⁰⁷ Soweit Kartellrechtsverstöße in den EU-Mitgliedsstaaten mit kriminalstrafrechtlicher Freiheitsstrafe von im Höchstmaß mindestens einem Jahr bedroht ist, wird diese Schwelle der auslieferungsfähigen Straftat erfüllt.

Von der grenzüberschreitenden Ausübung von Hoheitsbefugnissen zu trennen ist das Recht der Beamten eines um Rechtshilfe ersuchenden Staates, den in Ausführung des Rechtshilfeersuchens vollzogenen Ermittlungsmaßnahmen im ersuchten Staat beizuwohnen.¹¹⁰⁸ Dieses Teilnahmerecht besteht mitunter auch dann, wenn die Rechtshilfe für ein von einer Verwaltungsbehörde betriebenes Strafverfahren im weiteren Sinne geleistet wird.¹¹⁰⁹

3. Zwischenstaatliche Kommunikation und Unterstützung bzgl. Rechtshilfeersuchen

Innerhalb Europas bestehen mehrere zwischenstaatliche Informationsnetzwerke, welche vor allem auf die Ergreifung von verdächtigten Personen und die Lokalisierung abhanden gekommener Sachen ausgerichtet sind. Neben den Interpol-Datenbanken ist dabei das Schengener Informationssystem von besonderer Bedeutung, in das Personen- und Sachfahndungsausschreibungen aufgenommen werden, die dann von Zoll-, Polizei- und

1106 Siehe Art. 40 und 41 SDÜ sowie Art. 17 Abs. 2 des Zweiten Zusatzprotokolls zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen. Siehe hierzu *Ligeti*, Strafrechtliche Zusammenarbeit, 2005, S. 162 ff.

1107 Art. 40 und 41 SDÜ sowie Art. 17 Abs. 2 des Zweiten Zusatzprotokolls zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen.

1108 Siehe auch Art. 4 Europäisches Rechtshilfeübereinkommen i.V.m. Art. 2 des Zweiten Zusatzprotokolls zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen.

1109 Art. 4 und 1 Europäisches Rechtshilfeübereinkommen i.V.m. Art. 1 Abs. 3 Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen.

Justizbeamten abgerufen werden können.¹¹¹⁰ Daneben unterhält Europol eine eigene Datenbank, in das Informationen über abgeschlossene und gegenwärtig geführte Strafverfahren eingestellt werden.¹¹¹¹ Während die Europol Datenbank auf besonders schwere Verbrechen beschränkt ist und Kartellrechtsverstöße hiervon nicht erfasst sind,¹¹¹² ist das Schengener Informationssystem auch für Kartellrechtsverstöße offen, soweit diese mit Kriminalstrafe bedroht sind.¹¹¹³ Über diese Datenbanken hinaus bestehen Instrumente, um alle ohne Zwangsmaßnahmen für die nationalen Strafverfolgungsbehörden verfügbaren Informationen den Strafverfolgungsbehörden anderer Staaten auf Ersuchen zu übersenden.¹¹¹⁴ Die so erlangten Informationen dürfen dann jedoch grundsätzlich nicht als Beweise verwertet werden.¹¹¹⁵ Auch behalten im nationalen und unionalen Recht bestehende Preisgabeverbote hinsichtlich vertraulicher Informationen ihre Wirksamkeit.¹¹¹⁶ Zur Aufklärung von Kartelldelikten sind diese Instrumente nur einsetzbar, soweit es sich um Kartellstrafrecht im engeren Sinne han-

1110 Siehe Art. 92 ff. SDÜ für die ausschreibungsfähigen Inhalte und Art. 101 ff. SDÜ für die Zugriffsberechtigung. Zum Schengener Informationssystem siehe auch *Inhofer, in: Graf, Strafprozessordnung*, 2014, Art. 9 Rb-EuHB, Rn. 1 und *Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2013, S. 184.

1111 Art. 10 f. Europol-Beschluss. Siehe hierzu *Ambos, Internationales Strafrecht*, 2014, S. 650 und *Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2013, S. 164 f.

1112 Vgl. Art. 11 Europol-Beschluss.

1113 Vgl. die Bedingungen für die Ausschreibung von Personen in den Art. 95 ff. SDÜ.

1114 Für den Informationsaustausch von Polizei-, Zoll- und sonstigen zur Strafverfolgung zuständigen Behörden innerhalb der EU siehe Art. 2, 5 und 1 Abs. 5 Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates vom 18. Dezember 2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, ABl. EU 2006 Nr. L 386/89. Für den Informationsaustausch zwischen Polizei-behörden in allen Schengen-Staaten siehe Art. 39 SDÜ. Zum Ganzen siehe auch *Böse, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit*, 2007; *Brodowski, ZIS* 2010, 940, 952 f.; *Inhofer, in: Graf, Strafprozessordnung*, 2014, Art. 54 SDÜ, Rn. 4; *Meyer, NStZ* 2008, 188-194 und *Zöller, ZIS* 2011, 64–69.

1115 Genauer Art. 39 Abs. 2 SDÜ und Art. 1 Abs. 4 Rahmenbeschluss über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

1116 Siehe Art. 39 Abs. 1 SDÜ und Art. 1 Abs. 6 Rahmenbeschluss über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

delt.¹¹¹⁷ Im innerunionalen Rahmen wurde ferner in Bezug auf bestimmte Datensätze der sog. Grundsatz der Verfügbarkeit etabliert, demzufolge ausländische Behörden unmittelbaren, elektronischen Zugriff auf die im Inland unterhaltenen Datenbanken erhalten.¹¹¹⁸ Zentrale Voraussetzung dieser grenzüberschreitenden Datenabfrage ist, dass sie der Verfolgung einer Straftat dienen muss. Eine Datenabfrage wäre daher auch in einem, im engeren Sinne strafrechtlichen Kartellverfahren zulässig. Allerdings enthalten die, dem grenzüberschreitenden Zugriffsrecht unterliegenden Datensätze lediglich DNA-Profile, biometrische Daten und Kfz-bezogene Daten¹¹¹⁹ und dürften in Kartellverfahren daher nur selten von Nutzen sein.

Hilfestellung bei rechtlichen und tatsächlichen Problemen des förmlichen Rechtshilfeverkehrs leisten in Europa Eurojust und Europol, bei denen auch eine Vielzahl von Verbindungsbeamten aus EU-Mitglieds- und Drittstaaten stationiert ist, die sichere Auskunft über die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse im zu ersuchenden Staat geben können.¹¹²⁰ Darüber hinaus ist das Europäische Justizielle Netz (EJN) zu erwähnen, das umfassende Informationen über die Rechtshilfeordnung aller EU-Mitgliedsstaaten bereithält und mittels eines EDV-Programms die rasche Identifizierung der im Ausland für den Erlass der benötigten Rechtshilfemaßnahme zuständigen Behörde ermöglicht.¹¹²¹ Auch unterhält das EJN

1117 Art. 39 Abs. 1 SDÜ und Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 Rahmenbeschluss über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

1118 Art. 3, 4, 9 und 12 Vertrag vom 27.5.2005 über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration (im Folgenden: Vertrag von Prüm). Dieser Vertrag wurde in den Rechtsrahmen der EU überführt durch Beschluss 2008/625/JI des Rates vom 23. Juni 2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, ABl. EU 2008 Nr. L 210/12. Zum Ganzen siehe auch Zöller, ZIS 2011, 64, 67 und Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 184.

1119 Siehe Art. 3, 4, 9 und 12 Vertrag von Prüm.

1120 Siehe hierzu Joutsen, in: Aromaa/Viljanen, International Key Issues in Crime Prevention, 2006, S. 67, 67 f.; Ambos, Internationales Strafrecht, 2014, S. 651 ff.; Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, S. 487 und Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 163 ff.

1121 Siehe Beschluss 2008/976/JI des Rates vom 16.12.2008 über das Europäische Justizielle Netz, ABl. EU 2008 Nr. 348/130. Zum Europäischen Justitiellen Netz

ein gesichertes Telekommunikationssystem, das unter anderem für die Übermittlung Europäischer Ermittlungsanordnungen genutzt werden kann.¹¹²²

siehe auch *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 494 und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2013, S. 166.

1122 Siehe Erwägungsgrund 13 RL EEA.