



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Individualstrafen im Kartellrecht Die Bekämpfung von Hardcore-Kartellen“**

Dissertation vorgelegt von Maren Laura Rüdesheim

Erstgutachter: Prof. Dr. Gerhard Dannecker

Zweitgutachter: Prof. Dr. Kai Cornelius

Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht

## 1. Problemaufriss und Gegenstand der Arbeit

Die Frage, wie besonders schwerwiegende Kartellverstöße bekämpft werden sollen, beherrschte in den vergangenen Jahren – angesichts spektakulärer Kartellfälle, wie etwa dem Süßwaren-, das Wurst-, oder das Bierkartell – die rechtspolitische Diskussion. Die Debatte ist nicht neu. Bereits bei Einführung des GWB sowie in den 70er und 80er Jahren wurde die Einführung von Kriminalstrafen diskutiert. Unlängst entschlossen sich auch einige europäische Mitgliedstaaten – darunter Großbritannien, Frankreich und Norwegen, schwere Kartellverstöße zu kriminalisieren.

Doch ist der deutsche Gesetzgeber bis heute von seiner Entscheidung – Hardcore-Kartelle vornehmlich mit den Mitteln des Kartellordnungswidrigkeitenrechts zu verfolgen – nicht abgerückt. Dennoch mehren sich die Stimmen, – unter ihnen die Monopolkommission – die sich dafür aussprechen, nicht nur das Submissionskartell als Spezialfall einer Kartellbildung, sondern auch Hardcore-Kartelle von der Ordnungswidrigkeit zur Straftat zu erheben. Denn trotz einer verstärkten Kartellverfolgung, insbesondere der Verhängung immer höherer Geldbußen in Deutschland und Europa, sei es – so die Monopolkommission – in den vergangenen Jahren nicht gelungen, Hardcore Kartelle in ihrer Anzahl und in ihrem Ausmaß einzudämmen. Auch auf internationaler Ebene fordern bereits seit geraumer Zeit die OECD und das *International Competition Network* (ICN), die Einführung von Individualstrafen.

Das Bundeskartellamt hingegen lehnt eine Kriminalisierung des Kartellrechts ab, da sich die Abschreckungswirkung des Kartellsanktionenrechts durch die Einführung von Individualsanktionen nicht erhöhen, sondern verringern würde, indem sie das heute schon äußerst komplexe Kartellverfahren zusätzlich erschwere. Der ablehnenden Haltung des Bundeskartellamts haben sich nach der Bundesregierung jüngst auch die Justizminister der Länder angeschlossen, weil auch sie das gegenwärtige Kartellsanktionenrecht als ausreichend abschreckend erachten.

Die Ablehnung einer strafrechtlichen Ahndung von Kartellrechtsverstößen erstaunt deshalb, weil der Wettbewerb bereits heute im 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches vor wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB), vor Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) sowie im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb strafrechtlich geschützt ist. Erst unlängst wurde der Schutz des Wettbewerbs darüber hinaus um die Straftatbestände zur Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§§ 299a und 299b StGB) erweitert.

Auch die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben hat den strafrechtlichen Schutz des Wettbewerbs nicht vorangetrieben. Zwar wurden durch die VO (EG) 1/2003 die Wettbewerbsordnungen in den Mitgliedstaaten vereinheitlicht, nicht jedoch die mitgliedstaatlichen Sanktionenrechte, weshalb in den Mitgliedstaaten nicht nur die Sanktionsarten, also Strafe, Geldbuße oder verwaltungsrechtliche Sanktion, sondern auch die Voraussetzungen ihrer Verhängung erheblich voneinander abweichen.

Gegenstand der Arbeit ist daher die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber Hardcore-Kartelle mit Strafe bewehren darf und auch soll.

Dabei ist die Arbeit wie folgt strukturiert: Einleitend wird erörtert, was unter einem Hardcore-Kartell zu verstehen ist und wie sich Umfang und Strukturen von Hardcore-Kartellen darstellen. Im Mittelpunkt der Betrachtung stehen sodann – als Schwerpunkte der Arbeit – die

Strafwürdigkeit und die Strafbedürftigkeit von Hardcore-Kartellen. Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob sich die Frage der Strafbewehrung von Hardcore-Kartellen zulässigerweise allein anhand der deutschen Verfassung beantworten lässt. Im Anschluss daran wird die Systemstimmigkeit einer Hochstufung von Hardcore-Kartellen von der Ordnungswidrigkeit zur Straftat sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene beleuchtet. Hierauf erfolgt eine umfassende Auseinandersetzung mit der kriminalpolitischen Effektivität einer Strafbewehrung von Hardcore-Kartellen. Endlich wird die mögliche Ausgestaltung eines Kartellstraftatbestandes diskutiert und ein entsprechender Straftatbestand entworfen.

Nachfolgend werden die wesentlichen Ergebnisse der einzelnen Teile zusammengefasst.

## **2. Wesentliche Ergebnisse**

Die Ungewissheit über die Entwicklung der Marktverhältnisse lässt Wettbewerb entstehen, welcher Grundvoraussetzung einer funktionierenden Marktwirtschaft ist. Koordinieren mehrere Wettbewerber ihr Verhalten auf einem Markt mit dem Ziel, den Wettbewerb zwischen ihnen zu beschränken oder auszuschalten, ist ein Kartell gegeben. Betreffen diese Absprachen Parameter wie den Preise, das Gebiet, den Kundenstamm, Konditionen oder die Menge, so wiegt das Kartell besonders schwer, ein Hardcore-Kartell liegt vor.

Als strafwürdiges und strafbedürftiges Verhalten darf der Gesetzgeber Hardcore-Kartelle mit Strafe bewehren. Ausgehend von der Eigenart der Strafe als ein mit staatlicher Autorität versehenes, sozialetisches Unwerturteil knüpft die Strafwürdigkeit eines Verhaltens an die Sachgerechtigkeit von Strafe an. Das Verhalten muss Strafe verdienen, weil es sozialschädlich genug ist, um in ein angemessenes Verhältnis zur Strafe zu treten. Voraussetzung einer solchen Sozialschädlichkeit ist eine gravierende Rechtsgutsbeeinträchtigung. In Anbetracht der mit der Strafbewehrung eines Verhaltens einhergehenden Grundrechtseingriffe muss das Verhalten überdies strafbedürftig, die Strafbewehrung also verhältnismäßig sein.

Hardcore-Kartelle stellen ein strafwürdiges Verhalten dar. Sie sind von äußerster Sozialschädlichkeit, da sie das Rechtsgut Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Seine wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Funktionen erheben den Wettbewerb zum wesentlichen Steuerungsinstrument der Marktwirtschaft. Hardcore-Kartelle beeinträchtigen oder beseitigen die Steuerungsfunktionen des Wettbewerbs durch alloкатive, produktive und dynamische Ineffizienzen. Es drohen beträchtliche wirtschaftliche Schäden. Empirische Studien bestätigen kartellbedingte Preisaufläge von mindestens 20%. Daneben sind Nachahmungshandlungen anderer Marktteilnehmer und eine Ausdehnung wirtschaftskriminellen Verhaltens zu befürchten. Hinzu treten Vertrauensverluste in das ungehinderte Funktionieren des Wettbewerbs.

Hardcore-Kartelle stellen überdies auch ein strafbedürftiges Verhalten dar. Die Strafbewehrung von Hardcore-Kartellen eignet sich zum Schutz des Wettbewerbs, weil sie die Abschreckungswirkung des Kartellsanktionenrechts steigert. So treffen Strafen den Täter unmittelbar. Er hat keine Möglichkeit, sich ihrer Wirkung zu entziehen. Geldbußen hingegen können von den Unternehmen, offen oder verdeckt, *ex ante* oder *ex post* im Gewand einer Gehaltserhöhung, einer Scheinbeförderung, einer Provision oder eines Darlehen ausgeglichen werden. Gesellschaftlich integriert und sozial angepasst sind Kartellanten für die stigmatisierende Wirkung von Strafe außerdem besonders empfindlich. Kartellrechtsverstöße stellen ferner rational geplante Taten dar, deren Vorteile (Gewinnsteigerung) und Nachteile

(Aufdeckung, Verfolgung und Sanktionierung) die Kartellanten gegeneinander abwägen, so dass die Bedingungen einer wirkungsvollen Abschreckung vielversprechender als bei Tätern anderer, etwa affektgeladener Straftaten sind. Die Strafbewehrung von Hardcore-Kartellen lässt obendrein die Verhängung von Berufsverboten (§ 70 StGB) zu, welche die Abschreckungswirkung steigern können, weil sie durch die Unternehmen nur schwer zu kompensieren sind. Die strafrechtliche Ahndung von Hardcore-Kartellen kann schließlich dazu beitragen, in der Bevölkerung ein Bewusstsein für die sozialetische Verwerflichkeit von Hardcore-Kartellen zu wecken und die Akzeptanz von Gegenmaßnahmen zu fördern.

Der Einsatz von Strafe ist auch erforderlich, da keine weniger belastenden Reaktionsmittel von zumindest gleicher Wirksamkeit zur Verfügung stehen. Zwar kann auf die Frage, wie Hardcore-Kartelle zu bekämpfen sind, mit einer Vielzahl an Reaktionsmöglichkeiten geantwortet werden. Jedoch kann keine von ihnen den Einsatz von Strafe ersetzen. Einige Reaktionsmöglichkeiten vermögen die Kartellrechtsdurchsetzung zwar zu stärken, reichen aber in ihrer Wirksamkeit nicht an die Wirksamkeit einer strafrechtlichen Ahndung heran oder stellen sich gegenüber der Strafe als nicht weniger belastend dar. Sie können den Einsatz von Strafe allenfalls ergänzen.

Zunächst vermögen kriminalpräventive Maßnahmen den Einsatz von Strafe nicht entbehrlich zu machen: Die kartellrechtliche Compliance beeinflusst die Normkonformität der Unternehmensangehörigen kaum. Maßnahmen situativer Prävention verlangen nach einer hohen Kontrolldichte und Flexibilität, die insbesondere planmäßig handelnde Täter zu umgehen suchen. Belohnungen beeinträchtigen das Unternehmensklima. Auch haftet ihnen eine Missbrauchsgefahr an. Eine Freigabe von Hardcore-Kartellen würde den Wettbewerb schutzlos stellen. Selbstschutzmaßnahmen von Wettbewerbern werden meist an ihrer fehlenden Marktmacht scheitern. Verbrauchern hingegen fehlt es an Informationen bzw. am Interesse zur Ergreifung von Selbstschutzmaßnahmen.

Sodann kann auch die private Kartellrechtsdurchsetzung Hardcore-Kartelle nicht wirkungsvoll bekämpfen. Erweist sich die passive private Kartellrechtsdurchsetzung bei Hardcore-Kartellen als wirkungslos, leidet die aktive private Kartellrechtsdurchsetzung an einem Durchsetzungsdefizit, das weder durch die Einführung von Offenlegungspflichten noch durch die Erweiterung der Klagebefugnis oder durch die Vervielfachung des Ersatzbetrages behoben werden kann.

Überdies stößt die Bekämpfung von Hardcore-Kartellen mittels der privaten Kartellrechtsdurchsetzung auf grundsätzliche Bedenken: Nicht nur ist die Ermittlung der Kartellgeschädigten schwierig. Selbst wenn sich die Kartellgeschädigten ermitteln lassen sollten, hemmt die oft nur geringe Schadenshöhe die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche, ohne die aber die private Kartellrechtsdurchsetzung wirkungslos bleibt. Zudem drohen hohe Schadenssummen die betroffenen Unternehmen aus dem Markt zu drängen, was den Wettbewerb beeinträchtigt, der durch das Kartellrecht gerade geschützt werden soll. Des Weiteren werden Kartellanten dazu neigen, drohende Schadensersatzzahlungen einzupreisen, so dass die Kartellgeschädigten am Ende nur die von ihnen „vorfinanzierten Mehrerlöse“ erstattet bekommen, worunter die Ausgleichs- und Präventionsfunktion des Schadensersatzes leidet.

Schließlich lässt sich die Kartellverfolgung auch nicht durch eine weitere Erhöhung der Geldbuße stärken. Bislang sind die verhängten Geldbußen zu niedrig, als dass sie von einer Kartellbeteiligung abschrecken könnten. Die Erhöhung der Geldbuße auf ein abschreckungswirksames Maß bereitet jedoch nicht nur wegen der im Einzelfall mühsamen Bestimmung der „optimalen“ Geldbuße Schwierigkeiten. Eine Erhöhung der Geldbuße läuft

überdies dem Schutz des Wettbewerbs zuwider, da hohe Geldbußen, wenn nicht die Zahlungsunfähigkeit, doch eine geringere Investitions- und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zur Folge haben können. Die Abschreckungswirkung hoher Geldbußen ist aber auch wegen der von den Kartellanten verfolgten Eigeninteressen beschränkt, da neben unternehmerischen Gewinnstreben, auch persönliche Vorteile – wie verbesserte Aufstiegschancen oder finanzielle Vorzüge – zur Beteiligung oder Fortsetzung eines Hardcore-Kartells herausfordern. Letztlich ist die Abschreckungswirkung von Unternehmensgeldbußen auch deswegen gering, da sie in ihren Auswirkungen vornehmlich Anteilseigner, Angestellte und Verbraucher treffen, also Unbeteiligte, die nicht in der Lage sind, das operative Geschäft zu beeinflussen.

Zuletzt ist, angesichts der Bedeutung des Rechtsguts Wettbewerb als marktwirtschaftliches Steuerungsmittel und der außerordentlichen Sozialschädlichkeit von Hardcore-Kartellen auf der einen Seite und den Eingriffen in die Grundrechte des Betroffenen auf der anderen Seite, die Strafbewehrung von Hardcore-Kartellen auch angemessen.

Trotz der unionsrechtlichen Durchdringung des Kartellrechts muss der nationale Grundrechtsschutz dem europäischen Effektivitätsgrundsatz nicht weichen, weil die Strafbewehrung von Hardcore-Kartellen auf mitgliedstaatlicher Ebene die Effektivität des Unionsrechts nicht beeinträchtigt.

Die Strafbewehrung von Hardcore-Kartellen ist auch im Sinne eines stimmigen und gleichmäßigen Sanktionensystems. Bislang werden Hardcore-Kartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen dem Ordnungswidrigkeitenrecht zugeschlagen. Die Einordnung von Hardcore-Kartellen als bloße Ordnungswidrigkeit entspricht jedoch nicht der herrschenden quantitativen Abgrenzung von Straftat und als Ordnungswidrigkeit. In Anbetracht ihrer außerordentlichen Sozialschädlichkeit stellen Hardcore-Kartelle im System der Ordnungswidrigkeiten einen Fremdkörper dar. Vielmehr kommen Hardcore-Kartelle in ihrem Unrechtsgehalt den Submissionsabsprachen gleich, eine Teilkriminalisierung von Submissionsabsprachen ist also weder plausibel noch nachvollziehbar. Um Wertungswidersprüche im System des staatlichen Strafens zu vermeiden, sind Hardcore-Kartelle somit dem Strafrecht zuzuschlagen.

Auch auf der Ebene des Unionsrechts erzeugt die Strafbewehrung trotz der Unternehmensbezogenheit des europäischen Wettbewerbsrechts keinen Systembruch. Vielmehr ist die Strafbewehrung von Hardcore-Kartellen ausdrücklich erlaubt und im Sinne einer gleichmäßigen und gerechten Rechtsdurchsetzung innerhalb der EU-Mitgliedstaaten auch wünschenswert.

Die Strafbewehrung von Hardcore-Kartellen ist überdies auch im Interesse einer gleichmäßigen und gerechten Rechtsdurchsetzung innerhalb der EU-Mitgliedstaaten zu fordern. Die Möglichkeit der einzelnen Mitgliedstaaten, über die Ausgestaltung ihres nationalen Kartellsanktionensystems zu entscheiden, hat ein Nebeneinander verschiedener Sanktionsformen für Hardcore-Kartelle innerhalb der Europäischen Union entstehen lassen. Die uneinheitliche Ahndung vergleichbarer Wettbewerbsverstöße stellt nicht nur ein Gleichheits- und Gerechtigkeitsproblem dar, sie ist rechtspolitisch ungünstig, weil sie der Schaffung eines einheitlichen europäischen Wirtschaftsraums abträglich ist.

Der Gesetzgeber darf nicht nur, er soll Hardcore-Kartelle auch mit Strafe bewehren. Die Strafbewehrung stärkt die Kartellverfolgung, denn die Kartellanten müssen mehr als je zuvor ihre Entdeckung und Ahndung fürchten. So würden, die Schaffung einer kartellrechtlichen

Kronzeugenregelung vorausgesetzt, Kooperationsanreize gesetzt, die das Aufdeckungsrisiko erhöhen. Wäre die Auslieferung von Kartellanten nicht länger nur bei Submissionsabsprachen, sondern auch bei Hardcore-Kartellen möglich, entfielen Deutschland als sicherer Zufluchtsort, wodurch die Kartellverfolgung auch international vorangetrieben werden könnte.

Schädliche Nebenwirkungen, sofern vorhanden, können bewältigt werden. So können etwa die fehlende Sachkunde der Staatsanwaltschaft als auch die durch die Verfahrensspaltung hervorgerufenen Reibungsverluste durch eine verstärkte Einbindung der Kartellbehörde in das Kartellstrafverfahren überwunden werden. Denkbar wäre es insbesondere, die Stellung der Kartellbehörde im Kartellstrafverfahren an die Stellung der Finanzbehörde im Steuerstrafverfahren anzupassen oder der Kartellbehörde die Stellung der Staatsanwaltschaft als Strafverfolgungsbehörde vollständig zu übertragen. Auch sind Zurechnungsschwierigkeiten im Gegensatz zu anderen Bereichen der Unternehmenskriminalität gering, weil Kartellrechtsverstöße überwiegend von Leitungspersonen begangen werden, unklare Verantwortungslagen also nicht gleichermaßen gegeben sind. Die strafprozessualen Einstellungsmöglichkeiten (§§ 153 f. StPO) lassen es ferner zu, die Kartellverfolgung auf bedeutende Fälle zu beschränken, weshalb mit dem Übergang vom Opportunitäts- zum Legalitätsprinzip kein Flexibilitätsverlust zu befürchten ist.

Strafrechtliche Grundprinzipien – etwa das Ultima-Ratio-Prinzip, die Fragmentarität des Strafrechts oder das Subsidiaritätsprinzip – können zwar den Gesetzgeber bei seiner Entscheidung ein Verhalten mit Strafe zu bewahren mangels ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung nicht binden. Sie können ihm aber eine kriminalpolitische Richtschnur sein. Doch kommt weder dem Ultima-Ratio-Prinzip noch dem Subsidiaritätsprinzip eine über das Verhältnismäßigkeitsprinzip hinausgehende Bedeutung zu. Die Fragmentarität des Strafrechts beschreibt das Wesen der Strafrechtsordnung als lückenhaft. Die den Submissionsabsprachen vergleichbare Schädlichkeit von Hardcore-Kartellen verlangt nach einer Schließung der Lücke, also nach der Strafbewehrung von Hardcore-Kartellen.

Als strafwürdiges und strafbedürftiges Verhalten dürfen und sollen Hardcore-Kartelle mithin vom Gesetzgeber von der Ordnungswidrigkeit zur Straftat erhoben werden.