

Die „gerechte“ Strafe im Kartellverfahren

Gemäß § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen grundsätzlich verboten. Kooperationen zwischen Unternehmen können aber durchaus positive Effekte haben, wie z. B. im Bereich Forschung und Entwicklung. Daher hat der Gesetzgeber Ausnahmen vom *per se* Verbot zugelassen. Bisher mußten Unternehmen dafür ihre Vereinbarung bei der Kartellbehörde anmelden, diese überprüfte dann, ob die Voraussetzungen für eine Freistellung erfüllt sind und gab dementsprechend die Vereinbarung frei oder untersagte die Durchführung. Im Rahmen der 7. GWB-Novelle hat sich die Rechtslage hierzu grundlegend geändert. Das Genehmigungsverfahren wurde ersetzt durch das sog. Institut der Legalausnahme. Die Unternehmen müssen nun selbst prüfen, ob die Freistellungsvoraussetzungen für ihre Vereinbarung vorliegen und die Kooperation somit vom Kartellverbot des § 1 GWB ausgenommen ist. Eine Freistellung durch die Kartellbehörden – wie bisher – ist grundsätzlich nicht mehr vorgesehen. Die Unternehmen stehen daher nun vor dem Dilemma, daß sie die Situation falsch eingeschätzt haben könnten und ihre vermeintlich legale Vereinbarung doch unter das Kartellverbot fällt und sie die hohen Bußgelder, die das Kartellrecht für Verstöße gegen die Vorschriften vorsieht, fürchten müssen. Das strategische Handeln der Unternehmen wird folglich in einen völlig neuen Rahmen gestellt. „*Good competition governance*“ als Teil des Risikomanagements wird damit zu einer essentiellen Komponente der Unternehmensführung. Die Kartellbehörde steht dabei vor dem Problem, die Höhe der Buße so zu bemessen, daß seitens der Unternehmen keine Anreize entstehen, Kartelle bewußt zu bilden oder zu nachlässig bei der Prüfung der Frage, ob ein kartellrechtlich verbotener Tatbestand vorliegt oder entstehen könnte, vorzugehen. Genau dies steht jedoch im Konflikt mit dem eigentumsrechtlichen und zugleich ökonomischen Erfordernis, die Unternehmen nicht durch die Strafe in die Insolvenz zu treiben bzw. ihre wirtschaftliche Leistungskraft derart zu schmälern, daß in Folge die Wettbewerbsintensität sinkt.

Per se Verbot von Kartellen

Unternehmer versuchen seit jeher sich dem Druck des Wettbewerbs durch wettbewerbskonformes strategisches Handeln, aber auch durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen und Vereinbarungen zu entziehen.⁷ Das Aufrechterhalten eines funktionsfähigen Wettbewerbs steht deshalb im Zentrum der Wettbewerbspolitik liberaler Marktwirtschaften. Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht ist die Bildung von Kartellen nicht wünschenswert, da durch dieses kollusive Verhalten der Marktmechanismus unterdrückt wird, so daß der Wettbewerb seine Funktionen nicht entfalten kann, was wiederum zu einem suboptimalen Marktergebnis führt. Um den Wettbewerb vor Beschränkungen zu schützen und somit ein optimales Marktergebnis zu gewährleisten, ist ein gesetzlicher Rahmen notwendig. Daher wurden seit dem 19. Jahrhundert in nahezu allen Marktwirtschaften Wettbewerbsvorschriften implementiert. Welche Tatbestände dabei als wettbewerbsbeschränkend anzusehen sind, war in historischer Sicht durchaus einem Wandel unterworfen. Zu beachten ist hierbei aber, daß nicht nur die wirtschaftspolitische und juristische Beurteilung, sondern auch die Unternehmensstrukturen selbst einem dynamischen Wandel unterworfen waren.⁸

Im deutschen Recht ist in § 1 GWB das grundsätzliche Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen normiert.⁹ Jedoch können Vereinbarungen und Kooperationen zwischen Wettbewerbern *de facto* durchaus positive Effekte erzeugen, sowohl für die beteiligten Unternehmen als auch für die Verbraucher (z. B. wenn im Rahmen einer F&E Kooperation Innovationen entstehen). Daher hat der Gesetzgeber mit der Generalklausel des

⁷ So bereits SMITH, A.: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1952, p. 55. Auch EUCKEN, W.: *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 6. Aufl., 1990, S. 31. Vgl. auch die Ausführungen zum Vermögensvorteil im Anschluß.

⁸ Einen Überblick über den Wandel der wirtschaftspolitischen Beurteilung von Kartellen liefern die Beiträge in: KASTL, L. (Hrsg.): *Kartelle in der Wirklichkeit*, 1963.

⁹ Gemäß § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten.

§ 2 I GWB Ausnahmen vom Kartellverbot zugelassen.¹⁰ Daraus folgt, daß Unternehmen durchaus legale Vereinbarungen mit Wettbewerbern (horizontal) bzw. Lieferanten oder Abnehmern (vertikal) treffen können. Doch wann ist eine Absprache erlaubt und wann ist sie verboten? Und wie reagieren Unternehmen angesichts (vermuteter) Verhaltensweisen der Kartellbehörden? Und wie richten sich diese auf Unternehmensstrategien ein?

Eine effiziente Wettbewerbs-, insbesondere Kartellpolitik muß das Risikokalkül der Unternehmen in das Zentrum der Betrachtung rücken. Denn diese prüfen vor dem Hintergrund der Bußgeldregelungen (a), ob sich ein bewußtes Fehlverhalten (b) lohnt, ob man das Risiko eines unbeabsichtigten Fehlverhaltens (c) tragen kann und welche Wahrscheinlichkeit besteht, daß dieses entdeckt und rechtskräftig geahndet wird (d).

Was ist neu im deutschen Kartellrecht?

Am 1. Juli 2005, 14 Monate später als geplant¹¹, ist das Siebte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Kraft getreten. Ziel der Novelle war die Anpassung an das europäische Kartellrecht sowie die Erhaltung und Stärkung des Wettbewerbsprinzips. Durch diese Rechtsnovelle wurden gleichermaßen die Punkte (a) und (c) erheblich verändert.

Zu den wichtigsten Neuerungen¹² gehört die Einführung des Instituts der Legalausnahme und damit verbunden die Abschaffung des bisherigen Freistellungssystems. Anstelle der Kartellbehörde müssen nun die Unternehmen selbst entscheiden, ob ihre Vereinbarungen unter den Freistellungstatbestand des § 2 I GWB¹³ fallen und somit automa-

tisch vom Kartellverbot des § 1 GWB ausgenommen sind. Generell ist diese Entwicklung sehr zu begrüßen, weil es zu einem erheblichen Bürokratieabbau führt, was schließlich auch in der Intention des Gesetzgebers lag („entbürokratisierte Rechtsanwendung“¹⁴). Allerdings verfügen die Behörden mangels Genehmigungspflicht jetzt über eine geringere Kontrollmöglichkeit, bzw. die Art der Kontrolle ändert sich. So konnten sie bislang bereits im Vorfeld die Vereinbarungen aufgrund der Anmeldungen auf wettbewerbswidrige Bestandteile überprüfen (*ex-ante*), seit dem 01.07.2005 können sie dies nur noch im nachhinein (*ex-post*), da Anmeldungen nicht mehr erforderlich sind. Dies betrifft aber lediglich die „legalen Kartelle“. Die sog. *Hardcore*-Kartelle¹⁵ wurden auch in der Vergangenheit nicht angemeldet. Daher konnte hier auch bislang nur eine *ex-post* Kontrolle stattfinden, bzw. war die Behörde auf Hinweise angewiesen.

Die Beweislast für das Zutreffen der Freistellungsvoraussetzungen liegt nun bei den Unternehmen. Diese müssen die relevanten Marktparameter daher ständig selbst beobachten. Für den Fall einer Fehleinschätzung der abgeschlossenen Vereinbarung besteht für die Beteiligten ein erhebliches wirtschaftliches Risiko, auch weil sowohl die zivilrechtlichen (§§ 32-34a GWB) als auch die verwaltungsrechtlichen (§§ 81-86 GWB) Sanktionsmöglichkeiten erheblich erweitert wurden. Bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB sind die Unternehmen zum einen zum Ersatz des Schadens verpflichtet (§ 33 III GWB). Zum anderen müssen die Unternehmen die Zahlung einer Geldbuße fürchten (§ 81 GWB; §§ 34, 34a GWB). In welcher Höhe sich diese Bußgelder sowohl theoretisch als auch tatsächlich bewegen, soll im An-

¹⁰ In den §§ 3, 28, 30 GWB sind weitere spezielle Ausnahmeregelungen erfaßt.

¹¹ Das eigentliche Ziel, das neue Gesetz zusammen mit der VO 1/03 am 01.05.2004 in Kraft treten zu lassen, konnte aufgrund heftiger Diskussionen zum Pressefusionsrecht nicht eingehalten werden.

¹² Auf eine umfassende Darstellung der materiell-rechtlichen sowie verfahrensrechtlichen Änderungen soll an dieser Stelle verzichtet werden. Siehe dazu: KARL, M.; REICHEL, D.: Die Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die 7. GWB-Novelle, in: Der Betrieb, 2005, S. 1436-1444.

¹³ Gemäß § 2 I GWB kann die Kooperation vom Kartellverbot ausgenommen werden, wenn folgende vier Voraussetzungen kumuliert erfüllt sind: Sie muß a) zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen,

sie muß b) die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligen, dabei dürfen c) den Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung der Ziele nicht unerlässlich sind und der Wettbewerb darf d) nicht für einen wesentlichen Teil ausgeschaltet werden. Siehe auch: SCHWINTOWSKI, H-P.; KLAUE, S.: Kartellrechtliche und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen des Systems der Legalausnahme für die Kooperationspraxis der Unternehmen, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2005, S. 370 ff.

¹⁴ Vgl. Begründung des Entwurfs des Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache des Bundestages 15/3640, S. 21.

¹⁵ Hierbei handelt es sich entweder um Absprachen bezüglich des Preises, oder es werden Quoten bzw. Absatzgebiete festgelegt. *Hardcore*-Kartelle wirken sich besonders schädlich auf Wettbewerber und Verbraucher aus.

schluß an die Frage, wie es denn zu einem Verstoß kommen kann, geklärt werden.

Kartellrechtswidriges Verhalten

Trotz der strengen Wettbewerbsvorschriften, welche Kartelle grundsätzlich verbieten, kommt es in der Praxis vermutlich tagtäglich vor, daß sich Wettbewerber z. B. über Preise oder Absatzgebiete unterhalten und dabei vielleicht auch das ein oder andere Mal Mindestpreise oder Absatzgebiete festlegen. Ob dies nun mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder konkludent geschieht, ist nicht von Belang, es handelt sich in jedem Fall um eine nach § 1 GWB verbotene Vereinbarung. Hier wird bewußt der Wettbewerb ausgeschaltet. Doch nicht nur Preis- und Gebietsabsprachen sind verboten, gemäß § 1 GWB sind alle „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken“, verboten. Werden solche Absprachen getroffen, verstoßen die Unternehmen ganz bewußt gegen das Kartellverbot.

Nach der neuen Rechtslage kann es aber auch vorkommen, daß Unternehmen ihr Fehlverhalten nicht eindeutig bewußt ist. Da der Gesetzgeber Ausnahmen vom Kartellverbot zugelassen hat, kann es passieren, daß Unternehmen bei der Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen des § 2 I GWB feststellen, daß diese für ihre Vereinbarung zutreffen. Prüft nun das Bundeskartellamt die Vereinbarung auf das Vorliegen der Voraussetzungen (z. B. aufgrund einer Anzeige von Konkurrenten), kommt aber zum Ergebnis, daß diese nicht vorliegen, haben die Unternehmen, wenn auch möglicherweise unbewußt, gegen das Kartellverbot verstoßen.

Sanktionen der Kartellbehörde

Ist nun ein Verstoß (vorsätzlich oder fahrlässig) gegen das Kartellverbot des § 1 GWB nachgewiesen, kann die Kartellbehörde, die an der kartellrechtswidrigen Vereinbarung beteiligten Unternehmen gemäß § 32 I GWB zur Abstellung der Zuwiderhandlung verpflichten. Außerdem sind die Unternehmen einerseits zum Ersatz des Schadens verpflichtet (§ 33 III GWB), andererseits müssen sie die Zahlung einer Geldbuße fürchten. Diese teilt sich auf in einen Ahndungs- und einen Abschöpfungsteil. Der Maximalbetrag des Ahndungsteils der Geldbuße wurde im Zuge der Novel-

lierung von 500 000 auf 1 000 000 Euro angehoben (§ 81 IV 1 GWB). Der Abschöpfungsteil, welcher den eigentlichen Kern des wirtschaftlichen Risikos einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung darstellt, dient dazu, daß den Unternehmen durch ihre illegalen Handlungen keine wirtschaftlichen Vorteile erhalten bleiben, sie also von der Absprache nicht profitieren. So sollen keine Anreize zum illegalen Handeln geschaffen werden. Der Abschöpfungsteil kann entweder über die Geldbuße (§ 81 V GWB) oder, falls dies nicht ausreichen sollte, über das eigenständige Instrument des § 34 I GWB angeordnet werden. In der Praxis spielte der bisherige § 34 I 1 GWB (alte Fassung) wohl auch wegen des engen Anwendungsbereiches überhaupt keine nennenswerte Rolle¹⁶; jegliche Vermögensvorteile wurden bislang durch die Mehrerlösabschöpfung des § 81 II GWB (alte Fassung) eingezogen. Hier hat sich durch die 7. GWB-Novelle aber die Bemessungsgrundlage geändert. Statt des dreifachen Mehrerlöses können nun 10% des Gesamtumsatzes des vergangenen Geschäftsjahres als maximale Geldbuße abgeschöpft werden (§ 81 IV GWB).¹⁷ Falls diese Strafe nicht ausreichen sollte, um den Kartellgewinn zu entziehen, kann die Kartellbehörde im Rahmen des § 34 GWB die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen. Nutzt sie diese Möglichkeit nicht, wird nunmehr privaten Betroffenen (wirtschaftlichen Verbänden) durch den neu geschaffenen § 34a GWB diese Option eingeräumt.¹⁸ Inwieweit dies neben der Regelung

¹⁶ So konnte im Rahmen des § 34 I 1 (alte Fassung) lediglich derjenige Mehrerlös abgeschöpft werden, welcher nach Zustimmung der Verfügung der Kartellbehörde durch die Zuwiderhandlung erzielt wurde, vgl. dazu EMMERICH, V. in: Immenga, U.; Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.): Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., § 34, Randzeichen 3.

¹⁷ Die Mehrerlösabschöpfung gemäß § 81 II Satz 1 GWB (alte Fassung) konnte auch geschätzt werden, was in der Literatur häufig als verfassungswidrig angesehen wurde, da sie mit dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 II GG unvereinbar ist. So ERLINGHAGEN, F.; ZIPPEL, W.: Der Mehrerlös als Grundlage der Bußgeldfestsetzung bei Kartellverstößen, in: Der Betrieb, 1974, S. 954. – Vgl. dazu VELTINS, M.; VELTINS, J.: Zulässigkeit und Grenzen der Mehrerlösabschöpfung nach § 37 b GWB, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, 1981, S. 619, 622. – DANNECKER, G.; BIERMANN, J. in: Immenga, U.; Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.): Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., § 81 Randnummer 377. Durch die Aufgabe dieser Regelung ist diesen Bedenken entgegengekommen.

¹⁸ Reicht zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils gemäß § 34 GWB durch die Kartellbehörde ein fahrlässiger Ver-

des § 81 IV GWB erforderlich sein wird, ist noch völlig offen.¹⁹

Innerhalb des gewählten Bußgeldrahmens ist in einem zweiten Schritt die konkrete, auf die Tat und den Täter zugeschnittene Zumessung des Bußgeldes vorzunehmen. Hierfür sind gemäß § 81 IV 4 GWB vor allem Dauer und Schwere der Tat zu berücksichtigen. Ferner ist bei der Bußgeldbemessung zu beachten, daß das ermittelte Höchstmaß nur für die denkbar schwersten Fälle verhängt werden darf.²⁰ In allen anderen Fällen, in denen sich die Betroffenen insbesondere bußmildernd verhalten (z. B. im Rahmen der Kronzeugenregelung) ist die Buße deutlich niedriger anzusetzen, so daß in Durchschnittsfällen nicht der volle Bußgeldrahmen ausgeschöpft werden darf. Noch völlig offen ist allerdings, welche Bedeutung Beratungsschreiben, insbesondere durch entsprechende spezialisierte sachverständige Dritte, oder eine vorherige informelle Beratung durch die Kartellbehörden für die Höhe der Geldbuße haben.

Ob diese verschärften Sanktionen hingegen ausreichen, um das neue Recht anreizkompatibel zu implementieren und die verminderte Kontrolldichte zu kompensieren, wird sich erst in der Zukunft zeigen. Es läßt sich aber vermuten, daß auch wie bisher die gut funktionierenden Kartelle im Verborgenen bleiben und die Zahl der aufgedeckten illegalen Kooperationen nur die Spitze des Eisberges war, ist und sein kann.²¹

Ökonomischer Hintergrund der Bußgeldberechnung

Die moderne Unternehmenstheorie geht davon aus, daß Unternehmen in einem Risiko-Rendite-Umfeld operieren und daß diese beiden Größen in einer durch die Kapitalmarkttheorie beschriebenen Beziehung stehen: Steigenden Risiken stehen zunehmende Renditeanforderungen gegenüber. Der Un-

stoß gegen das Kartellverbot aus, so muß er im Fall der Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen gemäß § 34a GWB vorsätzlich begangen sein.

¹⁹ Da auch der § 34 GWB (alte Fassung) keine praktische Relevanz besaß, ist davon auszugehen, daß dies auch für den neuen § 34 sowie den neuen § 34a gilt, auch wenn der Anwendungsbereich erweitert wurde.

²⁰ Vgl. ACHENBACH, H.: Bußgeldverhängung bei Kartellordnungswidrigkeiten nach dem Ende fortgesetzter Handlung, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1997, S. 398.

²¹ Siehe dazu näher HAAS, A.: *Kartell und Marktprozeß – Ein stochastischer Ansatz*, Berlin 2002, S. 22 ff.

ternehmenswert ergibt sich dann über die mit dem risikogerechten Zins diskontierten zukünftigen Zahlungsströme. Wenn mittels einer kartellrechtswidrigen Kooperation über eine bestimmte Periode erhöhte Gewinne vereinnahmt werden, dann muß die Strafe so bemessen werden, daß der eigentlich „normale“ Unternehmenswert wiederhergestellt wird; also muß der Kapitalwert der Zeitreihe aus Mehrgewinn und Buße null ergeben.

Die Bußgeldpraxis des Bundeskartellamts

Die höchsten jemals verhängten Bußgelder trafen im Jahr 2003 mehrere Unternehmen der Zementbranche. Diese vereinbarten teilweise bereits seit den 1970ern Preise, teilten Gebiete auf und legten Absatzquoten fest. Das Zementkartell gehörte damit zu den sogenannten *Hardcore*-Kartellen. Die verhängten Bußgelder beruhten noch auf dem Konzept der Mehrerlösabschöpfung. Insgesamt beliefen sich die Strafen gegen 12 Unternehmen und deren Verantwortliche auf 702 Mio. Euro. Im Jahr 2004 wurden die betroffenen Unternehmen erneut untersucht, da das Amt abermals Hinweise auf Gebiets- und Preisabsprachen erhalten hat. Die Auswertungen der Unterlagen dauern an.^a

^a Tätigkeitsbericht Bundeskartellamt 2003/2004.

Zu berücksichtigen ist zusätzlich, daß das wettbewerbswidrig handelnde Unternehmen von einer Aufdeckung dieser Ordnungswidrigkeit nicht bzw. nur zu einer geringen Wahrscheinlichkeit ausgeht; wäre dem nicht so, würden beabsichtigte Kartellrechtsverstöße unterbleiben. Tatsächlich kann aber von den Kartellbehörden kartellrechtswidriges Verhalten nicht vollständig ermittelt werden. Dies macht es erforderlich, daß der Kapitalwert der Zahlungsreihe von Mehrerlös und Erwartungswert der Buße in jedem Fall kleiner als null sein muß; liegt also die Wahrscheinlichkeit, eine Bestrafung (nach Ausschöpfung aller rechtlichen Möglichkeiten) durchzusetzen bei 10%, so muß die Buße, der Erwartungsnutzentheorie folgend, mindestens das Zehnfache des wirtschaftlichen Vorteils aus dem Kartell betragen – evtl. unter Berücksichtigung der Verfahrenskosten. Dies bedeutet aber in der Regel das Aus für das Unternehmen, das daher rechtskräftig zu einer Buße in „anreizneutraler Höhe“ verurteilt wird, die Geldbuße also einen Wert erreicht, bei dem das Unternehmen indifferent bezüglich einer Kartellbildung ist. Inwieweit die allgemeine

Regelung der Ahndung durch Abschöpfung von 10% des Umsatzes, welche der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils im engeren Sinne als kartellrechtliches Institut vorgelagert ist, diese Anreizstruktur ändert, wird weiter unten betrachtet.

Die Rationalität des Bußgeldes

Die vorangegangenen Ausführungen machen deutlich, daß die Behörde bei ihrer Entscheidung über die Höhe des Bußgeldes (hier ist lediglich der Abschöpfungsteil gemeint) vor einem Zielkonflikt steht. So soll mit der Strafe auf jeden Fall eine ausreichende Abschreckung erzielt werden. Eine zu hohe Strafe kann das Unternehmen allerdings in der Existenz bedrohen, was einerseits einen erheblichen Eingriff in die Eigentumsrechte des Unternehmens (Aktionäre) darstellt. Andererseits darf die Abschöpfung der Vermögensvorteile auch gemäß der Vorstellung des Gesetzgebers keine unbillige Härte darstellen. Diese liegt aber vor, wenn durch eben diese Abschöpfung die Existenz des Unternehmens gefährdet wäre.²² Außerdem würde sich auf einem engen Markt bei Ausscheiden eines Unternehmens die Intensität des Wettbewerbs verringern, was wirtschaftspolitisch nicht erwünscht ist.

Jedoch ist ein Kartellvergehen kein Kavaliersdelikt. Wird der Wettbewerb bewußt ausgeschaltet, sollte die Strafe auch entsprechend hoch sein, sonst sind Wiederholungs- und Nachahmertaten zu erwarten. Eine rationale, d. h. verhältnismäßige Strafe zu finden, ist also äußerst schwierig. Dieses Problem verschärft sich weiter, je niedriger die Aufklärungsquote von Kartellvergehen ist. Wie bereits oben erwähnt, ist die Zahl der vermuteten Kartelle ein Vielfaches der Kartelle, die tatsächlich aufgedeckt werden. Daher fallen *ex-ante*- und *ex-post*-Rationalität der Buße weiter auseinander.

Die Einführung der Legalausnahme verschärft dieses Problem. Eine Freistellung durch die Kommission ist nicht mehr als grundsätzliche Option

²² Siehe Drucksache des Bundestages 08/2136, S. 26. Die Begründung des Gesetzgebers bezieht sich zwar lediglich auf die subsidiär geltende Mehrerlösabschöpfung des alten § 37 b (4. GWB-Novelle), welche nunmehr im § 34 durch die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils verankert ist. Da aber bereits mit der Geldbuße der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft werden kann, gilt auch für die Regelung des § 81 II (neue Fassung), daß die Geldbuße nicht existenzbedrohend sein darf. Ebenso VELTINS, M.; VELTINS, J.: Zulässigkeit und Grenzen der Mehrerlösabschöpfung nach § 37 b GWB, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, 1981, S. 619, 622.

der Unternehmen vorgesehen („legale Kartelle“). *Ex-ante* ist das Unternehmen aber nur begrenzt in der Lage, jenseits von offenkundigen und bewußten Wettbewerbsverstößen die Folgen seines strategischen Verhaltens zu ermessen. Auf Seiten der Behörden wandelt sich die Mißbrauchsaufsicht von einer *ex-ante*- in eine *ex-post*-Kontrolle. Damit wird die Bedeutung repressiver Maßnahmen – *ex-post* – unter den bisherigen Bedingungen zunehmen. Bei überführten und rechtskräftig verurteilten Unternehmen erfordert die Anreizkompatibilität der Strafe eine derart hohe Geldbuße, daß eine Insolvenz oder eine erhebliche Schwächung der Wettbewerbsposition folgen können, die nicht im langfristigen Wettbewerbsinteresse liegen. Soll Kartellpolitik aber nicht gleichzeitig einen Anreiz zum „Sündigen“ bieten, dann müssen *ex-ante*- und *ex-post*-Rationalität der Strafe stärker aufeinander zugeführt werden. Dies kann, wenn – wie in Deutschland der Fall – lediglich Geld- und keine Gefängnisstrafen in Betracht kommen, beispielsweise seitens der Unternehmen durch eine Verstärkung dessen, was hier mit „*good competition governance*“ bezeichnet wird, erreicht werden.

„Good Competition Governance“ als Teil des Risikomanagements

Nach dem Aktiengesetz (AktG) und dem Kontroll- und Transparenzgesetz (KonTraG) sind Unternehmen zu einem effizienten Risikomanagement verpflichtet, das institutionell sicherzustellen ist.²³ Wettbewerbsfragen werden darin künftig eine dominante Rolle spielen. Im Rahmen eines solchen Wettbewerbsrisikomanagements stellen sich grundsätzliche Fragen zur Risikobewertung einer Kooperation. Dazu gehören vor allem die Frage nach der Subsumtionsmöglichkeit einer Vereinbarung unter § 2 I GWB, die Wahrscheinlichkeit einer Aufdeckung, falls es sich um eine kartellrechtswidrige Vereinbarung handelt, und daraus folgend die zu erwartende Höhe einer Geldbuße.

Das rechtliche Risiko eines Kartells

Das Risiko einer Fehlinterpretation der Freistellungsvoraussetzungen des § 2 I GWB ist nicht so hoch, wie es zunächst scheint. Die Unternehmen können sich zum einen an der Praxis der Kartellbehörden orientieren, welche bisher über die Frei-

²³ Vgl. auch Fußnote 24 zu den Pflichten des Aufsichtsrats.

stellungen zu entscheiden hatten. Ob dies aber angesichts der hohen Dynamik der Märkte als belastbare Referenz taugt, bleibt abzuwarten. Weiterhin gelten auch für Vereinbarungen, die nach deutschem Recht zu beurteilen sind, die Gruppenfreistellungsverordnungen der EU. Zugleich bieten die Wettbewerbsbehörden unverbindliche Beratung in Form einer informellen Mitteilung an. Mittelständische Unternehmen haben zudem nach deutschem Recht Anspruch auf eine verbindliche Entscheidung nach § 32c GWB, in der die Behörde mitteilt, daß kein Anlaß zum Tätigwerden besteht (§ 3 II GWB). Schließlich kann das Risiko der falschen Subsumierung unter § 2 I GWB durch die Beauftragung eines sachverständigen Dritten, der über einen kartellrechtlichen Erfahrungshorizont verfügt, gemindert werden. Durch die Verlagerung der kartellrechtlichen Selbsteinschätzung auf einen solchen Sachverständigen wird das spezifische Wissen des Unternehmens nicht nur bei einer etwaigen Durchsuchung des Unternehmens geschützt, da diese z. B. bei Rechtsanwälten nicht stattfinden dürfen, sondern zugleich auch ein gemäß § 91 IV AktG gefordertes Risikoüberwachungssystem eingerichtet.²⁴ Der sachverständige Dritte wird als Ergebnis seiner Prüfung eine kartellrechtliche Risikobewertung aussprechen, auf deren Grundlage die Geschäftsleitung über das weitere Vorgehen entscheiden kann.

Das wirtschaftliche Risiko eines Kartells

Neben der Ahndung eines Kartellvergehens, bei der ein Geldbetrag von bis zu 1 Mio. Euro fällig wird (und daher vernachlässigbar ist), rückt die Abschöpfung der Vermögensvorteile in den Mittelpunkt des Risikomanagements. Hier ist seit dem 01.07. dieses Jahres der Gesamtumsatz des vorangegangenen Geschäftsjahres von Bedeutung, da die Behörde bis zu 10% dieses Umsatzes als Geldbuße einfordern kann. Dies stellt für die Unternehmen eine weitaus größere Existenzbedrohung dar, als dies bisher mit der Abschöpfung des dreifachen Mehrerlöses der Fall war. Denn legt man die durchschnittlichen Bilanzdaten der gewerblichen Wirtschaft zugrunde, so sind 10% des Umsatzes,

²⁴ Hier ist auf ein Urteil des VG Frankfurt am Main vom 08.07.2004 hinzuweisen, demgemäß Vorstandsmitglieder vom Aufsichtsrat abgerufen sind, wenn diese ein Risikoüberwachungssystem nicht oder nicht hinreichend einrichten. Wertpapiermitteilungen 2004, S. 2167.

bei einer Eigenkapitalquote von 30%, äquivalent mit 10 Prozentpunkten des Eigenkapitals.²⁵ Der Extremfall kann daher bereits bei einer Ahndung, die rückwirkend für drei Jahre gilt (laut Gesetz

Die Bußgeldpraxis der Europäischen Kommission

Das deutsche Kartellrecht wurde im Rahmen der Novellierung an das europäische Recht angepaßt. So wurde das Institut der Legalausnahme übernommen, ebenso wie die Bußgeldregelung, welche nun das Kartellvergehen mit einer Geldbuße in Höhe von 10% des Gesamtumsatzes des vergangenen Geschäftsjahres bestraft. Der Abschöpfungsteil ist in dieser Größe bereits enthalten, bzw. kann durch die veränderte Bemessungsgrundlage noch wesentlich mehr als nur der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft werden. Bis 1998 war es in Europa dagegen üblich, lediglich ein Bußgeld in Höhe von 10% des betroffenen Produktumsatzes zu verhängen. Die Kommission befand allerdings, daß dies keine ausreichende Abschreckungswirkung darstelle und daher nicht effektiv genug zur Kartellbekämpfung sei. Die Unternehmen konnten in ihrer Risikokalkulation viel zu leicht die mögliche Geldbuße kalkulieren und gegen den Kartellgewinn abwägen. Durch die im Jahr 1998 veröffentlichten Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, wurde das Bußgeldniveau durch die veränderte Bezugsgröße drastisch erhöht. So wurden im Jahr 2001 im sogenannten Vitamin-Kartell Rekordstrafen von mehr als 855 Mio. Euro verhängt, bei denen 100% und mehr des Produktumsatzes abgeschöpft wurde. Durch die Novellierung des GWB fand die 10%-Regelung auch Eingang in das deutsche Kartellrecht.

können Geldbußen sogar bis zu fünf Jahre zurückwirken), eintreten. In diesem Fall würde das gesamte Eigenkapital durch die Geldbuße zur Disposition gestellt. Bilanztechnisch stellt das die Überschuldung des Unternehmens und somit das Aus für das Unternehmen dar.²⁶ Ein Kartellvergehen mit 10% des Umsatzes zu ahnden wäre angemessen, wenn

²⁵ Zahlen aus: Deutschland in Zahlen. Institut der deutschen Wirtschaft, Köln. 2005.

²⁶ Dieser Aussage liegt folgende Berechnung zugrunde: Der Umsatz der gewerblichen Wirtschaft entspricht in etwa dem Gesamtkapital (ca. 1 400 Mrd. Euro für 2004). Bei einer Eigenkapital-Quote von 30% wird bei einer Geldbuße in Höhe von 10% 1/3 des Eigenkapitals abgeschöpft, d. h., wurde das Kartell drei Jahre betrieben und dafür verurteilt, wird das gesamte Eigenkapital abgeschöpft.

das Unternehmen eine Umsatzrendite von 2% aus dem wettbewerbswidrigen Handeln gezogen hätte und die Aufklärungs- und Strafdurchsetzungsquote 20% beträgt. Dies erscheint vor diesem Hintergrund aber als nicht glaubhaft, weil die „Medizin schlimmer als die Krankheit ist“.

Da die Behörden den Unternehmen aber, wie oben bereits angeführt, nicht die Existenz entziehen dürfen, stellt sich die Frage, wo nun eine gerechte, angemessene und vor allem anreizkompatible – also glaubhaft abschreckende – Strafe anzusetzen ist. Sicher sind die 10% des Gesamtumsatzes auch nur eine Richtlinie für die Höchstgrenze des Bußgeldes. Aber die Praxis der Europäischen Kommission, welche als Höchstmaß einer Geldbuße ebenso die 10%-Regelung zugrunde legt (siehe Kasten), zeigt, daß dieser Rahmen durchaus ausgeschöpft wird.²⁷

Fazit

Die Ausführungen verdeutlichen, daß es sowohl aus rechtlicher als auch aus ökonomischer Sicht für die Kartellbehörden äußerst schwierig ist, die gerechte Strafe für ein Kartellvergehen zu finden.

Die Bebußung hat vor dem Hintergrund der anfangs dargelegten Rationalitätsproblematik mit Augenmaß zu geschehen. Unbestritten ist, daß der Ein-

griff des Staates nicht eine Situation auslösen darf, die langfristig wettbewerbsbeschränkendes Verhalten erzwingt, beispielsweise durch weitere Verengung des Markts als Folge von Bußgeldern. Aktuell zeigt sich diese Problematik in der Zementbranche. Hier wurde bereits der erste Anbieter von einem Konkurrenten „geschluckt“. Damit entsteht eine Rationalitätsfalle für die Kartellpolitik, die bereits von Liefman²⁸ beschrieben wurde und auch von Norman und Thisse²⁹ diskutiert wird.

Wo das deutsche und das europäische Recht vor dem Dilemma einer gerechten Strafe stehen, sind die amerikanischen Kartellrechtler einmal mehr einen Schritt voraus. Denn das amerikanische Recht sieht für Manager, die gegen das Kartellverbot verstoßen, nicht nur Geld-, sondern auch Gefängnisstrafen vor. *Ex-ante*- und *Ex-post*-Rationalität der Strafe sind hier also schon harmonisiert.

Ulrich.Blum@iwh-halle.de
Nicole.Steinat@iwh-halle.de
*Michael.Veltins@vwblk.com**

*Professor Dr. Michael A. Veltins ist Honorarprofessor an der TU Dresden und Rechtsanwalt in der Kanzlei Veltins & Wilkinson, Barker, Knauer, Leitermann, Frankfurt am Main.

Wie hoch ist der wirtschaftliche Vorteil im Sinne des Kartellrechts?

Zentrales Ziel unternehmerischen Handelns ist es, Gewinne und insbesondere Differentialrenten zu erzielen. Jedoch versuchen Unternehmen nicht immer, mit wettbewerblichen oder wettbewerblich akzeptierten Mitteln, erhöhte Gewinne zu vereinnahmen. Implizite oder explizite Absprachen zählen zu den kartellrechtlich zu würdigenden Tatbeständen. Allerdings kann nicht aus einem juristisch identifizierten Kartell problemlos auf wirtschaftliche Vorteile und Kartellgewinne geschlossen werden. Umgekehrt existiert eine Vielzahl von Wettbewerbslagen, bei denen ohne jegliche Interaktion erhöhte Gewinne möglich sind, die den Anschein von Absprachen geben.

Der Artikel untersucht, inwieweit die Wettbewerbstheorie, insbesondere die moderne Industrieökonomik, Aussagen zu den Bedingungen treffen kann, unter denen ein solcher wirtschaftlicher Vorteil auftritt und wie sich dessen Höhe berechnen läßt. Denn im Fall einer kartellrechtswidrigen Absprache sollen etwaige Kartellgewinne nicht bei den Tätern verbleiben, schließlich sollen Unternehmen von solchen Vereinbarungen keineswegs profitieren. Daher besteht für die Kartellbehörden die Möglichkeit, den wirtschaftlichen Vorteil durch Geldbußen abzuschöpfen.

²⁷ Siehe Tätigkeitsberichte der Europäische Kommission; Lovells: Bußgelder in Kartellverfahren, 2002.

²⁸ Vgl. LIEFMAN, R.: Monopoly or Competition as Basis for Government Trust Policy, in: Quarterly Journal of Economics 29, 1915, pp. 308-325.

²⁹ Vgl. NORMAN, G.; THISSE, J. F.: Product Variety and Welfare under Tough and Soft Pricing Regimes, in: Economic Journal, 1996, pp. 76-91.