

Christian Horstkotte | Matthias Jannausch*

Ne bis in idem im Europäischen Wettbewerbsrecht

Zugleich Besprechung der Urteile des EuGH vom 22.3.2022 in Sachen C-151/20 (Nordzucker) und C-117/20 (bpost)

Mit gleich zwei Urteilen hat der EuGH im März 2022 (in den Rechtssachen bpost und Nordzucker) den Umfang des Schutzes vor doppelter Strafverfolgung im Wettbewerbsrecht präzisiert. Konkret beleuchtete der Gerichtshof insoweit die Auswirkungen mehrerer wettbewerbsbehördlicher Verfahren in unterschiedlichen Mitgliedstaaten sowie mit unterschiedlichen Sanktionen sowie das Zusammenspiel mit anderen sektorspezifischen regulierungsbehördlichen Verfahren. Der Beitrag erläutert die Entscheidungen und die Hintergründe sowie die daraus resultierenden praxisrelevanten Fragestellungen des EU-Wettbewerbsrechts und gibt einen Ausblick auf mögliche Auswirkungen auf neue Regelungen für Digitalkonzerne.

I. Die Verfahren bpost und Nordzucker

In den treffenden Worten des Generalanwalts *Bobek* boten die Verfahren bpost und Nordzucker dem EuGH die „einzigartige Gelegenheit“, „ein zersplittertes und zum Teil widersprüchliches Mosaik“ an Regelungen zum Grundsatz *ne bis in idem* im Europäischen Wettbewerbsrecht aufzulösen und damit zusammenhängend Hinweise dazu zu geben, wie der Schutz dieses Grundsatzes aussehen sollte.¹ Der EuGH wandte nämlich bislang im Wettbewerbsrecht andere Kriterien dafür an, ob zwei Verfahren dieselbe Tat betreffen (und so möglicherweise dem Doppelbestrafungsverbot unterliegen), als in anderen Rechtsbereichen. Dem Ruf nach Vereinheitlichung ist der Gerichtshof nachgekommen, wenn auch nicht vollständig so, wie vom Generalanwalt vorgeschlagen.

Die Sachverhalte betrafen das Zusammenspiel von wettbewerbsrechtlichen Verfahren mit anderen wettbewerbsrechtlichen Verfahren sowie mit regulierungsrechtlichen Verfahren.

1. bpost

bpost ist der etablierte Postdiensteanbieter in Belgien. Im Jahr 2011 verhängte die belgische Regulierungsbehörde für den Postsektor (Institut belge des services postaux et des télécommunications) auf Grundlage sektorspezifischer Regelungen ein Bußgeld von EUR 2,3 Millionen gegen bpost, da das von bpost 2010 eingeführte Tarifsysteem gegen das Gebot der Nichtdiskriminierung verstoßen habe. Dabei wies die Regulierungsbehörde darauf hin, dass das geführte Verfahren nicht das Wettbewerbsrecht betreffe. Der Brüsseler Appellationsgerichtshof (Cour d'appel de Bruxelles) hob im März 2016 die Entscheidung der Regulierungsbehörde auf, da das Tarifsysteem nicht diskriminierend sei.

Die belgische Wettbewerbsbehörde (Autorité belge de la concurrence) verhängte 2012 ein Bußgeld von EUR 37,4 Millionen gegen bpost, da aus Sicht der Wettbewerbsbehörde die Einführung und Umsetzung des Tarifsystems den Missbrauch einer

marktbeherrschenden Stellung dargestellt habe. Der Brüsseler Appellationsgerichtshof hob im November 2016 auch die wettbewerbsbehördliche Entscheidung auf, da sie gegen den Grundsatz *ne bis in idem* verstoße, da sie denselben Sachverhalt betreffe wie die Entscheidung der Regulierungsbehörde. Dieses Urteil hob 2018 der Kassationshof (Cour de Cassation) auf und verwies die Sache zurück an den Appellationsgerichtshof, der dem EuGH anschließend zwei Fragen² zur Vorabentscheidung vorlegte.

2. Nordzucker

Nordzucker ist ein deutscher Zuckerhersteller. Im Februar 2014 verhängte die deutsche Wettbewerbsbehörde (Bundeskartellamt) ein Bußgeld von EUR 280 Millionen gegen Nordzucker und zwei weitere deutsche Zuckerhersteller (Südzucker und Pfeifer & Langen) für wettbewerbsbeschränkende Gebiets-, Quoten- und Preisabsprachen. Die Entscheidung erwähnt ein Telefonat zwischen Nordzucker und Südzucker in Bezug auf Zuckerlieferungen nach Österreich und mögliche Konsequenzen für den deutschen Zuckermarkt.

Die österreichische Wettbewerbsbehörde (Bundeswettbewerbsbehörde) brachte im September 2010 bei dem österreichischen Kartellgericht einen Antrag ein, eine Zuwiderhandlung von Nordzucker gegen Art. 101 AEUV und nationales Recht festzustellen (ohne ein Bußgeld zu verhängen, da Nordzucker einen Kronzeugenantrag gestellt hatte), und gegen Südzucker ein Bußgeld für den gleichen Verstoß zu verhängen. Die Wettbewerbsbehörde stützte die Beweiswürdigung unter anderem auf das o.g. Telefonat, auf das auch das deutsche Bundeskartellamt Bezug genommen hatte. Im Mai 2019 wies das österreichische Kartellgericht den Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde zurück, da die Vereinbarung bereits vom Bundeskartellamt geahndet worden sei, so dass eine neuerliche Ahndung gegen den Grundsatz *ne bis in idem* verstieße. Hiergegen wandte sich die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde an das oberste österreichische Gericht (Oberster Gerichtshof), welches dem EuGH anschließend vier Fragen³ zur Vorabentscheidung vorlegte.

II. Umfang von *ne bis in idem*

Die beiden Verfahren bpost und Nordzucker betrafen die Frage, in welchem Umfang der Schutz vor doppelter Strafver-

* RA Christian Horstkotte ist Partner bei Mayer Brown LLP in Düsseldorf; RA Matthias Jannausch ist Senior Associate bei Mayer Brown LLP in Frankfurt.

1 Schlussanträge des Generalanwalts Bobek 2.9.2021 – C-117/20, Rn. 6 – bpost.

2 Siehe EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 20 – bpost.

3 Siehe EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 25 – Nordzucker.

folgung im EU-Wettbewerbsrecht besteht, was der EuGH nunmehr weiter präzisiert hat.

1. Systematik und Reichweite von *ne bis in idem* im EU-Wettbewerbsrecht

Ne bis in idem ist ein „tragender Grundsatz des Unionsrechts“⁴. Er ist als solcher in Art. 50 GRCh⁵ mit dem Wortlaut niedergelegt, dass „[n]iemand ... 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 [darf]“⁶.

Das in Art. 50 GRCh enthaltene Recht entspricht dem in Art. 4 des 7. Protokolls zur EMRK⁶ vorgesehenen Recht. Nach Art. 52 Abs. 3 GRCh ist Art. 4 des 7. Protokolls zur EMRK (unbeschadet der Eigenständigkeit des Unionsrechts und des EuGH) bei der Auslegung von Art. 50 der Charta zu berücksichtigen.⁷

Ne bis in idem ist nicht allein auf Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen beschränkt, die im nationalen Recht als „strafrechtlich“ eingestuft werden.⁸ Vielmehr erstreckt sich der Grundsatz unabhängig von der innerstaatlichen Einordnung auf Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen, die „strafrechtlicher Natur“⁹ sind. Ob dies der Fall ist, bestimmt der EuGH anhand von drei Kriterien: (i) die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung, (ii) die Art der Zuwiderhandlung, und (iii) der Schweregrad der dem Betroffenen drohenden Sanktion.¹⁰

Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Grundsatz *ne bis in idem* in wettbewerbsrechtlichen Verfahren, die auf die Verhängung von Geldbußen gerichtet sind, zu beachten ist.¹¹ In der Praxis fällt die Prüfung dieses Kriteriums im Kontext von Wettbewerbssachen knapp aus; so stellt der EuGH etwa die strafrechtliche Einordnung der dem Fall *bpost* zugrundeliegenden Verfahren (also auch des regulierungsrechtlichen) als „Verfahren, die auf die Verhängung von Verwaltungssanktionen mit strafrechtlichem Charakter gerichtet sind“¹²; „nicht in Frage“¹².

In Bezug auf Kronzeugenprogramme hat der EuGH im Fall *Nordzucker* überdies klargestellt, dass auch ein Verfahren zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in dem wegen der Teilnahme des betroffenen Beteiligten am nationalen Kronzeugenprogramm ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht lediglich festgestellt (d.h. nicht sanktioniert) werden kann, dem Grundsatz *ne bis in idem* unterliegen kann.¹³ Entscheidend ist, dass es sich bei der Einleitung von Verfolgungsmaßnahmen um solche strafrechtlicher Natur handelt, unabhängig davon, ob diese tatsächlich zur Verhängung einer Sanktion führen.¹⁴ Ohnehin sei die Nichtfestsetzung einer Geldbuße im Rahmen eines nationalen Kronzeugenprogramms nur unter ganz besonderen Umständen möglich und sei kein Automatismus.¹⁵

Die Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* im Rahmen von wettbewerbsrechtlichen Verfahren unterliegt im Übrigen zwei Voraussetzungen: (i) dass es eine frühere endgültige Entscheidung gibt (Voraussetzung „bis“), und (ii) dass dasselbe wettbewerbswidrige Verhalten von der früheren Entscheidung

und von den späteren Verfolgungen oder Entscheidungen erfasst wird (Voraussetzung „idem“).¹⁶

2. Erste Voraussetzung: frühere endgültige Entscheidung („bis“)

Die frühere Entscheidung muss endgültig, d.h. rechtskräftig sein. Sie muss zudem nach einer Prüfung in der Sache ergangen sein.¹⁷ Ungenügend ist daher die Einstellung eines Verfahrens ohne Prüfung in der Sache, während ein Freispruch aus Mangel an Beweisen auf einer Prüfung in der Sache beruht und damit ausreicht.¹⁸ Genügend ist auch ein Einstellungsbeschluss nach einem Ermittlungsverfahren, in dem Beweismittel zusammengetragen und geprüft wurden.¹⁹

In *bpost* und *Nordzucker* lagen jeweils unproblematisch rechtskräftige Entscheidungen der belgischen Regulierungsbehörde bzw. der deutschen Wettbewerbsbehörde vor.

3. Zweite Voraussetzungen: dasselbe wettbewerbswidrige Verhalten („idem“)

a) Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung

Ob dasselbe wettbewerbswidrige Verhalten von der früheren Entscheidung und von der späteren Verfolgung oder Entscheidung erfasst wird, hat der EuGH in Wettbewerbssachen bislang anhand von drei Voraussetzungen beurteilt: (i) der Identität des Sachverhalts, (ii) der Identität des Zuwiderhandelnden und (iii) der Identität des geschützten Rechtsguts.²⁰

Von diesen Kriterien war das letzte eine Besonderheit des Wettbewerbsrechts.²¹ Es spielte indes in anderen Bereichen

4 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 22 – *bpost*; EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 28 – *Nordzucker*; EuGH 15.10.2002 – C-254/99 P, Rn. 59 – *Limburgse Vinyl Maatschappij u a/Kommission*.

5 Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

6 Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22.11.1984. Art. 4 bestimmt, dass niemand wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrenrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden darf.

7 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 23 – *bpost*.

8 Beispielsweise werden in Deutschland Verstöße gegen Wettbewerbsrecht als Ordnungswidrigkeiten betrachtet, vgl. § 81 ff. GWB. Nur wenige Verstöße sind (nach dem deutschen Gesetzgeber) strafrechtlicher Natur (z.B. § 298 StGB – wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen).

9 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 26 – *bpost*.

10 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 25 – *bpost*; sog. „Engel-Kriterien“, vgl. EGMR 8.6.1976, Engel u. a./Niederlande, Serie A Nr. 22, §§ 80 bis 82.

11 EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 32 mwN – *Nordzucker*.

12 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 27 – *bpost*.

13 EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 67 – *Nordzucker*.

14 EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 63 – *Nordzucker*.

15 EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 64 – *Nordzucker*.

16 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 28 – *bpost*; EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 33 – *Nordzucker*.

17 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 29; EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 34 – *Nordzucker*.

18 Vgl. EuGH 28.9.2006 – C-150/05, Rn. 60 – *Van Straaten*.

19 EuGH 5.6.2014 – C-398/12, Rn. 30 – „M“.

20 So zuletzt EuGH 25.2.2021 – C-857/19, Rn. 43 – *Slovak Telekom*.

21 Es geht zurück auf die Rechtssache EuGH 13.2.1969 – 14/68 – *Wilhelm*, wurde vom EuGH in den Rechtssachen EuGH 14.2.2012 – C-17/10 – *Toshiba* und EuGH 25.2.2021 – C-857/19 – *Slovak Telekom* bestätigt.

des Unionsrechts keine Rolle und der EuGH lies dort regelmäßig die Identität der materiellen Tat (ohne Rücksicht auf das geschützte Rechtsgut) genügen.²²

Die Anwendung des Kriteriums der Rechtsgutsidentität allein im Wettbewerbsrecht war daher heftiger Kritik ausgesetzt. Allen voran die Generalanwälte hielten die Anwendung des Kriteriums im Wettbewerbsrecht für verfehlt bzw. „der Einheit der Unionsrechtsordnung abträglich“²³ sowie mit der zunehmenden Konvergenz von EU- und nationalem Wettbewerbsrecht sowie mit der dezentralisierten Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts infolge der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 unverträglich²⁴ bzw. „übermäßig restriktiv“²⁵. Schließlich stelle etwa allein der Umstand, dass Sanktionen im Wettbewerbsrecht eine hinreichend abschreckende Wirkung haben sollten, um den Wettbewerb wirksam zu schützen, keine ausreichende Begründung dafür dar, den durch die Charta gewährleisteten Schutz im Bereich des Wettbewerbsrechts zu begrenzen.²⁶

Interessanterweise hatte Generalanwalt *Bobek* (im Gegensatz zu seinen Amtskollegen) in den Verfahren *bpost* und *Nordzucker* jeweils dafür plädiert, das Kriterium der Rechtsgutsidentität in die Prüfung des „idem“ bei Art. 50 GRCh aufzunehmen,²⁷ dies aber einheitlich in allen Bereichen des Unionsrechts und nicht als Spezifikum des Wettbewerbsrechts. Denn dieses unterscheidet sich nicht strukturell von anderen Bereichen des Unionsrechts, was die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 50 GRCh betrifft.²⁸

Von der Prüfung der „dreifachen Identität“ hat sich der EuGH mit den Urteilen in *bpost* und *Nordzucker* jedenfalls nun entfernt und das Kriterium der Rechtsgutsidentität als Teil des „idem“ aufgegeben. Die Prüfung des „idem“ bemisst sich allein nach der Identität des Zuwiderhandelnden und der Identität der Sache und liegt damit auf der Linie des EuGH in anderen Bereichen des Unionsrechts.

b) Identität des Zuwiderhandelnden

In der Praxis regelmäßig unproblematisch und knapp gehalten ist die Feststellung der Identität des Zuwiderhandelnden. In *bpost* und *Nordzucker* etwa genügte jeweils die Anmerkung, dass beide Verfahren dieselbe juristische Person betrafen.²⁹

c) Identität des Sachverhalts

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist für die Beurteilung, ob es sich um dieselbe Straftat handelt, das Kriterium der Identität der materiellen Tat maßgebend: „das Vorliegen einer Gesamtheit konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände, die zum Freispruch oder zur rechtskräftigen Verurteilung des Betroffenen geführt haben“.³⁰

Unerheblich ist dabei die rechtliche Einordnung der Tat nach nationalem Recht und das geschützte Rechtsgut für die Feststellung, ob dieselbe Straftat vorliegt, da die Reichweite des in Art. 50 GRCh gewährten Schutzes nicht von einem Mitgliedstaat zum anderen unterschiedlich sein kann.³¹ Dies gilt insbesondere auch im Bereich des Wettbewerbsrechts der Union, da die Reichweite des von Art. 50 GRCh nicht von einem Bereich des Unionsrechts zu einem anderen unterschiedlich sein kann.³²

Konkret ist die „Identität der materiellen Tat“ dabei als die Gesamtheit der konkreten Umstände zu verstehen, die sich aus Ereignissen ergeben, bei denen es sich im Wesentlichen um dieselben handelt, da dieselbe Person gehandelt hat und sie zeitlich sowie räumlich unlösbar miteinander verbunden sind.³³

Nach diesem Maßstab ist das belgische Gericht in *bpost* berufen, zu prüfen, ob der Gegenstand des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens identisch war mit dem des regulierungsbehördlichen Verfahrens.

Für das Wettbewerbsrecht betont der EuGH regelmäßig, dass sich die Frage der Wettbewerbsbeschränkung (also die Frage, ob ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag gelegt hat, mit dem eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wurde) nicht abstrakt beurteilen lässt. Vielmehr ist die Prüfung daran auszurichten, in welchem Gebiet, auf welchem Produktmarkt und in welchem Zeitraum mit dem entsprechenden Verhalten ein solcher Zweck verfolgt oder eine solche Wirkung entfaltet wurde.³⁴ *Ne bis in idem* findet demnach keine Anwendung, wenn verschiedene Verfahren jeweils auf unterschiedlichen Märkten begangene wettbewerbsrechtliche Verhaltensweisen betreffen.³⁵

In *Nordzucker* stand fest, dass sowohl die deutsche als auch die österreichische Wettbewerbsbehörde auf denselben tatsächlichen Umstand, das Telefonat zwischen *Nordzucker* und *Südzucker*, Bezug genommen hatten.

Insoweit hat der EuGH klargestellt, dass die bloße Tatsache, dass eine Behörde eines Mitgliedstaats in einer Entscheidung, mit der ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht der Union und die entsprechenden Bestimmungen des Rechts dieses Mitgliedstaats festgestellt wird, einen tatsächlichen Umstand erwähnt, der sich auf das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats bezieht, nicht für die Annahme ausreichen kann, dass dieser tatsächliche Umstand der Grund für die Verfolgungsmaßnahmen ist oder von dieser Behörde als einer der Umstände angesehen wurde, die diesen Verstoß tatbestandlich

22 Vgl. insbesondere EuGH 20.3.2018 – C-524/15, Rn. 35 mwN – *Menci*.

23 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott 8.9.2011 – C-17/10, Rn. 117 – *Toshiba*.

24 Schlussanträge des Generalanwalts Tanchev 26.9.2019 – C-10/18P, Fn. 34 – *Marine Harvest*.

25 Schlussanträge des Generalanwalts Wahl 29.11.2018 – C-617/17, Rn. 47.

26 Schlussanträge des Generalanwalts Wahl 29.11.2018 – C-617/17, Rn. 46.

27 Schlussanträge des Generalanwalts Bobek 2.9.2021 – C-117/20, Rn. 132 – *bpost*; EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 39 – *Nordzucker*.

28 Schlussanträge des Generalanwalts Bobek 2.9.2021 – C-117/20, Rn. 164 – *bpost*.

29 EuGH 22.3.2022 – *bpost*, C-117/20, Rn. 32 – *bpost*; EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 37 – *Nordzucker*.

30 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 33 mwN – *bpost*; EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 38 mwN – *Nordzucker*.

31 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 34 – *bpost*; EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 39 – *Nordzucker*.

32 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 35 – *bpost*; EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 40 – *Nordzucker*.

33 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 37 mwN – *bpost*.

34 EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 41 – *Nordzucker*; EuGH 14.2.2012 – C-17/10, Rn. 99 – *Toshiba*.

35 Vgl. EuGH 25.2.2021 – C-857/19, Rn. 45 – *Slovak Telekom*.

begründen. Zu prüfen ist nämlich darüber hinaus, ob die besagte Behörde auf diesen tatsächlichen Umstand in der Tat eingegangen ist, um den Verstoß sowie die Verantwortlichkeit des Beschuldigten dafür festzustellen und gegebenenfalls eine Sanktion gegen ihn zu verhängen, damit davon auszugehen ist, dass der Verstoß das Hoheitsgebiet dieses anderen Mitgliedstaats umfasst.³⁶

Dementsprechend hat in Nordzucker das österreichische Gericht nun zu prüfen, ob die Entscheidung der deutschen Wettbewerbsbehörde die Feststellung und Ahndung eines Kartells zum Gegenstand hatte, das sich seinem wettbewerbswidrigen Zweck oder seiner wettbewerbswidrigen Wirkung nach im Bezugszeitraum nicht nur auf den deutschen, sondern auch auf den österreichischen Markt erstreckte.³⁷ Dabei sei insbesondere zu prüfen, ob sich die rechtlichen Beurteilungen, die die deutsche Behörde auf der Grundlage der in ihrer endgültigen Entscheidung festgestellten tatsächlichen Umstände vorgenommen hat, ausschließlich auf den deutschen Markt oder auch auf den österreichischen Zuckermarkt bezogen. Ebenfalls erheblich sei, ob die deutsche Behörde bei der Berechnung der Geldbuße auf der Grundlage des Umsatzes, der auf dem von dem Verstoß betroffenen Markt erzielt wurde, nur den in Deutschland erzielten Umsatz zugrunde gelegt hat.³⁸

4. Rechtsfolge

Soweit die Voraussetzungen des Grundsatzes *ne bis in idem* im Einzelfall angenommen werden können, würde eine Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen bzw. von Sanktionen das in Art. 50 GRCh niedergelegte Grundrecht einschränken. Eine solche kann jedoch möglicherweise gerechtfertigt sein.

In bpost und Nordzucker obliegt die Feststellung der Identität des Sachverhalts nun den nationalen Gerichten. Wenn in Nordzucker die deutsche Wettbewerbsbehörde auch Auswirkungen auf Österreich festgestellt und geahndet haben sollte,³⁹ bzw. wenn in bpost die Regulierungsbehörde und die Wettbewerbsbehörde einen identischen Sachverhalt beurteilt haben, so würde eine Doppelverfolgung bzw. -bestrafung eine Einschränkung des Grundrechts aus Art. 50 GRCh darstellen. Ohne Sachverhaltsidentität läge wiederum keine Einschränkung vor.

III. Rechtfertigung einer Einschränkung von *ne bis in idem* (Art. 52 GRCh)

Eine Einschränkung von *ne bis in idem* als in Art. 50 GRCh verbürgtem Grundrecht kann auf Grundlage von Art. 52 Abs. 1 GRCh gerechtfertigt sein.⁴⁰

Dabei muss jede Einschränkung der Ausübung der in der GRCh anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten.⁴¹ Dabei dürfen zudem Einschränkungen dieser Rechte und Freiheiten unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur dann vorgenommen werden, wenn sie (a) erforderlich sind und (b) den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernis-

sen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.⁴²

1. Gesetzlich vorgesehene Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen unter Achtung des Wesensgehalts von *ne bis in idem*

Zunächst muss die Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen gesetzlich vorgesehen sein. Diese muss jedoch den Wesensgehalt von Art. 50 GRCh wahren. Dies ist nur der Fall, wenn die nationale Regelung es nicht ermöglicht, denselben Sachverhalt aufgrund desselben Verstoßes oder zur Verfolgung desselben Ziels zu verfolgen und zu ahnden, sondern nur die Möglichkeit einer Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen aufgrund unterschiedlicher Regelungen vorsieht.⁴³

In bpost obliegt es dem nationalen Gericht zu prüfen, ob gesetzlich vorgesehen war, dass jeweils jede der Behörden (also die Regulierungsbehörde und die Wettbewerbsbehörde) tätig werden konnte und dies zu einer Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen geführt hat.⁴⁴

2. Unterschiedliche legitime Zwecke der Regelungen

Weiter müssen die jeweiligen Regelungen verschiedene, jeweils legitime Zwecke verfolgen.

Die Regelungen des EU-Wettbewerbsrechts und die entsprechenden nationalen Regelungen verfolgen jedenfalls anerkannte, dem Gemeinwohl dienende Zielsetzungen. Es handelt sich hier um der öffentlichen Ordnung zuzurechnende zwingende Bestimmungen, die Kartelle und den Missbrauch beherrschender Stellungen verbieten und die das für das Funktionieren des Binnenmarkts unerlässliche Ziel verfolgen, zu garantieren, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt nicht verfälscht wird.⁴⁵

36 EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 44 – Nordzucker.

37 EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 45 – Nordzucker.

38 EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 46 – Nordzucker.

39 Eine solche Feststellung erscheint tatsächlich fraglich. Nach Ansicht der österreichischen Wettbewerbsbehörde seien bei der Geldbuße, die mit der endgültigen Entscheidung der deutschen Wettbewerbsbehörde verhängt wurde, die Auswirkungen des Kartells in Österreich nicht berücksichtigt worden. Laut dem Vizepräsidenten der deutschen Wettbewerbsbehörde würden mit den Entscheidungen der deutschen Wettbewerbsbehörde grundsätzlich nur wettbewerbswidrige Auswirkungen in Deutschland geahndet. Allein das österreichische Kartellgericht habe wegen der besonderen Bedeutung, die dem streitigen Telefonat in der endgültigen Entscheidung der deutschen Wettbewerbsbehörde beigemessen worden sei, das Gegenteil angenommen. Vgl. EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 23 – Nordzucker.

40 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 40 – bpost; EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 49 – Nordzucker.

41 Vgl. Art. 52 Abs. 1 Satz 1 GRCh.

42 Vgl. Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRCh.

43 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 43 – bpost.

44 Dies scheint jedenfalls nach Aktenlage der Fall gewesen zu sein. Vgl. EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 42 – bpost.

45 Vgl. EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 51 m.w.N. für Art. 101 AEUV – Nordzucker; EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 46 m.w.N. für Art. 102 AEUV – bpost.

In *bpost* stellte der EuGH auch einen legitimen Zweck der sektorspezifischen Regelungen für die Liberalisierung des Binnenmarktes für Postdienste fest.⁴⁶

Entsprechend hielt es der EuGH auch für legitim, dass ein Mitgliedstaat, um zu gewährleisten, dass der Prozess der Liberalisierung eines Marktes bei gleichzeitiger Sicherstellung seines reibungslosen Funktionierens fortschreitet, Verstöße gegen die sektorspezifische Regelung zur Liberalisierung des betreffenden Marktes und gegen die im Wettbewerbsrecht anwendbaren Vorschriften ahndet.⁴⁷

3. Verhältnismäßigkeit der Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen

Zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darf die in der nationalen Regelung vorgesehene Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der mit der Regelung verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist.⁴⁸

Dabei können zwei Verfahren, die unterschiedliche legitime Ziele verfolgen und deren kumulierter Schutz legitim ist, dann eine Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen rechtfertigen, wenn die Verfahren komplementär sind und die zusätzliche Belastung der Kumulierung durch die beiden verfolgten Ziele gerechtfertigt werden kann.⁴⁹

Für das Wettbewerbsrecht auf der einen und die sektorspezifischen Regelungen auf der anderen Seite kommt für den EuGH das dem Gemeinwohl dienende Ziel der Sicherstellung der wirksamen Anwendung beider Regelungen in Betracht, wenn diese jeweils verschiedene legitime Ziele verfolgen.⁵⁰

In *bpost* obliegt es nun dem belgischen Gericht, festzustellen, ob die Kumulierung der Sanktionen dadurch gerechtfertigt sein kann, dass mit den von den Behörden eingeleiteten Verfolgungsmaßnahmen komplementäre Zwecke verfolgt werden, die allerdings verschiedene Aspekte desselben rechtswidrigen Verhaltens betreffen.⁵¹

Eine solche Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen ist indes nur gerechtfertigt, wenn sie zwingend erforderlich ist. Hier ist nach dem EuGH zu prüfen, ob es klare und präzise Regeln gibt, anhand derer sich vorhersehen lässt, bei welchen Handlungen und Unterlassungen eine Kumulierung in Frage kommt, und die eine Koordinierung zwischen den verschiedenen Behörden ermöglichen. Zudem ist zu prüfen, ob die beiden Verfahren in hinreichend koordinierter Weise und in einem engen zeitlichen Zusammenhang geführt wurden und ob die gegebenenfalls im Rahmen des chronologisch zuerst geführten Verfahrens verhängte Sanktion bei der Bestimmung der zweiten Sanktion berücksichtigt wurde, so dass die Belastungen, die sich aus einer solchen Kumulierung für die Betroffenen ergeben, auf das zwingend Erforderliche beschränkt bleiben und die Gesamtheit der verhängten Sanktionen der Schwere der begangenen Straftaten entspricht.⁵²

In *bpost* muss das Gericht insbesondere prüfen, ob die beiden Verfahren tatsächlich hinreichend koordiniert und in einem engen zeitlichen Zusammenhang geführt wurden und ob die

erste Sanktion entsprechend bei der Festsetzung der zweiten Sanktion berücksichtigt wurde.⁵³

Für wettbewerbsrechtliche Verfahren hat der EuGH ausgeführt, dass eine Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen auch im Fall zweier Verfahren nationaler Wettbewerbsbehörden nur gerechtfertigt sein kann, wenn zur Erreichung des betreffenden Ziels mit diesen Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen komplementäre Zwecke verfolgt werden, die gegebenenfalls verschiedene Aspekte desselben rechtswidrigen Verhaltens betreffen.⁵⁴

Insoweit muss zunächst die Rolle der mitgliedstaatlichen Behörden bei der Wahrung des EU-Wettbewerbsrechts⁵⁵ berücksichtigt werden. Daraus folgt für Fälle, in denen zwei nationale Wettbewerbsbehörden denselben Sachverhalt verfolgen und ahnden, um die Beachtung des nationalen und des EU-Kartellrechts sicherzustellen, dass diese beiden Behörden somit dieselbe dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung verfolgen, nämlich zu gewährleisten, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt nicht durch Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte wettbewerbswidrige Verhaltensweisen verfälscht wird.⁵⁶

Daher sieht der EuGH in *Nordzucker* bei parallelen wettbewerbsbehördlichen Untersuchungen zweier Mitgliedsstaaten (bei einer Identität der Sache) keine Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 52 Abs. 1 GRCh, da die Behörden keine komplementären Zwecke verfolgen.⁵⁷

IV. Bewertung und Ausblick

1. Zu begrüßen ist zunächst, dass der EuGH das „zersplitterte Mosaik“ an Regelungen zum Grundsatz *ne bis in idem* im Europäischen Wettbewerbsrecht aufgelöst und

46 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 45 mwN – *bpost*.

47 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 47 mwN – *bpost*.

48 EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 48 mwN – *bpost*. Soweit mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen ist die am wenigsten belastende zu wählen, und die durch sie bedingten Nachteile müssen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.

49 Vgl. EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 49 – *bpost*.

50 Vgl. EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 50 – *bpost*.

51 Vgl. EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 50 – *bpost*.

52 Vgl. EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 51 m.w.N. – *bpost*.

53 Vgl. EuGH 22.3.2022 – C-117/20, Rn. 54 ff. – *bpost*.

54 EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 52. – *Nordzucker*.

55 Dies ergibt sich insbesondere aus Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung Nr. 1/2003, die eine enge Verbindung zwischen dem Kartellverbot in Art. 101 AEUV und den entsprechenden Vorschriften des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts herstellt. Wenn die nationale Wettbewerbsbehörde die Vorschriften des einzelstaatlichen Rechts, mit denen Kartelle verboten werden, auf eine Vereinbarung zwischen Unternehmen anwendet, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 101 AEUV beeinträchtigen kann, ist sie nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung Nr. 1/2003 verpflichtet, parallel dazu auch Art. 101 AEUV anzuwenden. Hieraus ergibt sich im Licht des achten Erwägungsgrundes der Verordnung Nr. 1/2003, dass die Anwendung der Bestimmungen des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts nicht zum Verbot von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV führen darf, wenn sie nicht auch nach dieser Bestimmung verboten sind. Sie darf mit anderen Worten nicht zu einem anderen Ergebnis führen, als es sich aus der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV ergäbe. Vgl. EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 53–55 – *Nordzucker*.

56 EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 56 – *Nordzucker*.

57 EuGH 22.3.2022 – C-151/20, Rn. 57 – *Nordzucker*.

- dem Rechtsanwender klare Hinweise zu dessen Anwendung gegeben hat.
2. Die Aufgabe des Kriteriums der Rechtsgutsidentität als besonderes Kriterium des Wettbewerbsrechts ist richtig, da es für die unterschiedliche Behandlung schlicht keinen Grund gab.
 3. Die Klarstellung, dass *ne bis in idem* auch in Verfahren zu einem nationalen Kronzeugenprogramm gilt, ist ebenso richtig (und in der Sache wenig überraschend).
 4. Auch wenn Systematik und Umfang des Schutzes des Grundsatzes *ne bis in idem* nun hinreichend klar gegliedert sind, so sind in der Praxis dennoch teilweise unbefriedigende Ergebnisse für den Rechtsanwender und die beteiligten Unternehmen zu erwarten.
 5. Insbesondere die vom EuGH aufgestellten Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen tragen sicherlich zur Rechtssicherheit bei, indem sie insbesondere klare und präzise Regeln fordern, anhand derer sich vorhersehen lässt, bei welchen Handlungen und Unterlassungen eine Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen in Frage kommt. Die Prüfung orientiert sich aber auch an der Durchführung und am Ergebnis der jeweiligen Verfahren,⁵⁸ so dass eine abschließende Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit regelmäßig erst dann getroffen werden kann, wenn beide Verfahren abgeschlossen sind.
 6. Dies ist problematisch, da *ne bis in idem* nicht nur die Doppelbestrafung, sondern auch die Doppelverfolgung verbietet. Die Funktion, neue Verfahren zur selben Sache präventiv zu verhindern, wird künftig damit wohl dem Ausnahmefall vorbehalten sein. Generalanwalt Bobek hat diese Verhältnismäßigkeitsprüfung zutreffend als „nachträglich korrektive Prüfung“ bezeichnet, die lediglich ein nachträglicher Schutz vor der Unverhältnismäßigkeit kombinierter oder kumulierter Sanktionen und kein Schutz vor Doppelbestrafung ist.⁵⁹
 7. Für Unternehmen bedeuten die beiden Urteile insbesondere, dass parallele Verfahren von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden über ein und denselben Sachverhalt und damit eine doppelte Haftung wahrscheinlicher werden, da sie einfacher zu rechtfertigen scheinen. Sofern das entsprechende Regulierungsrecht einen legitimen Zweck verfolgt, scheint die Begründung, dass die parallele Verfolgung zweier legitimer Zwecke verhältnismäßig ist, nach den Kriterien des EuGH nicht schwer.
 8. Ein voraussichtlich bedeutsames Feld für den Grundsatz *ne bis in idem* in Zusammenhang mit wettbewerbsrechtlichen Verfahren dürfte der Bereich der digitalen Märkte werden.
 - 8a. Hier hat zum einen der deutsche Gesetzgeber mit der 10. GWB-Novelle 2021 eine Grundlage für die Kontrolle großer Digitalkonzerne eingeführt, die eine „überragende marktübergreifende Bedeutung“ haben (auch wenn sie nicht zwingend marktbeherrschend sind). Das Bundeskartellamt muss hier zunächst eine solche Bedeutung per Entscheidung feststellen und hat dann eine Reihe von weiteren Eingriffsbefugnissen bei bestimmtem missbräuchlichem Verhalten der Digitalkonzerne.⁶⁰
 - 8b. Zum anderen ist auf Unionsebene der im März 2022 politisch beschlossene Digital Markets Act (DMA) zu nennen, der bestimmte Plattformunternehmen, die als Gatekeeper gelten, besonderen Verhaltenspflichten unterwerfen soll. Ausweislich der Erwägungsgründe soll der DMA „die Vorschriften über die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ergänzen“. Art. 1 (6) DMA-Entwurf sieht daher vor, dass das Wettbewerbsrecht unberührt bleibt. Ausdrücklich verfolgt der DMA ein Ziel, das das im Wettbewerbsrecht verankerte Ziel, den unverfälschten Wettbewerb auf jeglichen Märkten zu schützen, ergänzt, aber sich davon unterscheidet, nämlich sicherstellen soll, dass Märkte, auf denen Gatekeeper tätig sind, bestreitbar und fair sind und bleiben. Die zentrale Zuständigkeit im Rahmen des DMA soll bei der EU-Kommission liegen.
 - 8c. Inhaltlich überschneiden sich die Regelwerke teilweise. Beispielsweise dürfen Gatekeeper nach Art. 6 (5) DMA-Entwurf eigene Dienstleistungen und Produkte beim Ranking gegenüber ähnlichen Dienstleistungen oder Produkten Dritter nicht bevorzugen. Eine solche Selbstbevorzugung (sog. self-preferencing) hat die EU-Kommission bereits 2017 als Verstoß gegen Art. 102 AUEV im Fall Google Shopping⁶¹ mit EUR 2,42 Milliarden bebußt. Ebenso kann das Bundeskartellamt nach § 19 a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit a GWB Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung ein derartiges self-preferencing untersagen.⁶² Denkbar sind damit jedenfalls theoretisch parallele Verfahren der Kommission nach Wettbewerbsrecht und DMA.⁶³ Denkbar ist insbesondere aber auch ein Nebeneinander nationaler wettbewerbsrechtlicher Verfahren (z.B. nach § 19 a GWB) und Kommissionsverfahren nach dem DMA. Die formal unterschiedliche Zielsetzung und die scheinbar klare Abgrenzung vom Wettbewerbsrecht dürfte, so denn derselbe Sachverhalt untersucht wird, nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien unter Umständen für eine Rechtfertigung nach Art. 52 GRCh ausreichen. Die Entwicklung in diesem Bereich bleibt insbesondere für Digitalunternehmen daher spannend.

58 Nämlich daran, ob die beiden Verfahren in hinreichend koordinierter Weise und in einem engen zeitlichen Zusammenhang geführt wurden und ob die gegebenenfalls im Rahmen des chronologisch zuerst geführten Verfahrens verhängte Sanktion bei der Bestimmung der zweiten Sanktion berücksichtigt wurde, so dass die Belastungen, die sich aus einer solchen Kumulierung für die Betroffenen ergeben, auf das zwingend Erforderliche beschränkt bleiben und die Gesamtheit der verhängten Sanktionen der Schwere der begangenen Straftaten entspricht.

59 Schlussanträge des Generalanwalts Bobek 2.9.2021 – C-117/20, Rn. 109 – bpost.

60 Das Bundeskartellamt hat eine entsprechende Bedeutung von Amazon, Alphabet/Google und Meta bereits festgestellt.

61 Kommission, Entscheidung v. 27.6.2017, AT:39740 Google Search (Shopping); bestätigt vom EuG (T-612/17); derzeit beim EuGH anhängig (C-48/22 P).

62 Die Regelung ist ausweislich der Gesetzesbegründung im Regierungsentwurf (BT-Drs. 19/23492, 75) von Google Shopping inspiriert.

63 In der Praxis dürfte die EU-Kommission einem DMA Verfahren den Vorrang vor einem parallelen wettbewerbsrechtlichen Verfahren geben, da letzteres umfangreiche Feststellungen zu den betroffenen Märkten, der Marktposition des betroffenen Unternehmens, und den wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen erfordert, die die EU-Kommission in einem DMA Verfahren gerade nicht treffen muss.

9. Die Umsetzung durch die vorliegenden Gerichte ist ebenfalls mit Spannung zu erwarten. Bei vorsichtiger Bewertung scheint in beiden Verfahren der Grundsatz *ne bis in idem* nach der EuGH-Rechtsprechung wohl nicht verletzt zu sein.

Summary

In two recent judgments (bpost and Nordzucker) the CJEU provided clarifications on the protection against double jeopardy provided by EU law. The court specified in particular how to assess whether a duplication of proceedings and penalties of a criminal nature is lawful under EU fundamental rights in competition law proceedings. The article analyses the decisions and the legal background and explains the practical issues with respect to EU competition law and upcoming regulations in the digital sector.



Christian Horstkotte



Matthias Jannausch