

Auszug aus Hauptgutachten XX (2012/2013)

Kapitel I

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

**Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen in
Deutschland?**

Inhaltsverzeichnis

Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen in Deutschland?	86
1 Aktuelle Impulse für die Debatte um eine Kriminalisierung.....	86
2 Gegenstand einer möglichen Kriminalisierung.....	86
3 Rechtliche Rahmenbedingungen.....	87
4 Anwendungspraxis.....	90
5 Ausreichende Abschreckungswirkung des derzeitigen Sanktionensystems?.....	92
6 Präventivwirkung von Kriminalstrafen.....	96
7 Principal-Agent-Problem.....	99
8 Strafrechtsdogmatische Anforderungen und Kohärenz.....	99
9 Erfahrungen im Ausland.....	101
10 Flankierende Maßnahmen.....	102
10.1 Kronzeugen-Regelung.....	103
10.2 Settlements.....	105
10.3 Zuständigkeit und Koordination der Behörden.....	106
11 Sonstige Optionen zur Erweiterung des Sanktionensystems.....	107
11.1 Berufsverbot.....	107
11.2 Erhöhte Aufdeckungswahrscheinlichkeit durch Belohnung von Whistleblowing?.....	108
11.3 Unternehmensstrafrecht.....	111
12 Fazit.....	112

Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen in Deutschland?

1 Aktuelle Impulse für die Debatte um eine Kriminalisierung

118. Die optimale Ausgestaltung der behördlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung bildet gegenwärtig einen Schwerpunkt in der wettbewerbsrechtlichen und -politischen Diskussion in Deutschland und Europa. Die Konzeption des behördlichen Sanktionensystems, insbesondere des Ordnungswidrigkeitenrechts, ist Gegenstand breiter Diskussion in Deutschland und umfasst verfassungsrechtliche und verfahrensrechtliche Probleme¹⁵³ sowie Aspekte der Unternehmenshaftung.¹⁵⁴ Aktuelle Entwicklungen sind daneben die rechtlichen Rahmenbedingungen für die private Kartellrechtsdurchsetzung unterworfen. Zu nennen ist hier in erster Linie der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zu privaten Schadenersatzklagen bei kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen, dem das Europäische Parlament im April 2014 zugestimmt hat¹⁵⁵. Dieser Vorschlag wird von einer Empfehlung der Europäischen Kommission zu kollektiven Rechtsschutzverfahren begleitet, die sich nicht auf kartellrechtliche Sachverhalte beschränkt.¹⁵⁶

119. Teil der Diskussion um ein effektives Sanktionensystem ist in den letzten Jahren verstärkt auch die Frage, ob es im Interesse einer verbesserten Kartellrechtsdurchsetzung empfehlenswert ist, über den Submissionsbetrug hinaus andere schwerwiegende Verstöße gegen das Kartellrecht zu kriminalisieren. Eine solche Debatte hat in Deutschland bereits bei Einführung des GWB sowie in den 1970er und 1980er Jahren stattgefunden, allerdings ohne einen Niederschlag im Gesetz zu finden.¹⁵⁷ Erst im Jahr 1997 wurde mit § 298 StGB der Tatbestand des Submissionsbetrugs im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption in das deutsche Strafrecht eingeführt.¹⁵⁸ Aktuelle Impulse für Überlegungen zu einer erweiterten Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen kommen vorwiegend aus den USA, die solche Verstöße traditionell auch strafrechtlich ahnden, sowie aus einigen EU-Mitgliedstaaten, die in jüngerer Zeit entsprechende Kriminalstrafen eingeführt haben.¹⁵⁹ Auch die OECD hat sich in den letzten Jahren wiederholt mit der Thematik auseinandergesetzt.¹⁶⁰

2 Gegenstand einer möglichen Kriminalisierung

120. Die Diskussion um eine erweiterte Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen konzentriert sich auf die strafrechtliche Ahndung von sogenannten Hardcore-Kartellen, d. h. horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietskartellen. Auch die Monopolkommission hält eine Beschränkung möglicher gesetzgeberischer Maßnahmen auf Hardcore-Kartelle für sachgerecht und – aus verfassungsrechtlichen Gründen – für geboten.

¹⁵³ Vgl. Kapitel IV, Abschnitt 6; insbesondere BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell.

¹⁵⁴ Insoweit wurde das kartellrechtliche Ordnungswidrigkeitenrecht mit der im Juni 2013 in Kraft getretenen Achten GWB-Novelle weiterentwickelt. Die künftige Konzeption des Kartellbußgeldverfahrens war ebenfalls Gegenstand des Arbeitskreis Kartellrecht des Bundeskartellamts im Jahr 2012, vgl. BKartA, Kartellbußgeldverfahren zwischen deutschem Systemdenken und europäischer Konvergenz, Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 4. Oktober 2012.

¹⁵⁵ Richtlinie 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, vorl. Fassung der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. April 2014, P7_TA-PROV(2014)0451.

¹⁵⁶ EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013 Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201 vom 26. Juli 2013, S. 60.

¹⁵⁷ Vgl. Dreher, WuW 2011, S. 232, 233 Fn. 11 m. w. N.

¹⁵⁸ Gesetz vom 13. August 1997, BGBl. I, S. 2038.

¹⁵⁹ Kriminalstrafen wurden z. B. in Irland und dem Vereinigten Königreich eingeführt; allerdings gibt es auch Tendenzen zur Dekriminalisierung, z. B. in Österreich und den Niederlanden.

¹⁶⁰ Vgl. OECD, Policy Roundtables 2003 Cartel Sanctions against Individuals, DAF/COMP(2004)39, 10. Januar 2005.

121. Zum einen besteht allgemeine Übereinstimmung hinsichtlich der besonders hohen Schädlichkeit derartiger Kartelle, die daher in sämtlichen Kartellrechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten, im Recht der Europäischen Union und in vielen anderen Rechtsordnungen verboten sind. Zum anderen wird mit der ausschließlichen Androhung strafrechtlicher Sanktionen auf horizontale Hardcore-Kartelle der Gefahr einer Überregulierung begegnet. Bejaht man das Potenzial von Kriminalstrafen für eine erhöhte Abschreckungswirkung, könnte die Gefahr bestehen, dass sich Unternehmensverantwortliche aus Angst vor strafrechtlichen Konsequenzen auch von legalen, wettbewerblich effizienten Verhaltensweisen abschrecken lassen. Eine solche Gefahr ist besonders dann gegeben, wenn die Abgrenzung von legalen und illegalen Verhaltensweisen schwierig ist. Dies ist im Bereich der vertikalen Vereinbarungen, aber auch bei einseitigen Verhaltensweisen im Bereich der Missbrauchsaufsicht anzunehmen. Entsprechende Schwierigkeiten treten indes bei horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietskartellen nicht auf. Insoweit gibt es keine rechtlichen Graubereiche, vielmehr besteht bei Hardcore-Kartellen allgemein hinreichende Klarheit bezüglich ihrer Rechtswidrigkeit. Die Beschränkung einer strafrechtlichen Ahndung auf besonders schwerwiegende Kartellrechtsverstöße hätte den weiteren Vorteil, dass umfangreiche wirtschaftliche Abwägungsprozesse im Rahmen des Strafprozesses vermieden werden.

122. Bei einer Kriminalisierung von Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht ist darüber hinaus das in Art. 103 Abs. 2 GG festgelegte Gebot der Gesetzesbestimmtheit zu berücksichtigen. Der Garantiegehalt der Bestimmung umfasst im Einzelnen den Vorbehalt des Gesetzes (*nulla poena sine lege*), das Bestimmtheitsgebot, das Analogieverbot sowie ein generelles Rückwirkungsverbot. Insbesondere kann eine Tat nur dann bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Daraus folgt auch, dass für jedermann erkennbar sein muss, welche Rechtsfolgen sich aus seinem Verhalten ergeben können. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist eine Beschränkung strafrechtlicher Verfolgung auf Hardcore-Kartelle angezeigt. Rechtsanwender sehen sich in Bezug auf solche Kartelle weder mit unbestimmten Rechtsbegriffen noch mit rechtlichen Graubereichen konfrontiert, Unsicherheiten über das Verbot derartiger Verhaltensweisen können daher nicht aufkommen.

123. Weiterhin folgt aus dem Bestimmtheitsgebot, dass eine Verweisung im StGB auf materielles Kartellrecht wie bei § 81 GWB nicht möglich sein dürfte. Vielmehr müssten autonome Straftatbestände formuliert werden, die eine enumerative Aufzählung verbotener Verhaltensweisen enthalten. Auch insoweit ist eine Beschränkung der strafrechtlichen Ahndung auf Preisabsprachen, Gebiets- und Kundenaufteilungen vorzugswürdig. Schließlich erscheint eine solche Begrenzung wegen des grundsätzlich geltenden Verfolgungszwangs bei Straftaten (Legalitätsprinzip) sachgerecht.

3 Rechtliche Rahmenbedingungen

124. Das europäische Kartellrecht unterscheidet in der VO 1/2003 zwischen Entscheidungen und Sanktionen.¹⁶¹ Die Europäische Kommission kann bei Verletzungen der Art. 101 und 102 AEUV zum einen Entscheidungen nach Art. 7 ff. der Verordnung treffen, z. B. eine Zuwiderhandlung feststellen, einstweilige Maßnahmen treffen und Verpflichtungszusagen für bindend erklären. Zum anderen ergibt sich aus Art. 23 und 24 der Verordnung die Befugnis der Europäischen Kommission, bei kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen Geldbußen und Zwangsgelder zu verhängen. Geldbußen können gemäß Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 nur gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen festgesetzt werden, nicht jedoch gegen natürliche Personen. Die Geldbußenentscheidungen der Europäischen Kommission haben nach Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 ausdrücklich „keinen strafrechtlichen Charakter“.

125. Mit Geldbußen bis zu zehn Prozent des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes können insbesondere Verletzungen von Art. 101 und 102 AEUV verfolgt werden. Verletzungen von Aus-

¹⁶¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1.

kunfts- und ähnlichen Pflichten unterliegen Geldbußen bis zu einem Prozent des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes. Die Europäische Kommission hat Leitlinien für die Festsetzung von Geldbußen aufgestellt.¹⁶² 2006 veröffentlichte sie ferner eine Mitteilung zu Geldbußenerlass und -ermäßigung (leniency-, Kronzeugenregelung).¹⁶³ Mitte 2008 folgten eine Verordnung und eine Mitteilung zur Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen (Settlements).¹⁶⁴

126. Das europäische Recht überlässt den einzelnen Mitgliedstaaten die Wahl und Ausgestaltung der kartellrechtlichen Sanktionen auf nationaler Ebene. Nach Art. 5 der VO 1/2003 können die mitgliedstaatlichen Behörden Verstöße gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot unter anderem mittels Geldbußen, Zwangsgeldern oder sonstigen im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Sanktionen ahnden. Strafrechtliche Maßnahmen sind hiernach nicht ausgenommen.¹⁶⁵ Auch aus Art. 12 Abs. 3 der VO 1/2003, mit dem die Möglichkeiten zum Informationsaustausch zwischen Europäischer Kommission und den Mitgliedstaaten in bestimmten Fällen eingeschränkt werden, lässt sich die Zulässigkeit strafrechtlicher Sanktionen im Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten ableiten. Nach dieser Bestimmung dürfen ausgetauschte Informationen nur als Beweismittel verwendet werden, um Sanktionen gegen natürliche Personen zu verhängen, wenn das Recht des übermittelnden Mitgliedstaats ähnlich geartete Sanktionen vorsieht oder bei der Erhebung der Informationen die Verteidigungsrechte der Personen in gleicher Weise gewahrt wurden wie nach dem für die empfangende Behörde geltenden innerstaatlichen Recht. Im letzteren Fall dürfen die Informationen allerdings von der empfangenden Behörde nicht genutzt werden, um Haftstrafen zu verhängen. Bereits heute werden Kartellrechtsverletzungen in einer Reihe von Mitgliedstaaten (auch) strafrechtlich verfolgt. In Deutschland ist der Tatbestand des Submissionsbetrugs unter Kriminalstrafe gestellt.

127. In Deutschland werden Kartellrechtsverstöße regelmäßig im Wege des Verwaltungsverfahrens und des Ordnungswidrigkeitenverfahrens, ausnahmsweise auch strafrechtlich geahndet. Im Verwaltungsverfahren können das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden unter anderem Abstellungsverfügungen nach § 32 GWB erlassen und den wirtschaftlichen Vorteil, den ein Unternehmen kartellrechtswidrig erlangt hat, gemäß § 34 GWB abschöpfen. Im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenverfahrens nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) und den §§ 81 ff. GWB können die Kartellbehörden – Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden – bei vorsätzlichen und fahrlässigen Zuwiderhandlungen gegen kartellrechtliche Vorschriften Geldbußen auferlegen.¹⁶⁶ Eine Ausnahme gilt für Submissionsabsprachen, die strafrechtlich geahndet werden können (§§ 298, 263 StGB).

128. Die Vorschrift des § 81 GWB benennt die Kartellrechtsverletzungen, die eine Ordnungswidrigkeit darstellen. Zu den schwerwiegenden Verstößen gehören insbesondere Zuwiderhandlungen gegen die Art. 101 und 102 AEUV sowie die §§ 1, 19, 20 Abs. 1 bis 3 Satz 1 oder Absätze 5 und 29 Satz 1 GWB. Einen schwerwiegenden Verstoß begeht auch, wer gegen das bei Zusammenschlüssen geltende Vollzugsverbot gemäß § 41 GWB verstößt. Weniger schwerwiegende Tatbestände sind z. B. erfüllt, wenn Auskunfts- oder Anzeigepflichten verletzt wurden.

129. Täter können nach dem OWiG nur natürliche Personen sein; dies sind bei den Tatbeständen des GWB, die sich an Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen richten, gemäß § 9 OWiG die Inhaber, Organe,

¹⁶² EU-Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. EU C 210 vom 1. September 2006, S. 2.

¹⁶³ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. EU C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 17.

¹⁶⁴ Verordnung (EG) Nr. 622/2008 der Kommission vom 30. Juni 2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen, ABl. EU L 171 vom 1. Juli 2008, S. 3 sowie Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl. EU C 167 vom 2. Juli 2008, S. 1.

¹⁶⁵ Vgl. Wils, W., *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford 2008, Tz. 515 ff.

¹⁶⁶ Die Auferlegung von Zwangsgeldern kann gemäß § 86a GWB im Rahmen der Vollstreckung von Anordnungen der Kartellbehörden erfolgen.

Organmitglieder, Vertreter und Beauftragte der Unternehmen. Eine Haftung besteht nach § 130 OWiG auch für die Verletzung von Aufsichtspflichten. Eine Zurechnung zum Unternehmen, die zu einer Unternehmensgeldbuße führt, erfolgt über § 30 OWiG. Anders als im europäischen Recht können nach deutschem Recht demnach neben juristischen Personen und Personenvereinigungen auch natürliche Personen mit Geldbußen belegt werden. Nach § 47 Abs. 1 OWiG gilt das Opportunitätsprinzip, d. h. die Verfolgung eines Verstoßes liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Die Verfahrensregelungen des OWiG werden durch die §§ 81 ff. GWB ergänzt bzw. modifiziert.

130. Die Untergrenze des gesetzlichen Bußgeldrahmens ergibt sich aus § 17 Abs. 1 OWiG und beträgt einheitlich EUR 5. Die schwerwiegenden Verstöße werden gegenüber natürlichen Personen mit Geldbußen bis zu EUR 1 Mio. geahndet, § 81 Abs. 4 Satz 1 GWB. Im Fall von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen kann die Geldbuße gemäß § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB über diesen Betrag hinaus bis zu zehn Prozent des jeweils im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes betragen. Bei fahrlässiger Zuwiderhandlung liegt die Obergrenze gemäß § 17 Abs. 2 OWiG bei der Hälfte des angedrohten Höchstbetrages, bei schwerwiegenden Verstößen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen also bei fünf Prozent des erzielten Gesamtumsatzes. Die sonstigen Ordnungswidrigkeiten sind mit einem Bußgeld von bis zu EUR 100.000 bewehrt.

131. Die gesetzlichen Vorschriften werden durch allgemeine Verwaltungsgrundsätze des Bundeskartellamtes ergänzt. Hier ist in erster Linie die Bonusregelung des Amtes aus dem Jahr 2006 zu nennen (leniency-, Kronzeugenregelung).¹⁶⁷ Daneben hat das Amt im Jahr 2006 Leitlinien für die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB veröffentlicht, die es im Juni 2013 in überarbeiteter Form veröffentlicht hat.¹⁶⁸ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, ein Bußgeldverfahren durch eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung (Settlement) abzuschließen. Ein Merkblatt vom Dezember 2013 erläutert die Rahmenbedingungen für ein solches Settlement.¹⁶⁹

132. Die Submissionsabsprache ist als einziger Kartellrechtsverstoß in Deutschland mit Strafe bewehrt. Der eigenständige Tatbestand des § 298 StGB sieht für „Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen“ eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor und gilt für Taten seit dem 20. August 1997. Daneben ist der Betrugstatbestand des § 263 StGB anwendbar. Die Regelung in § 298 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt vermeidet jedoch die bei § 263 StGB auftretenden Schwierigkeiten hinsichtlich der Beweisbarkeit des Vermögensschadens und der Täuschungshandlung. Mögliche Täter sind ausschließlich natürliche Personen.

133. Zuständig für die strafrechtliche Verfolgung sind die Staatsanwaltschaften und die Strafgerichtsbarkeit. Führt die Kartellbehörde in derselben Sache Untersuchungen durch, muss sie das Verfahren gemäß § 41 Abs. 1 OWiG an die Staatsanwaltschaft abgeben. Nach § 82 GWB bleiben die Kartellbehörden allerdings für das Verfahren wegen der Festsetzung der Unternehmensgeldbuße auch dann zuständig, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine natürliche Person wegen einer strafrechtlichen Anknüpfungstat ermittelt. Im Strafverfahren gilt das Legalitätsprinzip, d. h. die Staatsanwaltschaft ist verpflichtet, bei hinreichenden Anhaltspunkten zu ermitteln. Im Unterschied zur Kartellbehörde verfügt die Strafverfolgungsbehörde über weiter-

¹⁶⁷ Vgl. BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006. Auch die Landeskartellbehörden haben entsprechende Bonusregelungen veröffentlicht, vgl. für die Landeskartellbehörde NRW, http://www.wirtschaft.nrw.de/wirtschaft/strukturfoerderung/foerderung_von_regionen/_pdf_container/Bonusregelung_NRW.pdf, für die Landeskartellbehörde Bayern, http://www.bayerische-landeskartellbehoerde.de/fileadmin/user_upload/landeskartellbehoerde/Dokumente/Veroeffentlichungen/Bonusregelung_2006.pdf; jeweils Abruf am 24. Juni 2014.

¹⁶⁸ Vgl. BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, Bekanntmachung vom 25. Juni 2013.

¹⁶⁹ Vgl. BKartA, Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes in Bußgeldsachen, Merkblatt vom 23. Dezember 2013.

gehende Befugnisse, denen wiederum ausgeprägtere Verfahrensrechte des mutmaßlichen Täters gegenüberstehen.

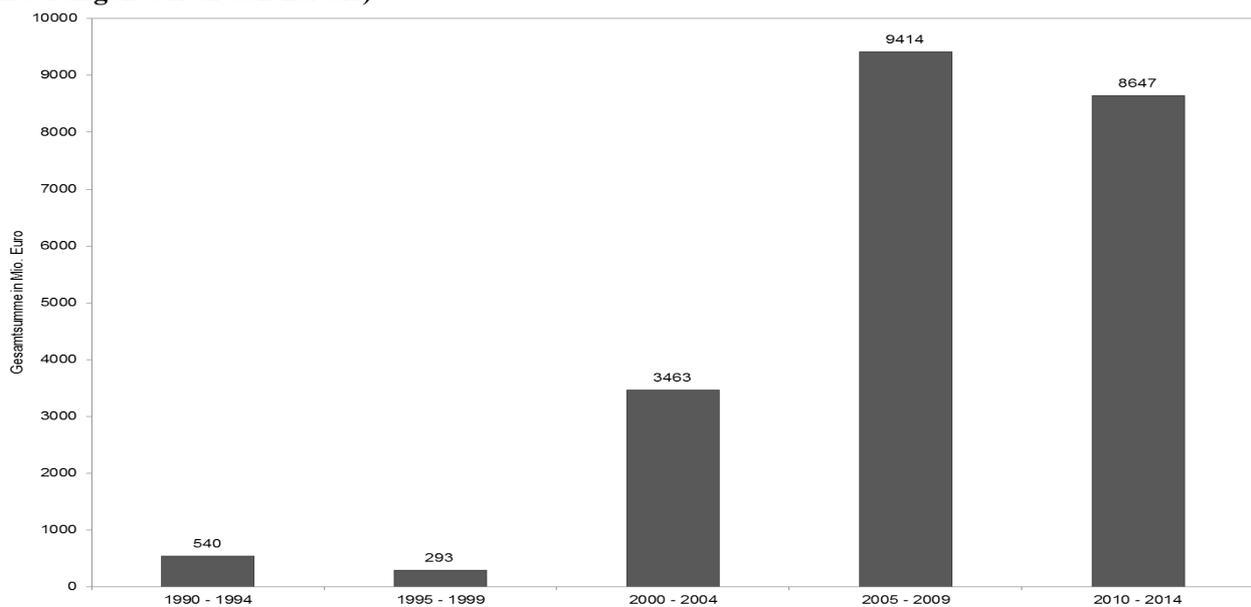
4 Anwendungspraxis

134. In den letzten Jahren haben die von der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt verhängten Bußgeldsanktionen drastisch zugenommen. Die Höhe der Geldbußen überschreitet mittlerweile in einzelnen Kartellfällen die Schwelle von EUR 1 Mrd.¹⁷⁰

135. Abbildung I.1 verdeutlicht den Anstieg der von der Europäischen Kommission verhängten Geldbußen seit dem Zeitraum 2005 bis 2009. Abbildung I.2 zeigt die signifikante Erhöhung der von der Europäischen Kommission verfolgten Kartellfälle seit dem Zeitraum 2000 bis 2004.

136. Bei der Zahl der Kommissionsentscheidungen gegen einzelne Unternehmen und Unternehmensvereinigungen kann eine so deutliche Änderung am Anfang des ersten Jahrzehnts dieses Jahrhunderts hingegen nicht gezeigt werden. Vielmehr lag die Zahl der Entscheidungen in den Jahren 1990 bis 2014 – mit Ausnahme des Zeitraums von 1995 bis 1999 – kontinuierlich bei über 150 (vgl. Abbildung I.3).

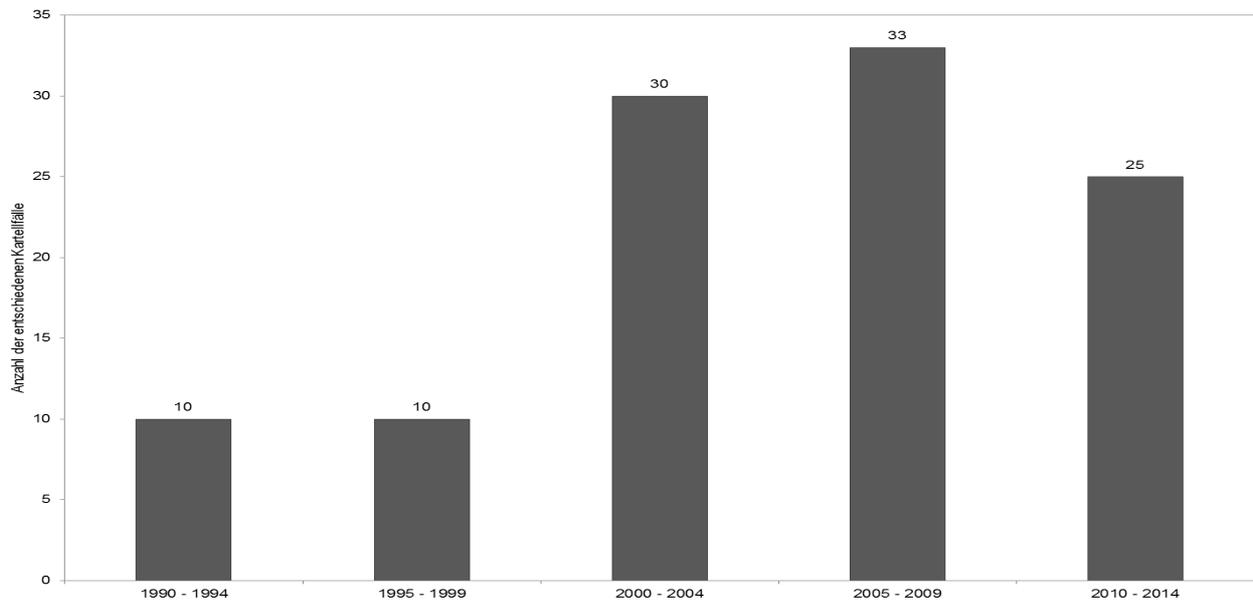
Abbildung I.1: Europäische Kommission – verhängte Geldbußen im Zeitraum 1990 bis 2014 (ohne Änderungen durch den EuGH)



Quelle: Europäische Kommission, Cartel Statistics, Stand: 2. April 2014

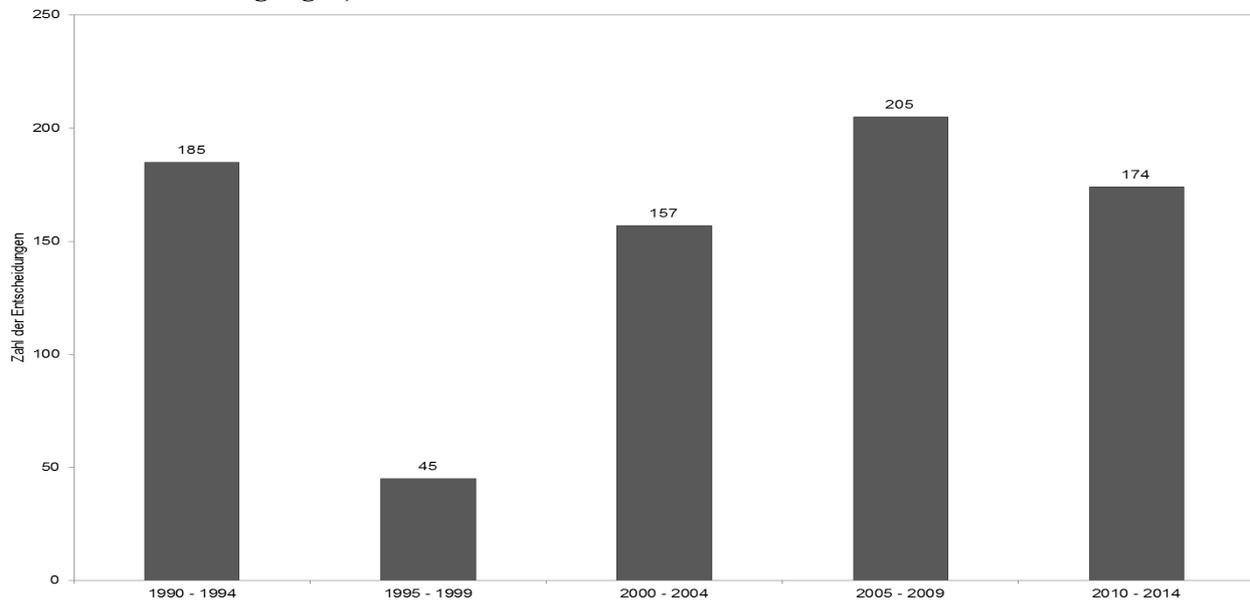
¹⁷⁰ EU-Kommission, Pressemitteilung vom 5. Dezember 2012, IP/12/1317, „Kartellrecht: Hersteller von Bildröhren für Fernsehgeräte und Computerbildschirmen ein Jahrzehnt lang an zwei Kartellen beteiligt – Kommission verhängt Geldbuße in Höhe von 1,47 Mrd. EUR“; dies., Pressemitteilung vom 4. Dezember 2013, IP/13/1208, „Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbußen in Höhe von EUR 1,71 Mrd. für Teilnahme an Zinskartellen in der Derivatebranche“.

Abbildung I.2: Europäische Kommission – verfolgte Kartellfälle im Zeitraum 1990 bis 2014



Quelle: Europäische Kommission, Cartel Statistics, Stand: 2. April 2014. In einem Kartellfall können Entscheidungen gegenüber mehreren Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen ergehen; aufgeführt sind nur Kartellfälle, in denen ein Bußgeld verhängt wurde

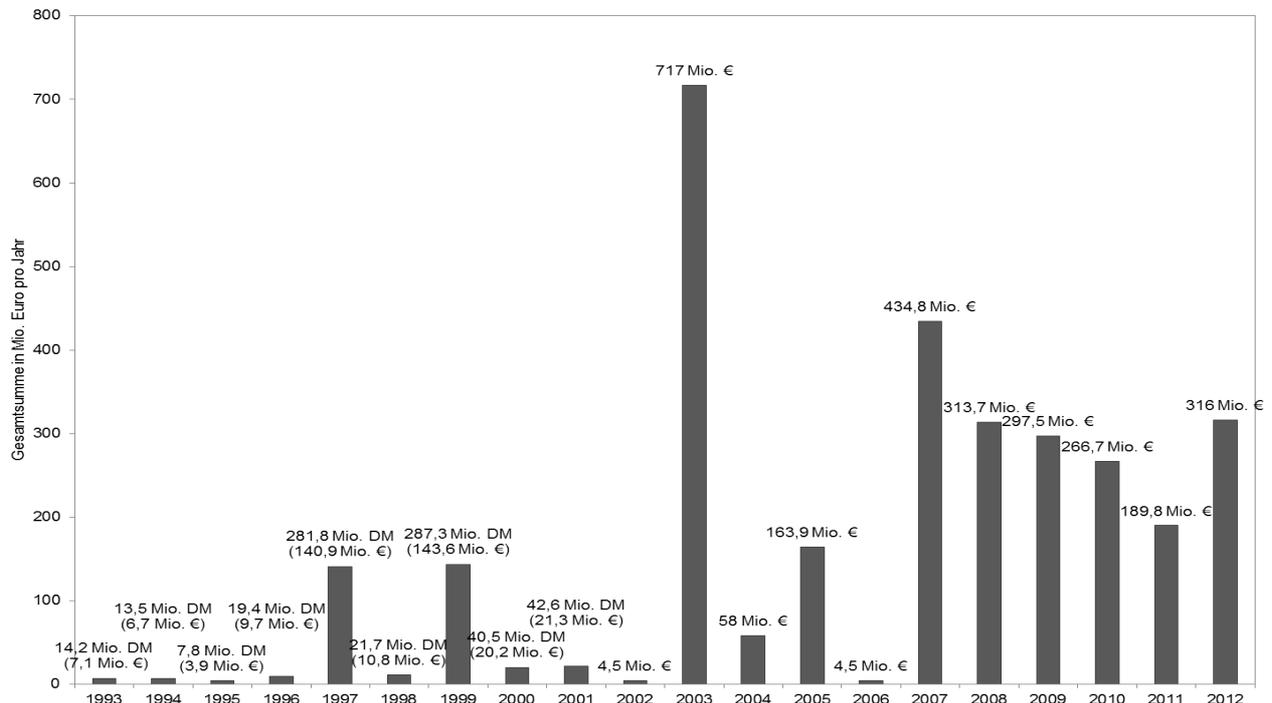
Abbildung I.3: Europäische Kommission – Zahl der Entscheidungen (gegenüber Unternehmen und Unternehmensvereinigungen) im Zeitraum 1990 bis 2014



Quelle: Europäische Kommission, Cartel Statistics, Stand: 2. April 2014

137. Einen Überblick über die Höhe der jährlichen Gesamtgeldbußen, die das Bundeskartellamt in den Jahren 1993 bis 2012 gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sowie gegen natürliche Personen verhängt hat, gibt Abbildung I.4. Hiernach liegen die jährlichen Gesamtgeldbußen seit 2007 kontinuierlich bei über EUR 180 Mio. und zum Teil weit darüber. Nach Angaben des Amtes sind die Gesamtgeldbußen im Jahr 2013 im Vergleich zu 2012 nochmals gestiegen.

Abbildung I.4: Jährliche, vom Bundeskartellamt verhängte Gesamtgeldbußen im Zeitraum 1993 bis 2012



Quelle: Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 30

138. Umfassende statistische Angaben zu der Zahl der verfolgten Kartellfälle und erlassenen Bußgeldentscheidungen veröffentlicht das Bundeskartellamt nicht. Die jüngeren Tätigkeitsberichte geben aber Auskunft über eine Reihe wichtiger Kartellfälle und die getroffenen Einzelentscheidungen gegenüber Unternehmen, Unternehmensvereinigungen und natürlichen Personen. Der Tätigkeitsbericht 2011/2012 weist allein 19 Kartellfälle von größerer Bedeutung und über 220 Bußgeldentscheidungen aus.¹⁷¹

139. Die Kriminalstatistik zu § 298 StGB weist seit Jahren nicht unwesentliche Fallzahlen auf. So wurden im Zeitraum 2003 bis 2012 jährlich zwischen 42 und 230 Fälle erfasst. In den Jahren 2011 und 2012 sind 53 bzw. 115 Fälle vermerkt. Die Kriminalstatistik umfasst allerdings alle polizeilich registrierten Delikte; es muss also nicht in allen Fällen zur Erhebung einer Anklage durch die Staatsanwaltschaft, der Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Gericht oder gar einer Verurteilung gekommen sein. Einen besseren Eindruck verschaffen daher die Angaben des Statistischen Bundesamts, wonach es in den Jahren 2008 bis 2012 zu je 20, 19, 17, 20 und 22 Verurteilungen gekommen ist.¹⁷² Verurteilungen zu Freiheitsstrafen wurden in 2008 in fünf Fällen, in 2009 in drei Fällen, in 2010 in einem Fall und in 2011 in sieben Fällen ausgesprochen; im Jahr 2012 wurden lediglich Geldstrafen verhängt.¹⁷³

5 Ausreichende Abschreckungswirkung des derzeitigen Sanktionensystems?

140. Zentral in der Diskussion um die weitergehende Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen ist die Frage, ob die Abschreckungswirkung, die von den bestehenden behördlichen und privaten Sanktions-

¹⁷¹ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 30 f.

¹⁷² Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2008, S. 70, 2009, S. 70, 2010, S. 72, 2011, S. 70 und 2012, S. 72. Wagner-von Papp (2009) weist darauf hin, dass in der Statistik bei tateinheitlicher und tatmehrheitlicher Begehung ein Fall nur unter dem Delikt mit der höchsten Strafandrohung erscheint; vgl. Wagner-von Papp, WuW 2009, S. 1236 ff., 1243 und Fn. 51.

¹⁷³ Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2008, S. 102, 2009, S. 102, 2010, S. 106, 2011, S. 102 und 2012, S. 106.

möglichkeiten gegenüber Unternehmen und natürlichen Personen ausgeht, ausreicht. Mit der Androhung und Verhängung von Sanktionen sollen Anreize zu einem kartellrechtskonformen Verhalten gesetzt werden. Aktuelle Kartellmitglieder sollen vom Weiterführen des Kartells, potenzielle Kartellmitglieder von der Eingehung neuer Kartelle abgehalten werden. Gegen eine ausreichende Prävention könnten – oberflächlich betrachtet – die angestiegenen Fallzahlen und Bußgelder sprechen. Eine solche Argumentation würde allerdings zu kurz greifen, denn es ist zu berücksichtigen, dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen der Kartellbekämpfung in den letzten Jahren stark geändert und die Kartellbehörden ihre diesbezüglichen Aktivitäten erheblich intensiviert haben.

141. Ein entscheidender Grund für den Anstieg der Geldbußen gegenüber Unternehmen und Unternehmensvereinigungen in Deutschland ist die grundlegende Umgestaltung der Bestimmungen über die Bußgeldhöhe und -zumessung im Rahmen der Siebten GWB-Novelle von 2005. Von besonderer Bedeutung ist insoweit die Ersetzung des mehrerlösbezogenen Sonderbußgeldrahmens in § 81 Abs. 2 a.F. durch die umsatzbezogene Obergrenze in § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB. Ferner wurde der Regelbußgeldrahmen von EUR 500.000 auf EUR 1 Mio. für die schwerwiegenden bzw. von EUR 25.000 auf EUR 100.000 für die leichteren Kartellordnungswidrigkeiten angehoben. Darüber hinaus geht das Bundeskartellamt zunehmend auch gegen natürliche Personen im Wege des Ordnungswidrigkeitenrechts vor.¹⁷⁴

142. Bezüglich der hohen Fallzahlen ist insbesondere die Einführung der Bonusregelung durch das Bundeskartellamt im Jahr 2000 zu erwähnen, die im Jahr 2006 geändert und erweitert wurde. Nach Auskunft des Amtes hat die Bonusregelung erheblichen Anteil an der Aufdeckung von Kartellverstößen, und zwar sowohl in direkter als auch in indirekter Weise. Denn bei der Verfolgung der direkt angezeigten Kartelle erhält das Amt vielfach Hinweise auf weitere Kartellverstöße, die sonst unerkannt geblieben wären. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang ferner die Einführung eines Hinweisgebersystems im Juni 2012, das anonyme Anzeigen von Kartellrechtsverstößen erleichtert. Es lässt sich ferner beobachten, dass die Kartellbehörden in den letzten Jahren einen Schwerpunkt ihrer Tätigkeit auf die Kartellverfolgung gelegt haben, was sich schon in der Bildung von drei Abteilungen des Bundeskartellamtes, die ausschließlich die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten in Verbindung mit Verstößen gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV zur Aufgabe haben, widerspiegelt. Diese Schwerpunktverlagerung dürfte wiederum in engem Zusammenhang mit der Einführung der Bonusregelung und der Möglichkeit der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung durch Settlements stehen, die eine Aufdeckung und zügige Verfolgung von Kartellen erleichtern. Nicht auszuschließen ist ferner, dass die Kartellbehörden ihr Ermessen im Rahmen des Opportunitätsprinzips häufiger als früher zugunsten des Aufgreifens von möglichen Kartellrechtsverstößen ausüben. Schließlich dürfte eine bessere Zusammenarbeit und wechselseitige Information im Netzwerk der europäischen Kartellbehörden zu einer häufigeren und erfolgreichen Verfolgung von Kartellverstößen beitragen.

143. Neben den Rahmenbedingungen für die behördliche Verfolgung von Kartellrechtsverletzungen haben sich auch die Bedingungen für die private Kartellrechtsdurchsetzung in den letzten Jahren weiterentwickelt. Mit der Siebten GWB-Novelle wurden unter anderem die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen für Schadenersatzansprüche geschädigter Dritter sowie die Verzinsungspflicht für Schadenersatzansprüche eingeführt. Die Achte GWB-Novelle hat zu einer Erweiterung des Verbandsklagerechts geführt, indem § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB nunmehr insbesondere den Verbraucherverbänden sowohl einen Unterlassungs- als auch einen Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- oder Streuschäden einräumt. Auf die jüngsten Entwicklungen des europäischen Rechts wurde bereits hingewiesen.¹⁷⁵

144. Zwar handelt es sich bei privaten Schadenersatzklagen nach wie vor in aller Regel um Follow-on-Klagen Kartellgeschädigter, die nicht unmittelbar zur Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen beitragen. Allerdings wächst in jüngerer Zeit das Risiko für kartellbeteiligte Unternehmen, mit erheblichen Schaden-

¹⁷⁴ Die höchste bisher verhängte Geldbuße gegen eine natürliche Person lag nach Auskunft des Amtes allerdings weit unter dem gesetzlichen Höchstbetrag von EUR 1 Mio.

¹⁷⁵ Vgl. Tz. 118.

ersatzansprüchen der Geschädigten konfrontiert zu werden.¹⁷⁶ Dieses Risiko ist dann besonders groß, wenn der Kartellschaden nicht beim Endverbraucher, sondern bei Unternehmen oder anderen juristischen Personen eingetreten ist. Zwar bleiben Verurteilungen zu Schadenersatzzahlungen auch insofern bislang die Ausnahme¹⁷⁷, in Einzelfällen konnte aber im Vergleichsweg eine erhebliche finanzielle Kompensation erlangt werden.¹⁷⁸ Nicht auszuschließen ist ferner, dass geschädigte Unternehmen, die ihre Geschäftsbeziehungen mit kartellbeteiligten Unternehmen weiterführen, in diesem Rahmen eine gewisse Kompensation, z. B. in Form von künftigen Rabatten, erhalten.

145. Auch bedingt durch die verstärkte behördliche und private Kartellrechtsdurchsetzung in der jüngeren Vergangenheit dürfte sich darüber hinaus das Bewusstsein für die Problematik von kartellrechtswidrigem Verhalten in Unternehmenskreisen gewandelt haben. Zwar dürfte das Ausmaß dieses Bewusstseinswandels branchen- und unternehmensabhängig unterschiedlich ausgeprägt sein. Festzustellen ist indes, dass die Bedeutung von Compliance-Maßnahmen in Unternehmen insgesamt in den letzten Jahren zugenommen hat. Zunehmend thematisiert werden ferner Möglichkeiten und Pflichten von Vorstand und Aufsichtsgremien des kartellbefangenen Unternehmens, Schadenersatzforderungen gegenüber kartellverantwortlichen Mitarbeitern geltend zu machen und personalrechtliche Konsequenzen zu ziehen.¹⁷⁹ Von derartigen Maßnahmen, die unmittelbar den verantwortlich Handelnden treffen, kann eine erhebliche Abschreckungswirkung ausgehen, wenn sie konsequent angewendet werden. Allerdings ist festzustellen, dass diese Entwicklung derzeit noch am Anfang steht.

146. Der Umstand, dass sowohl die behördliche als auch die private Kartellverfolgung aktuellen Entwicklungen unterliegen, macht eine abschließende Einschätzung der von ihnen ausgehenden Abschreckungswirkung sehr schwierig. Es ist ferner nicht auszuschließen, dass das bestehende Sanktionensystem derzeit noch nicht seine volle Präventionswirkung entfaltet. Dazu trägt der Umstand bei, dass eine Reihe der in den letzten Jahren aufgedeckten und verfolgten Kartelle, z. B. das Wasserstoffperoxid- und das Rolltreppenkartell, in den Anfang des ersten Jahrzehnts dieses Jahrhunderts oder sogar in die 1990er Jahre zurückreichen. Allerdings sprechen nach Auffassung der Monopolkommission einige Gründe für die Annahme, dass vom derzeitigen Sanktionensystem generell nur eine begrenzte Abschreckungswirkung ausgeht.

147. Mit der Androhung und Verhängung von Sanktionen wird die Abschreckung von aktuellen und potenziellen Kartellbeteiligten bezweckt. Da die gesetzlich angedrohten und behördlich auferlegten Geldbußen gegenüber Unternehmen jedenfalls derzeit im Mittelpunkt der Ahndung von Kartellrechtsverletzungen stehen, ist die Frage entscheidend, bei welcher Höhe jene eine ausreichende Präventivwirkung entfalten.

Nach der Theorie der optimalen Sanktionen stellen Unternehmen eine mögliche Geldbuße bei der Entscheidung über kartellrechtskonformes oder kartellrechtswidriges Verhalten in Rechnung.¹⁸⁰ Der erwartete Nutzen eines Kartellrechtsverstößes und die voraussichtlichen Kosten eines Verstößes werden unter Berücksichtigung der Ahndungswahrscheinlichkeit abgewogen. Theoretisch handelt es sich bei der Bestimmung der wirksamen Geldbuße um einen Vergleich von Erwartungswerten. Eine ausreichende Abschreckungswirkung ist nur dann gegeben, wenn die Geldbuße mindestens den Betrag erreicht, der sich aus der Multiplikation des erwarteten Kartellgewinns mit dem Kehrwert der erwarteten Aufdeckungswahrscheinlichkeit ergibt. Für die Aufdeckungswahrscheinlichkeit eines Kartells liegen Schätzungen vor, deren

176 Vgl. dpa, Deutsche Bahn reicht Klage gegen Schienenkartell ein, Frankfurter Rundschau, 20. Dezember 2012, Ott, K., Städtische Verkehrsbetriebe klagen gegen Schienenkartell, Süddeutsche Zeitung, 21. Februar 2013; Wiederholungstäter Thyssen-Krupp droht Millionenzahlung, Süddeutsche Zeitung, 4. Dezember 2012; EU-Kommission, Pressemitteilung vom 24. Juni 2008, IP/08/998.

177 LG Mannheim Urteil vom 4. Mai 2012, 7 O 463/11 Kart – Feuerlöschfahrzeuge.

178 Vgl. ARD, <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/thyssen128.html>, Abruf am 11. März 2014; es wird berichtet, dass Deutsche Bahn und ThyssenKrupp im Fall des Schienenkartells einen Vergleich über EUR 150 Mio. geschlossen haben.

179 Vgl. Fleischer, BB 2008, S. 1070 ff.; Altemeier, C., Verantwortlichkeit des Vorstands für Kartellrechtsverstöße: Ein Beitrag zur Organhaftung und zur Organuntreue, Frankfurt 2013; Säcker, WuW 2009, S. 3.

180 Vgl. Landes, W., Optimal Sanctions for Antitrust, University of Chicago Law Review 50 1983, 652 ff.

Ergebnisse von unter 20 Prozent bis 33 Prozent reichen.¹⁸¹ Nach verbreiteter Auffassung reicht die derzeitige Höhe der Geldbußen daher nicht aus, um alle Unternehmen von der Eingehung oder Weiterführung eines Kartells abzuhalten.¹⁸² Vielmehr müssten die Geldbußen – bei gleich bleibender Aufdeckungswahrscheinlichkeit – weit höher als die gegenwärtig verhängten Geldbußen bemessen werden.¹⁸³

148. Abgesehen davon, dass häufig die notwendigen Daten fehlen, um im konkreten Kartellfall die optimale Geldbuße zu ermitteln, werden nochmals drastisch erhöhten Geldbußen auch verfassungsrechtliche Bedenken, etwa das Verhältnismäßigkeitsprinzip betreffend, entgegen gehalten.¹⁸⁴ Des Weiteren könnte eine nochmalige Erhöhung der verhängten Geldbußen insbesondere zur Existenzgefährdung von betroffenen Unternehmen führen, die mit weiteren sozialen Folgen für Dritte, insbesondere Arbeitnehmer und Gläubiger, einhergehen würde. Zwar können Bundeskartellamt und Europäische Kommission die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens im konkreten Einzelfall bei der Bußgeldbemessung in Rechnung stellen.¹⁸⁵ Mit einer entsprechenden Ankündigung in den Bußgeld-Leitlinien, der zufolge Geldbußen bei eingeschränkter wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit bzw. der Gefahr der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit gegebenenfalls abgesenkt werden, verringert sich jedoch gleichzeitig die Abschreckungswirkung der angedrohten Sanktionen.

149. Des Weiteren können Unternehmen im bestehenden System aufgrund der Bonusregelung darauf hoffen, im Fall eigenen geschickten Verhaltens doch bußgeldfrei zu bleiben oder nur ein verringertes Bußgeld auferlegt zu bekommen, wenn sie eines Tages das Kartell aufdecken bzw. an seiner Aufdeckung mitwirken.¹⁸⁶ Somit lässt sich der Bonusregelung zwar einerseits ein gewisser Erfolg bei der Kartellverfolgung nicht absprechen. Andererseits trägt sie aber dazu bei, die von behördlichen Sanktionen ausgehende Abschreckungswirkung zu vermindern, da durch geschicktes Verhalten der Kartelltäter ein Erlass oder Teilerlass der Geldbuße erreicht werden kann.¹⁸⁷ Auch derartige Überlegungen werden ökonomisch rational vorgehende Unternehmensverantwortliche in ihr Kalkül einbeziehen. Dementsprechend müssten Androhung und Verhängung von abschreckenden Geldbußen nach der Theorie der optimalen Sanktion wiederum entsprechend höher ausfallen.

150. Schließlich ist daran zu erinnern, dass jedenfalls vor Inkrafttreten der Achten GWB-Novelle eine Sanktionslücke im Hinblick auf die Rechtsnachfolge von kartellbeteiligten juristischen Personen und Personenvereinigungen bestand.¹⁸⁸ Durch eine Umstrukturierung oder Veräußerung konnten sie sich der

181 Vgl. Bryant, P./Eckhard, E., Price Fixing: The Probability of Getting Caught, *Review of Economics and Statistics* 1991, S. 531 ff. (13 bis 17 Prozent Aufdeckungswahrscheinlichkeit). Diese Schätzung basiert allerdings auf dem Zeitraum von 1961 bis 1988, der vor Einführung der Kronzeugenprogramme durch die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt liegt; Wils (2008) legt seiner Schätzung daher eine Aufdeckungswahrscheinlichkeit von 33 Prozent zugrunde und hält eine ausreichende Abschreckungswirkung erst bei Geldbußen ab einer Höhe von 150 Prozent des mit den kartellbefangenen Produkten erwirtschafteten jährlichen Umsatzes für gegeben, Wils, W., *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, a. a. O., Tz. 550 ff.

182 Vgl. hierzu schon Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten 2010/2011, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 476 m. w. N.

183 So wird für US-Bußgelder eine Verfünfachung diskutiert, vgl. Lande, R./Connor, J., *Cartels As Rational Business Strategy: Crime Pays*, *Cardozo Law Review* 34, 427-490.

184 Vgl. Möschel, *WuW* 2010, S. 869 ff., der das Verhältnismäßigkeitsprinzip bereits bei der derzeitigen Geldbußenhöhe als verletzt ansieht.

185 Europäische Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, a. a. O., Tz. 35; vgl. BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 25. Juni 2013, Tz. 2, 16.

186 Diese Überlegung gilt grundsätzlich auch hinsichtlich der Möglichkeit der einverständlichen Verfahrensbeendigung durch Settlements. Allerdings ist die Reduzierung des Bußgelds insoweit auf zehn Prozent beschränkt, sodass auch die Verminderung des Abschreckungseffekts begrenzter als bei der Bonusregelung sein dürfte, vgl. BKartA, *Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes in Bußgeldsachen*, Merkblatt vom 23. Dezember 2013.

187 Vgl. Stockmann, *FS für Bechtold*, 2006, S. 559, 567.

188 BGH *WuW/ DE-R* 3455 ff.; Monopolkommission, *Sondergutachten* 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Rz. 127.

gegen sie verhängten Geldbuße relativ einfach entziehen. Insofern bleibt abzuwarten, ob die punktuellen Gesetzesänderungen durch die letzte GWB-Novelle wirksame Abhilfe schaffen.

151. Die Abschreckungswirkung von Geldbußen gegenüber natürlichen Personen dürfte noch deutlich geringer ausfallen. Wie bereits dargelegt, liegt die Aufdeckungswahrscheinlichkeit bei Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht nach heutigen Erkenntnissen bei ca. 30 Prozent. Geht man davon aus, dass an Kartellen regelmäßig eine Vielzahl von natürlichen Personen mitwirkt, die Europäische Kommission diese jedoch überhaupt nicht mit einer Geldbuße belegen kann und das Bundeskartellamt nur einen Teil der verantwortlichen natürlichen Personen pro Kartellfall ordnungswidrigkeitenrechtlich verfolgt, ist die Verfolgungswahrscheinlichkeit nochmals deutlich kleiner als im Falle einer Ahndung kartellbeteiligter Unternehmen. Demnach muss auch die Abschreckungswirkung gegenüber natürlichen Personen als zusätzlich verringert angesehen werden. Unter diesen Voraussetzungen erscheint es sehr fraglich, ob die Erhöhung des Regelbußgeldrahmens von EUR 500.000 auf EUR 1 Mio. für die schwerwiegenden bzw. von EUR 25.000 auf EUR 100.000 für die leichteren Kartellordnungswidrigkeiten im Rahmen der Siebten GWB-Novelle für eine wirksame Abschreckung genügt.

152. Zweifelhaft ist die von Geldbußen gegenüber natürlichen Personen ausgehende präventive Wirkung ferner, sofern diese damit rechnen können, von ihrem Arbeitgeber eine entsprechende Kompensation zu erhalten. Eine solche Entschädigung kann sowohl ex ante als auch ex post geleistet werden, z. B. indem schon zu einem Zeitpunkt vor der behördlichen Entdeckung des Kartells ein höheres Gehalt oder zusätzliche Leistungen vereinbart werden oder nach Durchführung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens die Summe, die der Geldbuße entspricht, an den Mitarbeiter erstattet wird.

Die rechtliche Zulässigkeit solchen Kompensationsleistungen wird zwar zunehmend infrage gestellt. Diskutiert werden in diesem Zusammenhang insbesondere Fragen der gesellschafts- und strafrechtlichen Haftung jener Personen, die eine Entschädigung aus Unternehmensvermögen veranlassen. In Betracht gezogen werden etwa Schadenersatzansprüche wegen Pflichtenverstoßes nach § 93 AktG oder eine Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 StGB.¹⁸⁹ Eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung kommt hingegen in aller Regel nicht in Betracht, weil als Anknüpfungstat jedenfalls derzeit keine Straftat – mit Ausnahme des Submissionsbetrugs – vorliegt. Außerdem ist zu konstatieren, dass jedenfalls dann, wenn keine direkte Erstattung im Nachgang der Geldbuße erfolgt, der Nachweis einer Kompensation oft schwer zu führen sein dürfte.

153. Schließlich würde die Abschreckungswirkung von persönlichen Geldbußen gänzlich entfallen, wenn das Risiko, eine mögliche Geldbuße wirklich aus der eigenen Tasche zahlen zu müssen, mittels entsprechender Versicherungen ausgeschlossen werden könnte. In Bezug auf Leistungen von Versicherungen für Führungskräfte, sogenannte D&O-Versicherungen, dürfte indes davon auszugehen sein, dass ein Täter jedenfalls bei nachgewiesenem vorsätzlichem Verhalten keine entsprechenden Ansprüche hat.

6 Präventivwirkung von Kriminalstrafen

154. Die Einführung von Kriminalstrafen für kartellverantwortliche natürliche Personen ist grundsätzlich zu empfehlen, wenn die strafrechtliche Verfolgung eine gegenüber dem jetzigen Sanktionensystem, das in erster Linie auf Geldbußen gegenüber kartellbeteiligten Unternehmen basiert, gesteigerte Abschreckungswirkung von aktuellen und potenziellen Kartelltätern entfaltet.¹⁹⁰ In diesem Fall würde die Zahl der Kartellrechtsverletzungen sinken, die (optimalen) Geldbußen könnten reduziert, Insolvenzen und sonstige soziale Kosten für Dritte vermieden werden. Die Bundesregierung sah allerdings noch im Jahr 2008 anlässlich einer Anfrage im

¹⁸⁹ Vgl. Fleischer, BB 2008, S. 1070 ff.; Altemeier, C., Verantwortlichkeit des Vorstands für Kartellrechtsverstöße: Ein Beitrag zur Organhaftung und zur Organuntreue, a. a. O.

¹⁹⁰ Zu Bestrebungen, ein Unternehmensstrafrecht in das deutsche Recht aufzunehmen, vgl. Abschnitt 11.3 in diesem Kapitel.

Bundestag keinen Anlass, ihre bisherige ablehnende Haltung zur Kriminalisierung kartellrechtlicher Verstöße zu ändern. Erfahrungen aus anderen Ländern hätten bislang keine Anhaltspunkte dafür erbracht, dass die strafrechtliche Ahndung auf die Zahl oder das Ausmaß von Wettbewerbsverstößen signifikante Auswirkungen habe.¹⁹¹ Nach Ansicht der OECD gibt es zwar keine systematische empirische Evidenz für eine verstärkte Abschreckungswirkung von Kriminalstrafen im Kartellrecht, sondern lediglich „anekdotische“ Belege. Sie geht aber davon aus, dass viele Staaten eine höhere Abschreckungswirkung von Kriminalstrafen als offensichtlich ansehen.¹⁹²

155. Dass von strafrechtlichen Sanktionen eine große Abschreckungswirkung ausgeht, legen die Ergebnisse mehrerer Umfragen nahe. Obgleich die Umfragen in verschiedenen Ländern mit unterschiedlichen institutionellen Rahmenbedingungen in unterschiedlichen Zeiträumen durchgeführt wurden, ergibt sich ein einheitliches Bild. So weist nach Ansicht von im Jahr 2007 befragten Unternehmen in Großbritannien die strafrechtliche Verfolgung mit Mündung in einer Freiheitsstrafe die größte Abschreckungswirkung auf, gefolgt von einem Berufsverbot, Geldbußen und privaten Schadenersatzklagen.¹⁹³ Eine Umfrage unter U.S.-amerikanischen Juristen im Jahr 1980 ergab, dass Freiheitsstrafen und private Schadenersatzklagen als wirksamste Sanktionen gelten.¹⁹⁴ Zu einem ähnlichen Resultat kam auch eine Befragung unter in Brüssel tätigen Juristen Anfang der 1980er Jahre.¹⁹⁵ Dass Freiheitsstrafen eine wesentliche Abschreckungswirkung entfalten können, geht indirekt ebenfalls aus einer Befragung von Schweizer Unternehmen, Verbänden und Juristen in 2008 hervor.¹⁹⁶ Berichte aus den USA, in denen die strafrechtliche Verfolgung eine lange Tradition hat, sprechen ebenfalls für eine hohe Abschreckungswirkung von Kriminalstrafen. Diese zeige sich insbesondere in einem Rückgang inländischer Kartelle; außerdem würden Kartelle wegen der in den USA drohenden strafrechtlichen Sanktionen häufig nicht auf das Hoheitsgebiet der USA ausgedehnt.¹⁹⁷

156. Nach Auffassung der Monopolkommission ist eine besondere Abschreckungswirkung von Kriminalstrafen für Entscheidungsträger in Unternehmen kaum bestreitbar. Zwar kennt das deutsche Strafrecht sehr kurze Freiheitsstrafen nur im Ausnahmefall; kurze Freiheitsstrafen werden zudem i. d. R. zur Bewährung ausgesetzt. So verhängt das Gericht gemäß § 47 Abs. 1 StGB eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten nur, wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich machen. Ferner werden Freiheitsstrafen von nicht mehr als einem Jahr unter den in § 56 Abs. 1 StGB genannten Voraussetzungen zur Bewährung ausgesetzt; eine Aussetzung zur Bewährung ist gemäß § 56 Abs. 2 StGB unter besonderen Umständen auch bei Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren möglich. Selbst kurze Freiheitsstrafen, die zur Bewährung ausgesetzt wurden, sowie Geldstrafen beinhalten indes ein wesentlich stärkeres Unwerturteil als bloße Geldbußen. Kriminalstrafen haben somit einen Stigmatisierungseffekt, der vor allem für im Übrigen unbescholtene und sozial eingegliederte Täter im Bereich der Wirtschaftskriminalität besonders spürbar sein wird.¹⁹⁸

191 Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage von MdB Sabine Zimmermann et al., BT-Drs. 16/8681 vom 1. April 2008, Antwort zu Frage 7.

192 Vgl. OECD, Policy Roundtables 2003 Cartel Sanctions against Individuals, DAF/COMP(2004)39, 10. Januar 2005, S. 7.

193 Vgl. Deloitte, The deterrent effect of competition enforcement by the OFT, A report prepared for the OFT by Deloitte, OFT962, a. a. O.

194 Vgl. Beckenstein, A.R./Gabel, L.H., antitrust compliance: results of a survey of legal opinion, *Antitrust Law Journal* 51(3), 1982, S. 459-516.

195 Vgl. Feinberg, R.M., The Enforcement and Effects of European Policy: Results of a Survey of Legal Opinion, *Journal of Common Market Studies* 23(4), 1985, S. 373-384.

196 Vgl. ZEW, Studien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, Endbericht für das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern, geringfügig überarbeitete Version vom 20. September 2008. Alternativ könnte die Dauer einer Freiheitsstrafe gesenkt und ein Berufsverbot ausgesprochen werden; vgl. Ginsburg, D.H./Wright, J.D., *Antitrust Sanctions*, *Competition Policy International* 6(2), 2010, S. 3-39.

197 Vgl. Wils, W., *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, a. a. O., Tz. 568 ff.

198 Vgl. Wagner-von Papp, *WuW* 2010, S. 268, 273.

157. Dazu trägt der Umstand bei, dass Kriminalstrafen - anders als Geldbußen - in das Bundeszentralregister aufgenommen werden (§§ 3, 4 BZRG). Dies gilt grundsätzlich auch bei auf Bewährung ausgesetzten Strafen. Ferner erfolgt eine Aufnahme ins Führungszeugnis bei Verurteilungen zu Geldstrafe von mehr als neunzig Tagessätzen und Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten, § 32 BZRG. Eine Person gilt als vorbestraft, sobald gegen sie eine Strafe in einem Strafprozess ausgesprochen wurde, diese Maßnahme rechtskräftig geworden und nicht im Bundeszentralregister getilgt worden ist. Auch eine Verurteilung auf Bewährung gilt als Vorstrafe.

158. Des Weiteren darf der Umstand, dass heute nach §§ 298, 263 StGB aufgegriffene Sachverhalte häufig „nur“ zu einer Verurteilung zu Geldstrafe oder zur Verfahrenseinstellung führen, nicht zu der Annahme verleiten, dass auch bei einer erweiterten strafrechtlichen Verfolgung von Kartellrechtsverletzungen keine höheren Strafen zu erwarten seien. Vielmehr ist davon auszugehen, dass persönlich verantwortliche Unternehmensmitarbeiter wesentlich höhere Strafen zu erwarten hätten, wenn neben den in aller Regel weniger wirtschaftlich bedeutsamen Fällen des Submissionsbetrugs auch solche Hardcore-Kartelle verfolgt werden, deren hohe volkswirtschaftliche Bedeutung schon darin zum Ausdruck kommt, dass Geldbußen gegen die beteiligten Unternehmen in Millionen- oder sogar Milliardenhöhe verhängt werden. In derartigen Fällen müssten strafrechtlich verfolgte Täter künftig durchaus auch mit der Verhängung von – längeren – Freiheitsstrafen rechnen.

159. Eine Erhöhung der Präventionswirkung ginge mit der strafrechtlichen Verfolgung von Hardcore-Kartellen auch deshalb einher, weil damit die Androhung eines Berufsverbots verbunden ist. So genannte „Director disqualification orders in competition cases“ sind vor allem aus dem britischen Wettbewerbsrecht, wo ein Verstoß gegen das Kartellverbot strafrechtliche Folgen nach sich ziehen kann, bekannt.¹⁹⁹ Dort kann ein Berufsverbot bis zu einer Dauer von 15 Jahren verhängt werden; eine Zuwiderhandlung gegen ein solches Berufsverbot ist strafbewehrt.²⁰⁰

Im deutschen Strafrecht ist ein Berufsverbot als Maßregel der Besserung und Sicherung vorgesehen. Nach § 70 Abs. 1 StGB kann das Gericht jemanden, der wegen einer rechtswidrigen Tat, die er unter Missbrauch seines Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der mit ihnen verbundenen Pflichten begangen hat, verurteilt ist, die Ausübung des Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges für die Dauer von einem Jahr bis zu fünf Jahren verbieten, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und der Tat die Gefahr erkennen lässt, dass er bei weiterer Ausübung des Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges erhebliche rechtswidrige Taten der bezeichneten Art begehen wird. Hiernach können Personen, die Organe juristischer Personen sind, die Berufsausübung verboten werden.²⁰¹ Ebenso kann das Gericht eine Tätigkeit in leitender oder selbstständiger Stellung untersagen.²⁰² Das Berufsverbot kann unter bestimmten Voraussetzungen sogar für immer angeordnet werden. Eine Zuwiderhandlung gegen ein ergangenes Berufsverbot ist ebenfalls strafbar, § 145c StGB.²⁰³

199 Vgl. dazu die Richtlinien des Office of Fair Trading (dessen Aufgaben zum 1. April 2014 von der neu gegründeten Competition and Markets Authority übernommen worden sind), http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/enterprise_act/of510.pdf, Abruf am 24. Juni 2014.

200 Vgl. ebenda, Tz. 2.10.

201 Leipziger Kommentar-Hanack, StGB § 70, Rn. 6.

202 Leipziger Kommentar-Hanack, StGB § 70, Rn. 52, 54.

203 Zu erwägen wäre darüber hinaus, im Falle einer Kriminalisierung schwerwiegender Kartellrechtsverstöße die Verurteilung wegen einer solchen Tat in den Katalog der Ausschlussgründe nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG und § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AktG aufzunehmen. Hiernach kann Geschäftsführer einer GmbH oder Mitglied des Vorstands einer AG nicht sein, wer wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten nach den §§ 283 bis 283d des Strafgesetzbuchs (Insolvenzstraftaten) oder nach den §§ 263 bis 264a oder den §§ 265b bis 266a des Strafgesetzbuchs zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist. Dieser Ausschluss gilt für die Dauer von fünf Jahren.

Zwar ist nicht auszuschließen, dass auch insoweit eine finanzielle Kompensation des Täters durch seinen Arbeitgeber erfolgen kann.²⁰⁴ Diese dürfte aber wesentlich schwieriger zu praktizieren sein als im Falle einer Geldbuße, zumal der Verurteilte seine angestammte Tätigkeit im Unternehmen nicht mehr fortführen darf. Daneben dürfte es gerade für bislang im höheren Management tätige Personen einen erheblichen persönlichen Nachteil darstellen, auf Jahre hinaus keine adäquate Tätigkeit mehr ausüben zu dürfen.

7 Principal-Agent-Problem

160. Für eine erweiterte Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen spricht darüber hinaus, dass die damit verbundene Abschreckung auf die unmittelbar handelnden Unternehmensmitarbeiter zielt und das sogenannte Principal-Agent-Problem löst. Dieses besteht darin, dass die Kartellrechtsverletzung von einer natürlichen Person begangen wird, die Sanktion aber zumeist nur das dahinter stehende Unternehmen trifft. Zuwiderhandlungen von Unternehmen gegen kartellrechtliche Ge- und Verbote werden stets von natürlichen Personen veranlasst, die für das jeweilige Unternehmen handeln. Im derzeitigen Sanktionensystem richten sich hohe Geldbußen oder Schadenersatzforderungen indes in erster Linie an die kartellbeteiligten Unternehmen. Derartige Sanktionen könnten zwar aus dem Blickwinkel der Unternehmen bzw. ihrer Eigentümer eine gewisse Abschreckung bewirken, für die verantwortlichen Mitarbeiter folgen daraus aber Anreize zu kartellrechtskonformem Verhalten nicht in demselben Ausmaß. Ein Grund hierfür ist der Umstand, dass Geldbußen oder Schadenersatzforderungen gegenüber dem Unternehmen keine unmittelbare Auswirkungen auf den einzelnen Mitarbeiter haben. Der aufgezeigte Widerspruch kann nur aufgelöst werden, indem die Anreize zu kartellrechtskonformem Verhalten direkt bei den handelnden Personen ansetzen. Wie oben gesehen, werden Geldbußen gegenüber natürlichen Personen in Deutschland nach wie vor eher selten und sehr wahrscheinlich in unter dem Aspekt der Abschreckung zu geringer Höhe verhängt; nach europäischem Kartellrecht sind sie überhaupt nicht zulässig. Eine ausreichende Präventivwirkung dürfte mit diesem Sanktionensystem nicht verbunden sein. Dagegen könnten mit der Androhung strafrechtlicher Verfolgung gegenüber dem kartellverantwortlichen Unternehmensmitarbeiter wirksame Verhaltensanreize gesetzt werden.

8 Strafrechtsdogmatische Anforderungen und Kohärenz

161. Bei der Frage einer weiteren Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen sind notwendigerweise auch strafrechtsdogmatische Anforderungen zu berücksichtigen. Straftat und Ordnungswidrigkeit stehen in einem quantitativen Verhältnis, d. h. sie unterscheiden sich nicht dem Wesen, sondern nur dem Grad nach.²⁰⁵ Daraus folgt, dass Bagatelunrecht vom Ordnungswidrigkeitenrecht, schwerere Unrechtstatbestände vom Strafrecht erfasst werden. Erst mit der Rechtsfolge tritt ein qualitatives Element hinzu, da im Unterschied zur Geldbuße die Kriminalstrafe ein sozialetisches Unwerturteil enthält.

162. Das Strafrecht ist somit als Instrument zur gesellschaftlichen Steuerung nur ultima ratio. Es gelten das Subsidiaritätsprinzip und das verfassungsrechtliche Gebot der Verhältnismäßigkeit. Das bedeutet, dass Strafrecht nur zum Schutz gegen qualifizierte Eingriffe in ein wesentliches, sozial erhebliches Rechtsgut in Betracht kommt. Im Wesentlichen müssen zwei Anforderungen erfüllt sein – die Strafwürdigkeit und die Strafbedürftigkeit. Strafwürdigkeit meint im Wesentlichen die Sozialgefährlichkeit oder -schädlichkeit einer Rechtsgutsverletzung. Strafbedürftigkeit ist gegeben, wenn keine anderen wirksameren oder gleich wirksamen Mittel zur Verfügung stehen, um bestimmten Verhaltensweisen zu begegnen. Der Gesetzgeber hat bei der Frage, ob ein Verhalten als Ordnungswidrigkeit oder als Straftat zu behandeln ist, ein weites Ermessen.

²⁰⁴ Dies gilt prinzipiell auch im Hinblick auf eine verhängte Freiheitsstrafe; allerdings ist ein individueller, finanzieller Ausgleich einer Freiheitsstrafe deutlich schwieriger als die Kompensation einer Geldbuße.

²⁰⁵ Vgl. Dannecker/Biermann, in: Mestmäcker/Immenga, *GWB*, 4. Aufl., 2007, vor § 81, Tz. 21 ff.

163. In der Strafrechtslehre ist weitgehend anerkannt, dass nach den heutigen Maßstäben der Abgrenzung von Straftat und Ordnungswidrigkeit die Einstufung der gravierenden Kartellverstöße als bloße Ordnungswidrigkeit verfehlt und im Gesamtsystem des Strafrechts nicht mehr zu rechtfertigen ist.²⁰⁶ Die den Wettbewerb schützenden Ge- und Verbote des GWB gewährleisten die Offenhaltung der Märkte, den umfassenden Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit aller sowie fundamentale Funktionen der Wirtschaftssteuerung. In den letzten Jahren nimmt daneben der Schutz der Verbraucher eine zunehmende Bedeutung ein. Die Beeinträchtigung dieser Funktionen ist für die Wirtschaftsordnung in hohem Maße schädlich; insbesondere beim horizontalen Hardcore-Kartell sind Handlungs- und Erfolgsunrecht gravierend.²⁰⁷

164. Demgegenüber werden Verhaltensweisen als Ordnungswidrigkeiten eingestuft, die typischerweise massenhaft auftreten und von geringerem Handlungs- und Erfolgsunrecht geprägt sind, so etwa im Straßenverkehrsrecht. Daneben werden typischerweise Verstöße gegen Auskunfts-, Buchführungs-, Melde- und andere Ordnungspflichten mit Geldbußen geahndet. Schwerwiegende Kartellverstöße, die mit Geldbußen in Höhe von bis zu EUR 1 Mio. und darüber hinaus bei Zuwiderhandlungen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen mit bis zu zehn Prozent des von diesen erzielten Gesamtumsatzes geahndet werden können, fallen offensichtlich aus diesem Rahmen.

165. Insbesondere von den Kritikern einer erweiterten Kriminalisierung wird die Strafwürdigkeit von Kartellrechtsverstößen bezweifelt, da in der Allgemeinheit kein Konsens über deren Verwerflichkeit bestehe.²⁰⁸ Fraglich ist jedoch, ob ein solcher Konsens innerhalb der Allgemeinheit und insbesondere innerhalb der gegebenenfalls kartellrechtswidrig handelnden Wirtschaftskreise tatsächlich notwendige Voraussetzung einer strafrechtlichen Ahndung ist.²⁰⁹ Insbesondere ein Vergleich mit anderen im Nebenstrafrecht verankerten Straftatbeständen, z. B. im Recht des unlauteren Wettbewerbs (UWG), im Außenwirtschaftsgesetz (AWG) und im Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), macht deutlich, dass insofern kein höherer Grad an allgemeiner Übereinstimmung bezüglich der Strafwürdigkeit als bei Hardcore-Kartellen bestehen dürfte; der Gesetzgeber würde seinen Ermessensspielraum deshalb bei einer entsprechenden Kriminalisierung auch nicht überschreiten. Festzustellen ist außerdem, dass gerade aufgrund von Verhaltensweisen in jüngerer Zeit – insbesondere bezüglich Insiderhandel, Korruptions- und Kartellierungsvorgängen – sowie einer diesbezüglich intensivierten Berichterstattung das Wirtschaftsstrafrecht allgemein verstärkt in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gerückt ist. Das Argument eines mangelnden Konsenses könnte schließlich auch in sein Gegenteil gewendet werden: Ein Gefühl der Verwerflichkeit wird sich bei den Adressaten des Kartellrechts und der Allgemeinheit nicht spontan, sondern gerade als Folge einer weitergehenden Kriminalisierung entwickeln.²¹⁰

166. Die Frage der Strafbedürftigkeit von Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht steht in engem Zusammenhang mit der Frage der Wirksamkeit des gegenwärtig bestehenden Sanktionensystems. Gerade zu der wichtigen Frage einer ausreichenden Prävention lassen sich – wie oben dargelegt – derzeit keine abschließenden Feststellungen treffen. Allerdings gibt es Anzeichen dafür, dass insoweit erhebliche Defizite bestehen.

Demgegenüber werden zum Teil auch die Effektivität und Praktikabilität einer etwaigen strafrechtlichen Sanktionierung infrage gestellt. Beispielhaft genannt seien hier nur Verweise auf mangelnde kartellrechtliche Erfahrungen bei den Staatsanwaltschaften, auf die wahrscheinliche Verlängerung der Verfahrensdauer sowie die zu erwartende Überlastung der zuständigen Verfolgungsbehörden aufgrund des im Strafrecht geltenden Legalitätsprinzips.²¹¹ Hierzu ist festzustellen, dass auch nach Auffassung der Monopolkommission eine

206 Vgl. Dannecker/Biermann, a. a. O., vor § 81, Rn. 17 m. w. N. zu beiden Meinungen.

207 Vgl. Stockmann, a. a. O, S. 559, 566; Wagner-von Papp, WuW 2010, S. 268, 276 f.

208 Vgl. Dreher, WuW 2011, S. 232, 236 f.

209 Vgl. Baumann/Arzt, ZHR 1970, S. 24 ff., 32.

210 Vgl. Wagner-von Papp, WuW 2010, S. 268, 275.

211 In Österreich und den Niederlanden wurden Kriminalstrafen (mit Ausnahme des Submissionsbetrugs) u.a. mit der Begründung mangelnder kartellrechtlicher Expertise der Staatsanwaltschaft in den Jahren 2002 bzw. 1997 abgeschafft.

etwaige verstärkte strafrechtliche Ahndung von Kartellrechtsverstößen nur dann ihre volle Wirksamkeit erlangen kann, wenn sie von entsprechenden Verfahrensregelungen flankiert wird.²¹²

9 Erfahrungen im Ausland

167. Sowohl von Gegnern als auch von Befürwortern einer verstärkten strafrechtlichen Kartellbekämpfung werden die Erfahrungen ausländischer Rechtsordnungen im Hinblick auf die Kriminalisierung von Wettbewerbsverstößen als Beleg für die jeweilige Auffassung angeführt.

168. Allen voran die USA verfügen über langjährige Erfahrungen mit der strafrechtlichen Durchsetzung ihres Antitrust Law. Der Sherman Act sieht dort bereits seit 1890 Kriminalstrafen sowohl für Unternehmen („corporates“) als auch für natürliche Personen („individuals“) vor. Strafrechtliche Sanktionen wurden bis in die 1980er Jahre zwar nur sehr zögerlich angewandt; spätestens seit Einführung der Sentencing Guidelines im Jahr 1987 verhängten die Gerichte jedoch immer wieder – auch mehrjährige – Haftstrafen gegenüber Inwie Ausländern. Im Jahr 1974 wurde die gesetzliche Höchststrafe von einem auf drei Jahre und im Jahr 2004 nochmals auf zehn Jahre verschärft. Neben der hohen Strafandrohung wird insbesondere die konsequente Ermittlungsarbeit der Antitrust Division des Department of Justice für die erfolgreiche Durchsetzung des US-amerikanischen Wettbewerbsrechts verantwortlich gemacht.²¹³

169. In jüngerer Zeit haben das Vereinigte Königreich und Irland Kriminalstrafen für einige Wettbewerbsverstöße eingeführt. Im Vereinigten Königreich sieht der Enterprise Act 2002 strafrechtliche Sanktionen ausschließlich für natürliche Personen vor; die Höchststrafe beträgt dort fünf Jahre. In Bezug auf Unternehmen bleibt es bei der Verhängung von (bloßen) Bußgeldern, was den Überlegungen zur Ausgestaltung des deutschen Kartellrechts entspricht. Bislang wurden im Vereinigten Königreich erst zwei Kartellstrafverfahren abgeschlossen, wobei es lediglich in einem Fall („Marine Hose“) und nur aufgrund der Unterstützung der US-amerikanischen Behörden sowie Gerichte zu der Verhängung von Haftstrafen gegen die Angeklagten kam. In dem zweiten Verfahren („British Airways“) scheiterte eine Verurteilung daran, dass die damalige britische Wettbewerbsbehörde, das Office of Fair Trading (OFT), den vier Angeklagten kein strafbares Verhalten nachweisen konnte. Das Scheitern des Verfahrens wird – neben Ermittlungsfehlern des OFT – vor allem auf die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal „dishonestly“²¹⁴ in Section 188 (1) Enterprise ACT 2002 zurückgeführt. Fraglich war hier, ob es erforderlich ist, dass alle an dem Kartell Beteiligten dieses Merkmal erfüllen oder nur die jeweiligen Angeklagten. Da das Kartell nur aus zwei Unternehmen (British Airways und Virgin Atlantic Airways) bestand, Virgin einen Kronzeugenantrag stellte und dessen Angestellten darauf hin versichert wurde, dass nicht gegen sie ermittelt werde („no action letter“), und das OFT in der Folge bei diesen keine Beweise sicherte, konnte nicht geklärt werden, ob auch die Vertreter von Virgin „dishonestly“ handelten.²¹⁵ Im Jahr 2011 gab es deshalb Reformüberlegungen, die darauf abzielten, das Tatbestandsmerkmal „dishonestly“ abzuschaffen oder zu ersetzen.²¹⁶ Nach Section 47 (2) Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 ist dieses Merkmal in Section 188 (1) nunmehr ersatzlos gestrichen.²¹⁷

212 Vgl. hierzu Abschnitt 10 in diesem Kapitel.

213 Vgl. Wagner-von Papp, WuW 2009, 1236, 1137 f.

214 Im Deutschen etwa „unredlicherweise“. Das Merkmal dürfte – jedenfalls ganz grob – mit einer Schädigungsabsicht zu umschreiben sein. Zum Hintergrund vgl. Furse, M., *The Criminal Law of Competition in the UK and in the US. Failure and Success*, Cheltenham 2012, S. 115.

215 Vgl. dazu ebenda, S. 113 ff., 153 ff. Gegen British Airways verhängte die OFT später allerdings eine Geldbuße in Höhe von Pfund 58,5 Mio., während Virgin Atlantic Airways von der Kronzeugenregelung profitierte; vgl. OFT, Pressemitteilung vom 19. April 2012, <http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2012/33-12>, Abruf am 24. Juni 2014.

216 Vgl. Furse, M., *The Criminal Law of Competition in the UK and in the US. Failure and Success*, a. a. O., 2012, S. 160 ff.

217 Vgl. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/section/47/enacted>, Abruf am 24. Juni 2014.

170. In quantitativer Hinsicht stellt sich die Kartellverfolgung in Irland als deutlich erfolgreicher dar als im Vereinigten Königreich. Einerseits wurden in mehreren Kartellverfahren bereits über 30 natürliche Personen und Unternehmen zu Haft- und/oder Geldstrafen verurteilt, obgleich die irische Wirtschaft deutlich kleiner ist als die des Vereinigten Königreichs. Andererseits fielen die Strafen sehr moderat aus. Zudem wurde die Vollstreckung der Haftstrafen bislang stets ausgesetzt, sodass – soweit ersichtlich – noch niemand wegen eines Kartellrechtsverstößes tatsächlich inhaftiert wurde. Zudem hat Irland sein Kartellstrafrecht ausschließlich auf nationale Kartelle angewandt.²¹⁸

171. Während also die Erfahrungen mit der Kriminalisierung des Kartellrechts im Vereinigten Königreich und in Irland als eher ambivalent beschrieben werden können, geht von dem US-amerikanischen Vorgehen eine große Abschreckungswirkung aus, die sogar soweit reicht, dass weltweit operierende Kartelle aus Angst vor möglichen Kriminalstrafen nicht auf die USA ausgedehnt wurden. Die Erfahrungen in den USA führen allerdings auch deutlich vor Augen, dass die Effektivität einer Kriminalisierung von Hardcore-Kartellen entscheidend von der Umsetzung flankierender Maßnahmen abhängt.

Demgegenüber erscheint es nicht gerechtfertigt, von den Erfahrungen aus dem Vereinigten Königreich auf eine ähnliche Entwicklung in einem etwaigen deutschen Kartellstrafrecht schließen zu wollen. Zwar wären die rechtlichen Voraussetzungen insofern vergleichbar, als es auch in Deutschland ein „duales System“ mit Bußgeldern für Unternehmen einerseits und Kriminalstrafen für natürliche Personen andererseits gäbe. Allerdings war der Misserfolg im Fall „British Airways“, der die Wahrnehmung von der Kriminalisierung des Kartellrechts im Vereinigten Königreich maßgeblich zu prägen scheint, auf Ermittlungsfehlern des OFT und der Existenz des „dishonestly“-Merkmals, das im deutschen Kartellrecht keine Entsprechung findet, begründet. Schließlich dürften auch die Erfahrungen in Irland kaum gegen eine Kriminalisierung in Deutschland sprechen, da die hiesige Wirtschaft deutlich größer als die irische ist und dementsprechend bedeutendere Kartellverfahren mit höheren Strafen zu erwarten sind.

10 Flankierende Maßnahmen

172. Gegen eine erweiterte Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen wird die mangelnde Praktikabilität und Effektivität einer strafrechtlichen Ahndung angeführt. Neben Problemen, die das strafrechtliche Verfahren selbst betreffen, werden negative Rückwirkungen auf das kartellbehördliche Verfahren gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen befürchtet. Zweifel an der Effektivität strafrechtlicher Verfolgung werden mit dem Hinweis auf die regelmäßig überlastete Staatsanwaltschaft und ihr mangelndes Know-how in kartellrechtlichen Fragen begründet. Ferner sei damit zu rechnen, dass die Durchsetzung des Kartellrechts nicht gleichermaßen im Mittelpunkt des Interesses der Staatsanwaltschaft stehe, wie dies bei den Kartellbehörden der Fall sei; als Folge wird eine regelmäßige Verfahrenseinstellung erwartet. Hohe Verfahrens- und Beweisstandards würden zu äußerst umfangreichen und lang andauernden Prozessen führen. In der Folge wäre – aufgrund begrenzter Ressourcen – weniger Kartellverfolgung in der Breite möglich, was die Rechtsdurchsetzung letztlich schwächen würde. Dazu trage auch der Umstand bei, dass eine Konzentration auf die wichtigen Fälle wegen des im Strafprozess geltenden Legalitätsprinzips anders als im Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht möglich sei. Daneben wird auf die zunehmende Zuständigkeitspaltung von Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren hingewiesen, die einen vermehrten Abstimmungsaufwand zur Folge hätte und Ressourcen auch aufseiten der Kartellbehörden binden würde. Negative Rückwirkungen auf die behördliche Kartellverfolgung werden daneben vor allem in Bezug auf die Bonusregelung und das Settlement-Verfahren befürchtet.

173. Die vorgebrachten Einwände gegen eine weiter gehende Kriminalisierung sind nach Auffassung der Monopolkommission nicht alle gleichermaßen substantiell. Was das Know-how und das Interesse an einer strafrechtlichen Kartellbekämpfung aufseiten der Staatsanwaltschaft betrifft, dürfte gerade die Erweiterung

²¹⁸ Vgl. zum Ganzen Furse, M., a. a. O., 2012, S. 177, 186 f.

der Strafbarkeit von Kartellrechtsverletzungen dazu führen, dass entsprechende Kompetenzen und Kapazitäten aufgebaut werden. Daneben dürfen die Erfahrungen mit der bisherigen Einstellungspraxis, die sich lediglich auf die i. d. R. unbedeutenderen Fälle des Submissionsbetrugs beziehen, nicht ohne Weiteres auf schwerwiegende Hardcore-Kartelle, die schon jetzt mit Geldbußen in mehrstelliger Millionenhöhe geahndet werden, übertragen werden. Gerade im Hinblick auf derartige Kartelle scheint darüber hinaus die Geltung des Opportunitätsprinzips nicht zwingend; die erforderliche Flexibilität der Verfolgungsbehörden lässt sich auch im Rahmen des im Strafprozess geltenden Legalitätsprinzips über die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung nach den §§ 153 ff. StPO erreichen.

Darüber hinaus ist nicht zu erwarten, dass die Strafgerichtsbarkeit durch Verfahren mit Bezug zum Kartellrecht überfordert wird. Die auf Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Kammern müssen auch in anderen Bereichen komplexe Fälle bewältigen. Zudem gelten im gerichtlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren prinzipiell die strafprozessualen Grundsätze. Soweit im Strafverfahren ausgeprägtere Verfahrensrechte und Beweisstandards zu beachten sind, stehen diesen erweiterte Ermittlungsbefugnisse der Verfolgungsbehörden gegenüber. Außerdem kann im Strafprozess von der Möglichkeit der Verständigung nach § 257c StPO Gebrauch gemacht werden. Im Zusammenhang mit der Befürchtung einer weniger breiten Kartellverfolgung ist daran zu erinnern, dass kartellrechtliche Ordnungswidrigkeiten gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen weiterhin vonseiten der Kartellbehörden geahndet werden können, und zwar grundsätzlich unabhängig von der Verfahrensdauer und dem Ausgang des Strafprozesses.

174. Allerdings erscheint die Befürchtung negativer Rückwirkungen auf die Effektivität der kartellbehördlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren aufgrund einer vermehrten Verfahrensspaltung begründet. Ferner ist davon auszugehen, dass sich eine verstärkte strafrechtliche Kartellverfolgung auf die Bereitschaft zu Bonusanträgen auswirken wird; eine ähnliche Entwicklung könnte bei Settlement-Verfahren eintreten. Insoweit kann nach Ansicht der Monopolkommission die Effektivität einer erweiterten Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen nur durch zusätzliche Vorkehrungen sichergestellt werden.

10.1 Kronzeugen-Regelung

175. Einer Empfehlung zur Kriminalisierung einiger – aktuell noch als Bußgeldtatbestände ausgestalteter – Kartellrechtsverletzungen von natürlichen Personen könnte eine etwaige Beeinträchtigung der Bonus- bzw. Kronzeugenregelung des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission entgegenstehen. Es wird die Befürchtung geäußert, dass die gesetzliche Androhung strafrechtlicher Sanktionen für natürliche Personen zu einem Rückgang von Bonusanträgen führen wird. Da Kronzeugenregelungen als tendenziell positiv eingeschätzt werden²¹⁹ und die Bonusregelung nach Auskunft des Amtes die Einleitung zahlreicher Kartellverfahren bewirkt,²²⁰ hätte es erhebliche negative Effekte auf die hoheitliche Durchsetzung des Kartellrechts, wenn Letztere zukünftig nicht mehr in Anspruch genommen würde.

176. Nach Auffassung der Monopolkommission ist deshalb als flankierende Maßnahme zur Kriminalisierung von horizontalen Hardcore-Kartellen die Schaffung einer strafrechtlichen Kronzeugenregelung für das Kartellrecht notwendig. Zwar existiert im deutschen Strafrecht mit § 46b StGB bereits eine allgemeine Kronzeugenregelung, außerdem haben die Staatsanwaltschaften sowie die Strafgerichte mit den §§ 153 ff.

²¹⁹ Vgl. etwa Miller, N.H., Strategic Leniency and Cartel Enforcement, *American Economic Review* 99(3), 2009, S. 750-768; Brenner, S., An Empirical Study of The European Corporate Leniency Program, *International Journal of Industrial Organization* 27(6), 2009, S. 639-645; De, O., Analysis of Cartel Duration: Evidence from EC Prosecuted Cartels, *International Journal of the Economics of Business* 17, 2010, S. 33-65; Borell, J.-R./Jiménez, J.L./García, C., Evaluating antitrust leniency programs, *Journal of Competition Law and Economics*, 2014, doi:10.1093/joclec/nht017. Diese Einschätzung gilt insbesondere für die USA und das Vereinigte Königreich, da die dortige Teilnahme an Kronzeugenprogrammen mit der Befreiung von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Sanktionierung verbunden ist.

²²⁰ Vgl. Der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Andreas Mundt, in, o. V., Kampf gegen Preisabsprachen: 635 Millionen Euro: Kartellamt steuert auf Bußgeldrekord zu, *Focus Money online*, 30. Mai 2014: „Allein rund die Hälfte der Fälle des Bundeskartellamtes ging auf Hinweise von Kronzeugen zurück, berichtete Mundt.“

StPO grundsätzlich die Möglichkeit, auf die Erhebung der öffentlichen Anklage bzw. eine Verurteilung zu verzichten.²²¹ Als nachteilig erweist sich allerdings insoweit, dass der Sanktionsverzicht nach den genannten Vorschriften im Ermessen der zuständigen Stelle liegt. Nach Ansicht der Monopolkommission kann die reibungslose Anwendung der behördlichen Bonusregelung nur durch einen automatischen Straferlass im Gegenzug für die Aufklärung eines Kartellrechtsverstößes wirkungsvoll gewährleistet werden.

177. Eine automatische Immunität vor strafrechtlicher Verfolgung sehen einzelne Normen des Besonderen Teils des StGB sowie die Selbstanzeige im Steuerrecht gemäß § 371 Abgabenordnung (AO) vor. Nach § 298 Abs. 3 StGB wird nicht wegen Submissionsbetrugs bestraft, wer freiwillig verhindert, dass der Veranstalter das Angebot annimmt oder dieser seine Leistung erbringt. Daneben ist auf die Vorschriften der §§ 261 Abs. 9 StGB (Geldwäsche), 266a Abs. 6 Satz 2 StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) sowie auf 371 AO hinzuweisen. Gemein ist diesen Vorschriften, dass sie – verkürzt dargestellt – vom Täter das freiwillige Offenbaren der begangenen Tat und das Begleichen des eingetretenen Schadens verlangen.²²²

178. Letzteres scheint im Kartellrecht zwar nicht möglich, da aufgrund von Wettbewerbsbeschränkungen verursachte Schäden zum einen nur schwierig zu beziffern und zum anderen durch den Täter finanziell kaum auszugleichen wären. Dennoch ist die Einführung einer strafrechtlichen Kronzeugenregelung im Kartellrecht – wie auch die der Bonusregelung durch das Bundeskartellamt – damit begründbar, dass es in diesem Bereich eine hohe Dunkelziffer an Verstößen gibt, die ohne den Anreiz einer strafbefreienden Offenlegung niemals aufgeklärt und abgeurteilt werden könnten.

179. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 371 AO wegen einer Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 GG hat das Bundesverfassungsgericht in einem obiter dictum zurückgewiesen; die Gültigkeit der Norm sei nicht dadurch berührt, dass der Gesetzgeber in anderen Bereichen keine strafbefreiende Selbstanzeige geschaffen habe.²²³ Während der Selbstanzeige im Steuerrecht vor allem fiskalische Interessen zugrunde liegen, würde die Einführung einer strafbefreienden Kronzeugenregelung im Kartellrecht dem Wettbewerbsschutz dienen. Vor diesem Hintergrund wäre eine etwaige Ungleichbehandlung in Form der Einführung einer bereichsspezifischen Kronzeugenregelung jedenfalls gerechtfertigt.

180. Auch eine Verletzung des Grundsatzes schuldangemessenen Strafens im Sinne eines Untermaßverbotes²²⁴ ist nicht gegeben. Zwar würde einerseits auf die Bestrafung des Kronzeugen verzichtet und dadurch das Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit tangiert werden, sodass insofern den Strafzwecken der Repression und Prävention nur unzureichend genügt würde. Um schwerwiegende Verwerfungen zu vermeiden, wäre daher bei der Ausgestaltung der strafrechtlichen Kronzeugenregelung – in Entsprechung der Bonusregelung des Bundeskartellamtes – daran zu denken, den alleinigen Anführer des Kartells und denjenigen, der andere zur Teilnahme an dem Kartell gezwungen hat, von der Straffreiheit auszunehmen. Andererseits ist damit zu rechnen, dass eine Kronzeugenregelung zu einer hohen Aufdeckungs- sowie Sanktionswahrscheinlichkeit führen würde und damit einen großen Abschreckungseffekt für potenzielle Kartelltäter entfaltet; insofern wäre wiederum dem Strafzweck der (General-)Prävention gedient. Gleichzeitig würde aber auch der Repressionszweck verwirklicht, da nun solche Kartelltäter, deren Verstöße anderenfalls möglicherweise unentdeckt blieben, sanktioniert werden könnten. Damit würden beide Strafzwecke durch die Einführung der Kronzeugenregelung in der Summe sogar gestärkt. Im Übrigen wird selbst

221 Während § 46b StGB voraussetzt, dass es sich bei dem in Rede stehenden Delikt um ein solches mit im Mindestmaß erhöhter Freiheitsstrafe handelt, kommt eine Verfahrenseinstellung nach §§ 153 ff. StPO vor allem bei weniger schweren Delikten in Betracht.

222 Nach Wagner-von Papp, WuW 2010, S. 268, 276, Fn.63, könnte eine entsprechende Regelung an § 129 Abs. 6 a. F. angelehnt werden.

223 BVerfG, Urteil vom 28. Juni 1983 – 1 Bv 31/82, wistra 1983, 251.

224 Vgl. BGH, NJW 1971, 61, sowie BGH, NJW 1981, 692, 693: „Von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich darf sich die Strafe weder nach oben noch nach unten inhaltlich lösen.“. Vgl. auch Miebach, in: Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl. 2012, § 46 Rn. 209.

das Unterschreiten der schuldangemessenen Strafe bei besonders bedeutsamen Aufklärungsbeiträgen für vertretbar gehalten.²²⁵

181. Schließlich verstößt das In-Aussicht-Stellen eines Straferlasses im Rahmen einer Kronzeugenregelung nicht gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz, da der Täter nicht zur Kooperation gezwungen wird, sondern ihm lediglich die – zusätzliche – Möglichkeit einer solchen eröffnet wird.²²⁶

10.2 Settlements

182. Ein weiterer, im Zusammenhang mit der Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen problematisierter Punkt betrifft die Auswirkungen auf das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes. Aktuell wird der ganz überwiegende Teil der Bußgeldverfahren vor dem Bundeskartellamt mit den (Neben-)Betroffenen²²⁷ einvernehmlich beendet. Settlements sind für das Bundeskartellamt zu einem wichtigen Instrument der Kartellrechtsdurchsetzung geworden, da sie eine nicht unwesentliche Verkürzung des Bußgeldverfahrens zur Folge haben und außerdem deutlich weniger Rechtsmittelverfahren nach sich ziehen.

183. Kernaspekt der Settlements ist seitens des Betroffenen die Abgabe eines Geständnisses (bzw. seitens der Nebenbetroffenen einer sogenannten Settlement-Erklärung) sowie der Verzicht auf bestimmte Verfahrensrechte, wie etwa eine vollständige Akteneinsicht oder eine umfassende Begründung des Bußgeldbeschlusses. Im Gegenzug gewährt das Bundeskartellamt dem Betroffenen eine Bußgeldermaßigung; bei Hardcore-Kartellen (Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen) ist diese – in Entsprechung zum Vergleichsverfahren der Europäischen Kommission – auf zehn Prozent begrenzt. Die Teilnahme an dem Settlement-Verfahren ist für die Betroffenen freiwillig, und das Angebot zur Durchführung eines solchen steht im Ermessen des Bundeskartellamtes. Die Vorschriften über die Verständigung in Strafverfahren, insbesondere § 257c StPO, gelten in behördlichen Bußgeldverfahren zwar nicht; deren rechtsstaatliche Grundsätze finden hier aber gemäß § 46 Abs. 1 OWiG sinnngemäße Anwendung.²²⁸

184. Fraglich ist, ob die Ausgestaltung einiger kartellrechtlicher Verbotstatbestände als Straftaten einen negativen Einfluss auf die Settlement-Praxis des Bundeskartellamtes in Bußgeldverfahren haben wird. Dabei gilt es zunächst zu berücksichtigen, dass die Einführung von Kriminalstrafen überhaupt nur in Bezug auf natürliche Personen beabsichtigt ist, während es hinsichtlich der Zuwiderhandlungen durch juristische Personen bei der Ausgestaltung als bloße Ordnungswidrigkeiten bleiben soll. Folglich gäbe es eine Zweiteilung des kartellrechtlichen Sanktionenrechts mit Strafverfahren für natürliche Personen einerseits und Bußgeldverfahren für juristische Personen (bzw. Personenvereinigungen) andererseits. Nur für die Bußgeldverfahren vor den Kartellbehörden, insbesondere dem Bundeskartellamt, kommt auch zukünftig die Anwendung der eingangs geschilderten Settlement-Praxis in Betracht.

185. Möglicherweise entscheiden sich Unternehmen vermehrt gegen eine Teilnahme an dem Settlement-Verfahren, wenn die für den Kartellverstoß verantwortlichen natürlichen Personen im Nachgang eine Verurteilung in einem Strafverfahren fürchten müssen. Die Bereitschaft der in den Unternehmen zuständigen

²²⁵ Vgl. Maier, in Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl. 2012, § 46b Rn. 8, 112. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Kronzeugenregelung des § 31 BtMG gar als „schuldunabhängigen Strafmilderungsgrund“; vgl. BVerfG, NJW 2002, 908, 909.

²²⁶ Vgl. exemplarisch zum Kartellordnungswidrigkeitenrecht Wiesner, Der Kronzeuge im Kartellrecht, 2004, S. 147 ff., sowie Zagrosek, Kronzeugenregelungen im U.S.-amerikanischen, europäischen und deutschen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2006, S. 168 ff., jeweils m. w. N.

²²⁷ Settlements gibt es sowohl mit Unternehmen als auch mit den jeweiligen, für den Verstoß verantwortlichen natürlichen Personen. Da Ordnungswidrigkeiten nach der Konzeption des deutschen Rechts ausschließlich von natürlichen Personen begangen werden können, wird deren kartellrechtswidriges Handeln den Unternehmen nach § 30 OWiG zugerechnet. Deshalb werden im Bußgeldverfahren natürliche Personen als Betroffene und Unternehmen (nur) als Nebenbetroffene bezeichnet. Der Einfachheit halber wird im Folgenden für alle Bußgeldadressaten der Begriff „Betroffene“ verwendet.

²²⁸ Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren mit ausdrücklichem Hinweis auf Kartellordnungswidrigkeiten, BT-Drs. 16/12310 vom 18. März 2009, S. 15 f.

Leitungspersonen zur einvernehmlichen Verfahrensbeendigung könnte sinken. Denn im Falle der Existenz eines vorausgegangenen Settlements zwischen Unternehmen und Bundeskartellamt – einschließlich des obligatorischen Geständnisses – dürfte dieses zumindest faktisch eine gewisse präjudizielle Wirkung entfalten; die Aussichten der jeweiligen natürlichen Personen auf eine erfolgreiche Verteidigung vor den Strafgerichten wäre geschmälert. Zwar gibt es auch im Strafprozess die Möglichkeit der Verständigung, § 257c StPO. Es steht aber im Ermessen des Gerichts, einen entsprechenden Vorschlag zu machen, dem auch die Staatsanwaltschaft zustimmen muss. Angesichts einer drohenden Geld- oder sogar Freiheitsstrafe könnten sich die Angeklagten daher tendenziell eher zu einer streitigen Verteidigung entschließen.

186. Andererseits ist daran zu erinnern, dass das Settlement-Verfahren für Unternehmen gewichtige (Kosten-)Vorteile mit sich bringt. Das Unternehmen erreicht im Wege des Settlements eine deutliche Verkürzung des Kartellverfahrens und gelangt schnell aus der öffentlichen Berichterstattung, was etwaige Reputationsverluste mindert. Ob ein Unternehmen auf diese Vorteile verzichtet, um einzelne Mitarbeiter vor strafrechtlicher Verfolgung zu schützen, dürfte von vielen verschiedenen Umständen – der Ernsthaftigkeit von Compliance-Bestrebungen, der Stellung des Mitarbeiters im Unternehmen etc. – abhängen.

187. Je nachdem, wie schwerwiegend das aufgezeigte Problem bewertet wird, bieten sich verschiedene Vorgehensweisen an. Zum einen würde sich die Situation entschärfen, wenn die Entscheidung für ein Settlement auf Unternehmensebene einen Strafmilderungsgrund nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB darstellen würde. Ein entsprechender Passus müsste in eine Norm, die schwerwiegende Kartellrechtsverstöße unter Strafe stellt, aufgenommen werden. Gegenüber den verantwortlichen Unternehmensmitarbeitern dürfte dann bei zeitiger Freiheitsstrafe höchstens auf drei Viertel des angedrohten Höchstmaßes erkannt werden, bei Geldstrafe würde dasselbe für die Höchstzahl der Tagessätze gelten.

Einen entgegengesetzten Weg hat Australien eingeschlagen, wo im Jahr 2009 Hardcore-Kartelle kriminalisiert worden sind. Mitarbeiter der australischen Wettbewerbsbehörde haben sich dahin gehend geäußert, dass in den Fällen, in denen eine strafrechtliche Verfolgung in Betracht komme, die bisherigen Verständigungsmöglichkeiten entfallen. Die Wettbewerbsbehörde werde dann keine Verhandlungen führen.²²⁹ Nach Auffassung der Monopolkommission könnte ein Vorteil dieser Verwaltungspraxis darin liegen, dass sich damit die Anreize, ein Kartell selbst aufzudecken, um in den Genuss der Kronzeugenregelung zu kommen, erhöhen. Denn kartellbeteiligte Unternehmen und persönlich Verantwortliche müssen davon ausgehen, dass sie im Fall einer anderweitigen Aufdeckung eines strafbaren Kartells nicht von den Vorteilen eines Settlement-Verfahrens, insbesondere einer Bußgeldreduktion, profitieren können.

10.3 Zuständigkeit und Koordination der Behörden

188. Nach gegenwärtiger Rechtslage liegt die Kompetenz zur Verfolgung von Kartellrechtsverstößen in erster Linie bei den Kartellbehörden, § 81 Abs. 10 Nr. 3 GWB. Nur bei Anhaltspunkten für einen Submissionsbetrug gibt die Kartellbehörde das Verfahren gegen die betreffenden natürlichen Personen gemäß § 41 Abs. 1 OWiG an die Staatsanwaltschaft ab. Für die Verfolgung der juristischen Personen oder Personenvereinigungen bleiben die Kartellbehörden aber auch dann zuständig, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine natürliche Person wegen einer strafrechtlichen Anknüpfungstat ermittelt, § 82 GWB. Wegen der gespaltenen Zuständigkeit bestimmt Nr. 242 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) eine enge Zusammenarbeit zwischen Kartellbehörden und Staatsanwaltschaft. Legt ein Betroffener Einspruch gegen den Bußgeldbescheid ein, leiten die Kartellbehörden den Vorgang ebenfalls an die Staatsanwaltschaft weiter. Gemäß § 82a GWB haben die Kartellbehörden im gerichtlichen Bußgeldverfahren ein Fragerecht.

189. Eine Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen hätte zur Folge, dass Verfolgungszuständigkeiten vermehrt auf die Staatsanwaltschaften übergängen. Es besteht die Befürchtung, dass damit negative Rück-

²²⁹ Vgl. Bueren, E., Verständigungen – Settlements in Kartellbußgeldverfahren, Baden-Baden 2011, S. 424 m. w. N.

wirkungen auch auf die kartellbehördliche Ahndung von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verbunden wären. Aufgrund der häufigeren Verfahrensspaltung könnten sich Reibungsverluste ergeben, die z. B. aus den zahlreichen Abstimmungserfordernissen bei der Vorbereitung und Durchführung von Ermittlungshandlungen resultieren. Die Notwendigkeit eines vermehrten Ressourceneinsatzes bei den Kartellbehörden und eine längere Verfahrensdauer auch im Hinblick auf das behördliche Ordnungswidrigkeitenverfahren könnten die Folge sein. Dies könnte letztlich zu einer Situation führen, in der noch weniger Kartellverstöße (gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen) geahndet werden.

190. Um dieses Problem zu lösen, müssten die Kartellbehörden verstärkt in das strafrechtliche Verfahren eingebunden werden. Als Vorbild könnte insofern die Regelung der §§ 386 ff. AO dienen, der zufolge den Finanzbehörden im Steuerstrafverfahren zentrale Funktionen im Ermittlungsverfahren zugewiesen sind.²³⁰ Sie führen das Ermittlungsverfahren wegen einer Steuerstraftat nach § 386 Abs. 2 AO selbstständig und ohne Weisungsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft, solange diese das Verfahren nicht an sich zieht. Selbst wenn die Staatsanwaltschaft Herrin des Ermittlungsverfahrens ist, bleibt die Finanzbehörde Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft, § 402 AO. Gemäß § 403 AO haben die Finanzbehörden weitere Teilnahme-, Informations- und Anhörungsrechte. Beabsichtigt die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens, muss sie zuvor gemäß § 403 Abs. 4 AO die zuständige Finanzbehörde hören. Zur Begründung dieser Regelungen wird vor allem auf die besondere Sachkunde der Finanzbehörden hingewiesen. Mit demselben Argument könnte eine entsprechende Stellung der Kartellbehörden in Kartellstrafverfahren geschaffen werden.²³¹

191. Gleichzeitig sollte eine enge Zusammenarbeit zwischen Kartellbehörden einerseits und Staatsanwaltschaft und Polizei andererseits sichergestellt werden. Auf diese Weise könnte die Kartellverfolgung von den Erfahrungen der Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Ermittlungsarbeit und entsprechenden personellen Ressourcen profitieren.

11 Sonstige Optionen zur Erweiterung des Sanktionensystems

192. In der aktuellen Debatte um eine Erweiterung des (kartell-)rechtlichen Sanktionensystems werden neben der verstärkten strafrechtlichen Verfolgung von Zuwiderhandlungen weitere Optionen erörtert. Im Folgenden diskutiert die Monopolkommission einige der Vorschläge, die für die Kartellverfolgung besonders relevant erscheinen.

11.1 Berufsverbot

193. Bei einer erweiterten strafrechtlichen Ahndung von Kartellrechtsverletzungen würde die Bestimmung des § 70 StGB dem Gericht im Hinblick auf die neu erfassten Verhaltensweisen die Möglichkeit eröffnen, dem Täter die Ausübung seines Berufs für eine befristete Dauer oder auch unbefristet zu verbieten. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass von der Androhung eines Berufsverbotes – ähnlich wie von der Androhung von Kriminalstrafen – eine erhöhte Abschreckungswirkung gegenüber den verantwortlichen natürlichen Personen ausgehen würde. Zudem würde das Berufsverbot den Handelnden selbst treffen und somit das „Principal-Agent-Problem“ lösen, das besteht, wenn der Kartellrechtsverstoß zwar von einer natürlichen Person begangen wird, die Sanktion aber das dahinter stehende Unternehmen trifft.

194. Für den Fall, dass der Gesetzgeber auch in Zukunft von einer stärkeren strafrechtlichen Verfolgung absehen sollte, ist daher die Einführung von Berufsverboten im GWB, die an die Verhängung einer Geldbuße geknüpft sein könnten, zu erwägen. Damit eine Befolgung des Berufsverbotes sichergestellt ist und Zuwiderhandlungen hiergegen effektiv geahndet werden können, wäre ferner eine entsprechende Änderung des

²³⁰ Vgl. Biermann, ZWeR 2007, S. 1 ff., 43 f.

²³¹ Vgl. Klocker/Ost, in FS Rainer Bechtold, 2006, S. 229, 245 f., die eine Zuständigkeit der Kartellbehörden als Verfolgungsbehörde auch nach Einlegung des Einspruchs gegen den Bußgeldbescheid vorschlagen.

§ 145c StGB erforderlich, da die Bestimmung in der geltenden Fassung lediglich Zuwiderhandlungen gegen strafgerichtlich verhängte Berufsverbote sanktioniert.

195. Eine bereichsspezifische Vorschrift, die einen bußgeldbewehrten Verstoß sanktioniert, existiert de lege lata in Gestalt des § 25 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 JArbSchG. Dieser verbietet es Personen, gegen die wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 58 Abs. 1 bis 4 JArbSchG wenigstens dreimal eine Geldbuße rechtskräftig festgesetzt worden ist, Jugendliche zu beschäftigen, zu beaufsichtigen, etc. Ein Verstoß gegen das Beschäftigungsverbot des § 25 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 JArbSchG ist wiederum gemäß § 58 Abs. 2 JArbSchG bußgeldbewehrt. Eine gesonderte gerichtliche oder behördliche Untersagung ist nicht erforderlich; das Verbot greift vielmehr von Gesetzes wegen. Die Vorschrift zeigt, dass selbst ein solch schwerwiegender Eingriff wie die Verhängung eines Berufsverbotes nicht lediglich im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung, sondern auch bei der Festsetzung einer Geldbuße in Betracht kommt. Im Kartellordnungswidrigkeitenrecht kann die überragende Bedeutung des Wettbewerbsschutzes ein Berufsverbot in gleichem Maße rechtfertigen.

196. Die Monopolkommission gibt ferner zu bedenken, dass das Berufsverbot des § 70 StGB als Maßregel der Besserung und Sicherung in erster Linie präventiv wirkt, indem es die Allgemeinheit vor spezifischen, mit der Ausübung eines Berufes oder Gewerbes verbundenen Gefahren schützt.²³² Dieser Schutzzweck beansprucht auch im Kartellordnungswidrigkeitenrecht Geltung. Denn es ist zu befürchten, dass sich eine Leitungsperson, die bereits gegen das Verbot von Hardcore-Kartellen verstoßen hat, erneut in ähnlicher Weise verhalten und damit der Allgemeinheit ganz erheblichen Schaden zufügen wird.

197. Darüber hinaus sind berufs- bzw. gewerbebezogene Ausübungsbeschränkungen mit präventivem Charakter auch dem deutschen Verwaltungsrecht nicht fremd. So kann gemäß § 21 Abs. 1 GastG die Beschäftigung einer Person in einem Gaststättenbetrieb dem Gewerbetreibenden untersagt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person die für ihre Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Im Unterschied zu dem Berufsverbot im Sinne des § 70 Abs. 1 StGB richtet sich hier die Maßnahme gegen den Gewerbetreibenden und nicht gegen den Beschäftigten. Nach § 35 Abs. 1 GewO ist die Ausübung eines Gewerbes von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun. Weitere Voraussetzung der Untersagung ist ihre Erforderlichkeit zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten. Die Untersagung kann bei ausreichenden Anhaltspunkten für die Unzuverlässigkeit auch auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person sowie auf Einzelne andere oder auf alle Gewerbe erstreckt werden.

198. Gemein ist diesen Regelungen, dass sie die Untersagungsmöglichkeit an die Unzuverlässigkeit des Handelnden knüpfen. Dieser Rechtsgedanke ist auf das Wettbewerbsrecht übertragbar. So lässt sich kaum bestreiten, dass eine Leitungsperson, die dem Verbot von Hardcore-Kartellen in bußgeldbewehrter Weise zuwiderhandelt, unzuverlässig ist.

11.2 Erhöhte Aufdeckungswahrscheinlichkeit durch Belohnung von Whistleblowing?

199. Grundsätzlich gibt es zwei Möglichkeiten, die Präventivwirkung von kartellrechtlichen Sanktionen zu steigern; zum einen durch eine Erhöhung der angedrohten Sanktionen, zum anderen durch eine Intensivierung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit. Letztere könnte erreicht werden, indem Personen, die Hinweise auf einen aktuellen oder vergangenen Kartellrechtsverstoß geben (sogenannte „Whistleblower“ bzw. „Whistleblowing“), hierfür finanziell entlohnt werden.

²³² Vgl. Athing/Bockemühl, Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl., München 2012, § 70 Rn. 2.

200. Es gibt grundsätzlich zwei verschiedene Ansätze, Anreize für Whistleblower zu setzen: interne sowie externe Whistleblowing-Systeme. Während bei Ersteren die Vorteile für die Aufdeckung von Missständen im Unternehmen durch diesen selbst ausgelobt werden (also von innen), erfolgt bei Letzteren die Belohnung für die Meldung von Verstößen seitens des Unternehmens durch staatliche Stellen (mithin von außen).

201. In den USA wird die Inanspruchnahme beider Whistleblowing-Varianten gesetzlich besonders nachdrücklich gefördert. Die Installierung von unternehmensinternen Whistleblowing-Systemen in den dortigen Compliance-Programmen wird durch den Sarbanes-Oxley Act für an US-Börsen notierte Publikumsgesellschaften sowie die Federal Sentencing Guidelines vorgeschrieben. Im Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, mit dem die US-Finanzaufsicht umfassend reformiert wurde, sind zudem Belohnungen für Hinweise auf Straftaten durch die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde, d. h. extern, vorgesehen. Diese zahlt dem Hinweisgeber dabei zwischen 10 und 20 Prozent der gegen das Unternehmen verhängten Geldstrafe bzw. -buße.²³³

202. In Deutschland existieren zurzeit weder gesetzliche Regelungen, die ein internes Whistleblowing-System vorschreiben, noch solche, die ein externes Whistleblowing-System vorsehen. Im Jahr 2012 gab es aus der SPD-Bundestagsfraktion zwar einen Gesetzentwurf, der die Regelung der „Rahmenbedingungen für Hinweise von Beschäftigten über innerbetriebliche Missstände, um insbesondere Benachteiligungen von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern zu verhindern und zu beseitigen“ (vgl. § 1 HinwGebSchG-E), vorgeschlagen hat.²³⁴ Dieser Vorschlag enthielt aber keine finanziellen Anreize für Whistleblower in Form von Belohnungen. Ein ähnlicher Gesetzentwurf kam ferner aus der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN²³⁵, und auch die Bundestagsfraktion DIE LINKE hat einen Antrag für einen besseren Schutz von Whistleblowern vorgelegt.²³⁶ Der Bundestag hat sich indes gegen die Gesetzesinitiativen ausgesprochen und die Vorschläge abgelehnt.²³⁷ Die Europäische Kommission hat offenbar im Jahr 2012 einen Verordnungsentwurf vorbereitet, der finanzielle Anreize für Hinweise im Bereich von Kapitalmarktverbrechen vorsieht.²³⁸ Mittlerweile lehnt sie die Schaffung einer Verordnung für einen unionsweiten, einheitlichen Schutz von Whistleblowern aber ebenfalls ab.²³⁹

203. Im Schrifttum werden vorwiegend moralische Bedenken gegen die Schaffung von Whistleblowing-Systemen vorgebracht. Es wird eine Intensivierung des Denunziantentums befürchtet, wobei interne Systeme insofern als weniger problematisch gelten, als ohne die Einschaltung externer Stellen die – vermeintliche – Loyalitätsverletzung des Hinweisgebers gegenüber dem eigenen Unternehmen als weniger gravierend angesehen wird. Ferner wird auf das Missbrauchsrisiko hingewiesen, das bestehe, wenn Mitarbeiter aus rein finanziellen Interessen und aus nichtigen Anlässen Kollegen – schlimmstenfalls wahrheitswidrig – beschuldigen. Besonders groß ist die Kritik an etwaigen Prämien für Hinweisgeber, die selber an Verstößen beteiligt sind; mit einer an Recht und Moral orientierten Unternehmensethik sei dies nicht vereinbar.²⁴⁰

233 Vgl. Buchert, CCZ 2013, 144, 146; Wrase/Fabritius, CCZ 2011, 69, 70.

234 Vgl. Bundestagsfraktion der SPD, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern – Whistleblowern (Hinweisgeberschutzgesetz – HinwGebSchG), BT-Drs. 17/8567 vom 7. Februar 2012. Zur Kritik an dem Entwurf vgl. Mengel, CCZ 2012, 146 ff.

235 Vgl. Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern (Whistleblower-Schutzgesetz), BT-Drs. 17/9782 vom 23. Mai 2012.

236 Vgl. Bundestagsfraktion von Die Linke, Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen – Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen, Antrag, BT-Drs. 17/6492 vom 5. Juli 2011.

237 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss), BT-Drs. 17/12577 vom 28. Februar 2013.

238 So ein Bericht des Handelsblattes vom 25. Oktober 2012, <http://www.handelsblatt.com/politik/international/wirtschaftskriminalitaet-eu-kommission-will-whistleblower-praemie-einfuehren/7301992.html>, Abruf am 24. Juni 2014. Vgl. dazu auch Buchert, CCZ 2013, 144.

239 Vgl. <http://deutsche-wirtschafts-nachrichten.de/2013/11/01/eu-lehnt-gesetz-zum-schutz-von-whistle-blowern-ab/>, Abruf am 24. Juni 2014.

240 Vgl. zum Ganzen Buchert, CCZ 2013, 144, 146; Wrase/Fabritius, CCZ 2011, 69 (70).

204. In rechtlicher Hinsicht werden bei externen Systemen Konflikte mit der arbeitsrechtlichen Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber befürchtet. Im deutschen Recht besteht hier lediglich die allgemein gehaltene Vorschrift des § 612a BGB, der die Benachteiligung eines Arbeitnehmers verbietet, sofern dieser in zulässiger Weise seine Rechte ausübt, sowie die bereichsspezifische Bestimmung des § 17 Abs. 2 ArbSchG, die es dem Arbeitnehmer bei unzureichenden Maßnahmen im Bereich Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz erlaubt, sich an die zuständige Behörde zu wenden, wenn der Arbeitgeber einer entsprechenden Beschwerde zuvor nicht abgeholfen hat.²⁴¹

205. Im Hinblick auf die Förderung von Whistleblowing speziell im Wettbewerbsrecht sind diese Vorschriften allerdings kaum weiterführend: Während § 612a BGB voraussetzt, dass der Arbeitnehmer seine Rechte in zulässiger Weise ausübt, was in Bezug auf Whistleblower gerade noch nicht geklärt ist, betrifft § 17 Abs. 2 ArbSchG ausschließlich Aspekte des Arbeitsschutzes. Bei Schaffung eines Whistleblowing-Systems für kartellrechtliche Missstände müsste daher eine dem § 17 Abs. 2 ArbSchG entsprechende Regelung geschaffen werden.

206. In Betracht kommt ferner eine Strafbarkeit des Whistleblowers nach § 17 Abs. 1 UWG. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Hinweisgeber ein „Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis“ offenbart hat. Um ein solches annehmen zu können, muss der Wille des Betriebsinhabers indes auf einem berechtigten wirtschaftlichen Interesse beruhen; allein sein Wille macht eine bestimmte Tatsache noch nicht zu einem Geheimnis im Sinne des § 17 Abs. 1 UWG.²⁴² An der Geheimhaltung eines bloßen Kartellrechtsverstößes besteht nach Auffassung der Monopolkommission jedoch kein schutzwürdiges Interesse, sodass es sich bei einem solchen auch nicht um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handeln dürfte. Zweifelhaft ist darüber hinaus, ob die Offenbarung kartellrechtlicher Missstände im Unternehmen das Tatbestandsmerkmal der Preisgabe zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, erfüllt. Im Falle der Existenz eines externen Whistleblowing-Systems liegt es jedenfalls nahe, den Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG, der eine Preisgabe voraussetzt, insofern teleologisch zu reduzieren, als die Preisgabe von Hinweisen über unternehmensinterne Missstände an staatliche Stellen nicht tatbestandsmäßig ist; anderenfalls käme es zu einem Wertungswiderspruch, weil ein vom Staat aktiv gefördertes Verhalten strafbar wäre.²⁴³

207. Entsprechend der Situation in den USA könnten Vorgaben zur Schaffung bzw. Ausgestaltung interner Whistleblowing-Systeme in den Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) inkorporiert werden. Bei diesem Regelwerk, das von einer Regierungskommission erarbeitet worden ist und Verhaltensempfehlungen für börsennotierte Unternehmen enthält, handelt es sich zwar nur um „soft law“, da sein Inhalt für die Unternehmen nicht verbindlich ist. Allerdings wird der DCGK von vielen Unternehmen freiwillig befolgt, sodass eine weitgehende faktische Bindungswirkung von ihm ausgeht.

208. Gegenüber internen Whistleblowing-Systemen hat die externe Variante aber den Vorzug größerer Rechtssicherheit – sowohl für den Hinweisgeber als auch im Hinblick auf die Aufdeckungs- bzw. Verfolgungswahrscheinlichkeit von Verstößen. Wendet sich der Hinweisgeber im Rahmen der Inanspruchnahme eines internen Systems an die zuständige Stelle im Unternehmen, wird das kartellrechtswidrige Verhalten im Unternehmen aber allgemein – unter anderem auch von der Geschäftsführung – gebilligt, erhält der Hinweisgeber möglicherweise nicht nur die in Aussicht gestellte Belohnung nicht; vielmehr könnte er zusätzlich erst recht als „Netzbeschmutzer“ angesehen werden. In einem solchen Fall dürfte der Verstoß seitens der Geschäftsführung des Unternehmens darüber hinaus kaum an die zuständige staatliche Stelle weitergeleitet werden, sodass jener weder beendet noch aufgedeckt bzw. verfolgt wird.

241 Vgl. dazu Weber-Rey, AG 2006, 406, 410 f., mit ergänzenden Hinweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG einerseits sowie des BAG andererseits.

242 Vgl. Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 197. Erg.-Lfg. 2014, § 17 UWG Rn. 9.

243 Vgl. Buchert, CCZ 2013, 144, 148.

209. Daher dürfte ein externes Whistleblowing-System trotz der genannten moralischen Bedenken der internen Variante gerade im Bereich kartellrechtlicher Verstöße vorzuziehen sein. Jedenfalls für Hinweisgeber, die an dem Verstoß nicht beteiligt waren, könnte eine Prämie ausgelobt werden. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dürfte es geboten sein, die Belohnung jedenfalls solchen Hinweisgebern zu verweigern, die Anführer des offen gelegten Verstoßes waren oder andere zur Begehung eines Verstoßes gezwungen haben. Eine entsprechende Einschränkung macht das Bundeskartellamt auch bei der Gewährung eines Bußgelderlasses für die Inanspruchnahme seiner Bonusregelung.²⁴⁴

11.3 Unternehmensstrafrecht

210. Fraglich ist, ob die Einführung strafrechtlicher Sanktionen für Unternehmen und sonstige Verbände (sogenannte „Verbandsstrafe“) im Rahmen der Überlegungen zur Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen vorteilhaft wäre. Im September 2013 hat das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen einen Gesetzentwurf zur Einführung von Verbandsstrafen²⁴⁵ vorgelegt, nachdem dies zuvor bereits Thema auf der Konferenz der Justizminister/-innen im Herbst 2012 gewesen ist. Im November 2013 hat die Konferenz den Gesetzentwurf begrüßt und beschlossen, ihn zur Befassung durch den Bundesrat weiter abzustimmen.

211. Der Entwurf sieht die Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuchs („VerbStrG“) vor, soweit die originär strafrechtliche Sanktionierung von Verbänden eine abweichende Regelung von den allgemeinen strafrechtlichen bzw. -prozessualen Vorschriften erfordert. Es soll eine strafrechtliche Haftung von Verbänden für solche Verstöße eingeführt werden, die zwar von den Mitarbeitern/Mitgliedern des Verbandes begangen werden, aber eine den Verband selbst treffende Pflicht verletzen oder diesen bereichern (sollen). Vorgesehen sind Verbandsstrafen (Verbandsgeldstrafe²⁴⁶, Verbandsverwarnung mit Strafvorbehalt, öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung) sowie Verbandsmaßnahmen (Ausschluss von Subventionen, Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge, Verbandsauflösung), vgl. § 4 VerbStrG-E.

212. Die Einführung von Verbandsstrafen wird vor allem damit begründet, dass nur mit der Verhängung von Kriminalstrafen ein sozial-ethisches Unwerturteil verbunden sei, während bloße Ordnungswidrigkeiten sowohl von den Handelnden als auch von der Öffentlichkeit überwiegend als harmlose Pflichtenverstöße verstanden würden. Kriminalstrafen entfalten damit eine größere Abschreckungswirkung und seien aus Präventionsgesichtspunkten sinnvoll. Aufgrund der Geltung des Opportunitätsprinzips im Ordnungswidrigkeitenrecht statt des Legalitätsprinzips im Strafprozessrecht sei eine konsequente und gleichmäßige Verfolgung sowie Sanktionierung von Unternehmen aktuell nicht sichergestellt. Verwiesen wird insofern auf eine Praxisbefragung durch das Justizministerium in NRW, nach der im Zeitraum 2006 bis 2011 (nur) neun von 19 Staatsanwaltschaften in insgesamt 27 Fällen die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße wegen einer Straftat gemeldet haben. Des Weiteren werde die Einführung eines Unternehmensstrafrechts der wachsenden Bedeutung von Unternehmen in der Wirtschaft und der steigenden Wirtschaftskriminalität nicht gerecht. Schließlich werde die Schaffung von effektiven Sanktionen für Rechtsverstöße von Unternehmen unionsrechtlich gefordert, und es bestehe in den Mitgliedstaaten ein Trend zur Kriminalisierung von Sanktionen gegen Unternehmen.²⁴⁷

²⁴⁴ Vgl. BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006, Tz. 3, 4, 19.

²⁴⁵ Land Nordrhein-Westfalen, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, <http://justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/schwerpunkte/korruption/index.php>, Abruf am 24. Juni 2014.

²⁴⁶ Zur Höhe der Geldstrafe: Die Anzahl der Tagessätze der Geldstrafe beträgt mindestens fünf und höchstens 360, vgl. § 6 Abs. 1 VerbStrG-E. Die Höhe der Tagessätze entspricht dem 360. Teil des Jahresertrages des Verbandes, mindestens jedoch EUR 100, vgl. § 6 Abs. 4 Satz 2 VerbStrG-E. Die Geldstrafe darf zehn Prozent des durchschnittlichen Gesamtumsatzes des Unternehmens bzw. der Unternehmensvereinigung nicht übersteigen, § 6 Abs. 4 Satz 3 VerbStrG-E.

²⁴⁷ Vgl. insbesondere die Begründung des Gesetzentwurfs (Fn. 153) sowie Kutschaty, ZRP 2013, 74 f.

213. Dem werden im Wesentlichen folgende Argumente entgegengehalten:²⁴⁸ Die geltende Rechtslage sehe ausreichende Sanktionsmöglichkeiten vor. Bereits jetzt könnten Geldbußen im Millionenbereich verhängt werden; notfalls sei der Bußgeldrahmen zu erweitern. Gegen die handelnden natürlichen Personen sei die Verhängung von Kriminalstrafen ohnehin in weiten Teilen möglich. Darüber hinaus sei es realitätsfern, dass sich die Handelnden von einer rechtstheoretischen Überlegung wie der des sozial-ethischen Unwerturteils beeinflussen lassen. Vielmehr werde der Verstoß durch eine rationelle Entscheidung auf Basis einer Kosten-Nutzen-Rechnung begangen. Eine Reduzierung von Regelverstößen sei nicht zu erwarten. Auf die Intensivierung der Strafverfolgungspraxis der Staatsanwaltschaften im Hinblick auf Unternehmen hätten diese bereits zahlreiche interne Vorkehrungen getroffen und etwa Compliance-Programme installiert oder ausgebaut. Die Einführung von Kriminalstrafen sei unionsrechtlich nicht angezeigt; vielmehr werde die Art der Haftung juristischer Personen für begangene strafrechtliche Handlungen den Mitgliedstaaten überlassen. Aufgrund der bußgeldrechtlichen Haftung sowie der Möglichkeit, Gewinne abzuschöpfen, sei das deutsche Unternehmensstrafrecht (im weiteren Sinne) nicht defizitär, sondern strenger als in vielen anderen Mitgliedstaaten. Darüber hinaus könnten nur natürliche Personen schuldhaft handeln, sodass die Einführung einer originären strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Verbandes im deutschen Recht zumindest problematisch sei.

214. Die Monopolkommission steht der Einführung eines Unternehmensstrafrechts im Kartellrecht skeptisch gegenüber. Ihrer Ansicht nach ist es für eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung entscheidend, Anreize für kartellrechtskonformes Verhalten bei den unmittelbar handelnden Unternehmensmitarbeitern zu setzen. Gegenüber der Verhängung von Geld- und insbesondere Haftstrafen gegen natürliche Personen erscheint der mit der Einführung der Verbandsstrafe verbundene Ausspruch eines sozial-ethischen Unwerturteils nur von untergeordneter Bedeutung. Denn vom Standpunkt eines Unternehmens bzw. seiner Eigentümer könnte es einen geringeren Unterschied machen, ob es mit einer Geldstrafe oder einer Geldbuße sanktioniert wird. Bedeutsamer als die Einführung von Geldstrafen gegen Unternehmen erscheint insofern die Veröffentlichung der verhängten Sanktionen, weil damit bedeutende Reputationsverluste für das Unternehmen einhergehen können. Insofern sind gerade im Kartellrecht allerdings keine Defizite zu verzeichnen, da die zuständigen Behörden – insbesondere das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission – regelmäßig über Kartellverfahren und Sanktionen gegen Unternehmen berichten. Schließlich ist bei Hardcore-Kartellen eine mangelnde Verfolgung durch das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission trotz der Geltung des Opportunitätsprinzips nicht ersichtlich; insofern bedarf es der Geltung des Legalitätsprinzips nicht.

12 Fazit

215. Die Frage einer möglichen erweiterten Kriminalisierung von Kartellrechtsverletzungen bildet einen wichtigen Aspekt in der aktuellen wettbewerbsrechtlichen und -politischen Diskussion um ein angemessenes Sanktionensystem. Die behördliche wie die private Kartellverfolgung unterliegen in den letzten Jahren und auch noch gegenwärtig weitreichenden Entwicklungen – sowohl was die rechtlichen Rahmenbedingungen als auch was die Anwendungspraxis betrifft. Dies macht eine abschließende Einschätzung der von dem bestehenden Sanktionensystem ausgehenden Abschreckungswirkung schwierig. Es ist ferner nicht auszuschließen, dass dieses derzeit noch nicht seine volle Präventionswirkung entfaltet. Zu dieser Einschätzung trägt der Umstand bei, dass eine Reihe der in den letzten Jahren aufgedeckten und verfolgten Kartelle bis in die 1990er Jahre zurückreichen. Die zentrale Frage der angemessenen Abschreckung bedarf daher mittelfristig weiterer Untersuchung.

216. Allerdings existieren einige Anhaltspunkte dafür, dass die Abschreckungswirkung des kartellrechtlichen Sanktionensystems gesteigert werden sollte. Sollten künftige Analysen dies bestätigen, erachtet die

²⁴⁸ Vgl. insbesondere Leipold, ZRP 2013, 34 ff.; Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 9/2013, <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2013/>, Abruf am 24. Juni 2014.

Monopolkommission insbesondere Maßnahmen für erwägenswert, mit denen Anreize direkt bei den persönlich handelnden Unternehmensmitarbeitern gesetzt werden. Insofern könnte in erster Linie eine – über den Submissionsbetrug hinausgehende – strafrechtliche Verfolgung von Hardcore-Kartellen in Betracht gezogen werden. Um die Wirksamkeit einer etwaigen strafrechtlichen Sanktionierung zu erhöhen, wären flankierende Maßnahmen zu ergreifen; insbesondere müsste eine strafrechtliche Kronzeugenregelung für Kartelltäter geschaffen und die Stellung der Kartellbehörden im Strafprozess gestärkt werden.

217. Ein anderes Instrument zur Erhöhung der Prävention kartellrechtlicher Sanktionen, das ebenfalls unmittelbar auf die handelnde Person abzielt, wäre die Befugnis der Kartellbehörden zur Verhängung von Berufsverboten. Daneben könnte die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung von Kartellen durch eine gesetzlich vorgesehene Entlohnung von Hinweisgebern erhöht werden. Die Einführung eines Unternehmensstrafrechts sieht die Monopolkommission hingegen jedenfalls für den Bereich des Kartellrechts als nicht zielführend an.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen erscheinen im Nomos-Verlag, Baden-Baden.

Hauptgutachten

Hauptgutachten I:	(1973/1975):	Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977.
Hauptgutachten II:	(1976/1977):	Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978.
Hauptgutachten III:	(1978/1979):	Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980.
Hauptgutachten IV:	(1980/1981):	Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982.
Hauptgutachten V:	(1982/1983):	Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984.
Hauptgutachten VI:	(1984/1985):	Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986.
Hauptgutachten VII:	(1986/1987):	Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988.
Hauptgutachten VIII:	(1988/1989):	Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990.
Hauptgutachten IX:	(1990/1991):	Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992.
Hauptgutachten X:	(1992/1993):	Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994.
Hauptgutachten XI:	(1994/1995):	Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996.
Hauptgutachten XII:	(1996/1997):	Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998.
Hauptgutachten XIII:	(1998/1999):	Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000.
Hauptgutachten XIV:	(2000/2001):	Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003.
Hauptgutachten XV:	(2002/2003):	Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005.
Hauptgutachten XVI:	(2004/2005):	Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006.
Hauptgutachten XVII:	(2006/2007):	Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008.
Hauptgutachten XVIII:	(2008/2009):	Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010.
Hauptgutachten XIX:	(2010/2011):	Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012.
Hauptgutachten XX:	(2012/2013):	Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte. 2014.

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungen KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.
- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.

- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002.
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreiskrankenhaus Mellrichstadt). 2006.
- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.

- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren! 2014.