

KEVIN JANSEN

Verhaltenssteuerung
als Mittel zur
kartellrechtlichen
Regulierung

Beiträge zum Kartellrecht

4

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

4



Kevin Jansen

Verhaltenssteuerung als Mittel zur kartellrechtlichen Regulierung

Ein Rechtsvergleich der deutschen, europäischen und
U.S.-amerikanischen Sanktionspraxis wegen
Kartellrechtsverstößen und Plädoyer für die
Kriminalisierung des deutschen Kartellverbots

Mohr Siebeck

Kevin Jansen, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaft an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; 2016 erstes Staatsexamen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Freshfields Bruckhaus Deringer, Düsseldorf; seit 2018 Referendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf; 2019 Promotion.

Die Veröffentlichung wurde finanziell unterstützt durch den Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e.V., Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf (<http://www.jura.hhu.de/fakultaet0/freundeskreis.html>).

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf hat diese Arbeit im Jahre 2018 als Dissertation angenommen.

D61

ISBN 978-3-16-158900-3 / eISBN 978-3-16-158901-0

DOI 10.1628/978-3-16-158901-0

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 4. April 2019 statt. Literatur und Rechtsprechung konnten bis April 2019 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale) für die hervorragende Betreuung während der gesamten Erstellung der Arbeit und für die anschließend zügige Erstellung des Erstgutachtens. Besonderer Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Rupprecht Podszun, der das Zweitgutachten zu dieser Arbeit verfasste.

Für die überaus gründliche Durchsicht des Manuskripts danke ich Frau Lioba Lamers, Herrn Yannick Niedergethmann, Herrn Jonas Prauß, Frau Dr. Constanze Roth, Herrn Thomas Scherer und Herrn Fan Wu. Herzlich bedanken möchte ich mich außerdem bei Herrn Arian Nadjm für zahlreiche wertvolle Diskussionen, nicht nur in Zusammenhang mit der Erstellung dieser Arbeit. Dem Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e.V. danke ich für die großzügige finanzielle Unterstützung bei der Veröffentlichung dieser Arbeit.

Für ihre unbedingte Unterstützung möchte ich mich schließlich von Herzen bei meinen Eltern Lucia und Elmar sowie meinem Bruder Marvin Jansen bedanken. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im Juli 2019

Kevin Jansen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXII
Kapitel 1: Einleitung.....	1
<i>A. Fragestellung und Zielsetzung</i>	1
<i>B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes</i>	4
<i>C. Gang der Untersuchung</i>	5
Kapitel 2: Verhaltenssteuerung und Regulierung.....	7
<i>A. Ökonomische Grundlagen</i>	7
I. Rechtssetzung, Rechtsdurchsetzung und Marktreaktion.....	8
1. Regulierung in den klassischen ökonomischen Modellen	8
2. Die Theorie der optimalen Sanktion	11
3. Der Prinzipal und der Principal-Agent-Konflikt	15
4. Ökonomisches Interesse an der Vermeidung einer Überabschreckung	17
II. Rechtsdurchsetzung durch Verhaltenssteuerung	18
1. Verhaltenssteuerung im geltenden Recht	18
2. Sanktionszwecke im Kartellrecht	19
a) Adressat der negativen Generalprävention	22
aa) Die Rolle der natürlichen Personen als Normadressaten	24
bb) Die Rolle der juristischen Personen als Normadressaten	24
b) Zwischenergebnis	27

3. Verhaltenssteuerung im Rahmen der Ratio der Schadensersatzhaftung	28
4. Verhaltenssteuerung im Rahmen der Ratio der Organhaftung	29
<i>B. Ergebnis</i>	34
 Kapitel 3: Rechtsvergleich: Einleitung.....	36
 Kapitel 4: Sanktionsmöglichkeiten der Kartellbehörden	37
<i>A. Sanktionsmöglichkeiten des Department of Justice</i>	37
I. Das Kartellverbot in den USA	38
1. Der Sherman Act.....	38
2. Grundsätze des amerikanischen Unternehmensstrafrechts	41
a) Die U.S.-amerikanische Entscheidung für die Straffähigkeit juristischer Personen.....	42
b) Die Respondeat-Superior Doktrin	44
c) Einschränkungen in der Verfolgungspraxis des DOJ.....	46
d) Die Rolle der Leitungsorgane für die Ermittlung der Unternehmensschuld.....	48
II. Die Rechtsfolgen des Sherman Act.....	49
1. Strafen nach dem Sherman Act	49
2. Anwendung des Sherman Act als Strafrechtsnorm	51
<i>B. Sanktionsmöglichkeiten der Europäischen Kommission</i>	54
I. Normstruktur des Art. 101 AEUV	55
II. Unternehmen als Normadressaten.....	57
III. Rechtsfolgen eines Kartellrechtsverstoßes	60
IV. Sanktionierung bei unklarer Rechtslage	61
1. Verschulden im europäischen Kartellrecht	61
2. Das Vorsatzerfordernis in der unionsgerichtlichen Rechtsprechung	61
3. Der Verbotsirrtum und das Schenker-Urteil des EuGH	62
<i>C. Sanktionsmöglichkeiten in Deutschland</i>	66
I. Sanktionsmöglichkeiten des Bundeskartellamts.....	66
1. Das europäische und das nationale Kartellverbot.....	66
2. Ahnungslücken und Zurechnungsmöglichkeiten.....	68

3. Sanktionierung bei unklarer Rechtslage.....	70
a) Der Verbotsirrtum im allgemeinen Ordnungswidrigkeitenrecht.....	70
b) Der Verbotsirrtum im Kartellrecht.....	73
aa) Unvermeidbarer Verbotsirrtum bei Vertrauen auf nicht bestätigte Rechtsansicht.....	73
bb) Unvermeidbarer Verbotsirrtum bei Vertrauen auf fachkundigen Rechtsrat.....	75
II. Strafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten.....	75
1. Die strafrechtliche Erfassung von Wettbewerbsverstößen in Deutschland.....	75
2. Rechtslage heute: weitgehende Abkehr vom Strafrecht.....	77
III. Geschichte der Unternehmensstrafbarkeit in Deutschland.....	78
1. Historische Ablehnung und aktuelle Reformansätze.....	78
2. Der Blick zurück: Unklare Rechtslage im römischen Recht.....	78
3. Die Verbandsstrafe im Mittelalter.....	79
4. Gegenbewegung zur Zeit der Aufklärung.....	80
5. Verbandsstrafe in der Besatzungszeit.....	81
6. Diskussion in der Nachkriegszeit und Einfluss auf die heutige Rechtslage.....	82
IV. Dogmatische Begründung für die Ablehnung der Unternehmensstrafe.....	83
1. Die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit und die Fiktionstheorie.....	83
2. Dogmatische Bedenken gegen Einführung einer Verbandsstrafe.....	84
3. Kritik an dogmatischen Begründungsversuchen einer Unternehmensstrafe.....	86
a) Zurechnungslösung.....	87
b) Respondeat-Superior-Doktrin.....	89
c) Organisationsschuld.....	90
V. Versuch der dogmatischen Rechtfertigung der Verbandsstrafe.....	92
1. Erwidern der Gegenansicht.....	92
2. Handlungsfähigkeit des Verbands.....	93
3. Verbandschuld.....	94
4. Verbandsstrafe sei dem deutschen Recht nicht wesensfremd.....	98
5. Zwischenergebnis.....	98
VI. Zusammenfassung und erste Bewertung.....	98
<i>D. Zwischenergebnis.....</i>	100

Kapitel 5: Verfahrenspraxis der Kartellbehörden.....	103
<i>A. Kartellrechtspraxis in den USA.....</i>	<i>103</i>
I. Verfahrensbeendende Absprachen und Strafnachlass.....	104
1. Praxisbedeutung der verfahrensbeendenden Absprachen.....	104
2. Interessenlage der beteiligten Parteien.....	105
3. Cooperation credit und weitere Bußgeldreduktionen.....	106
a) Anwendung und Berechnung im Einzelfall.....	106
b) Amnesty Plus.....	107
c) Voraussetzungen für die Erlangung von cooperation credit.....	108
4. Stellung im Rahmen der gesamten Kartellrechtspraxis des DOJ.....	109
II. Das Yates-Memorandum.....	111
1. Die Änderungen des Yates-Memorandums.....	111
a) Alles oder nichts – Offenlegung aller relevanten Fakten.....	112
b) Fokus auf natürliche Personen und Austausch aller Abteilungen.....	115
c) Folgen der Änderungen, Anweisungen für die Settlement-Praxis.....	116
d) Twin aims der Verfolgung von Unternehmensstrafbarkeit... ..	116
2. Einordnung des Yates-Memorandums.....	117
a) Holder-Memorandum.....	117
b) Thompson-Memorandum.....	118
c) McCallum-Memorandum.....	119
d) McNulty-Memorandum.....	119
e) Filip-Memorandum.....	121
f) Zwischenergebnis.....	122
3. Bewertung.....	123
a) Verstärkter Fokus auf persönliche Verantwortung natürlicher Personen.....	123
b) Einordnung in die bisherige Praxis des Department of Justice.....	125
c) Neue Revidierungstendenzen.....	127
III. Sonderrolle der corporate leniency policy.....	128
1. Hintergrund und Anwendungsbereich.....	128
2. Voraussetzungen der corporate leniency policy.....	129
3. Reichweite der leniency policy.....	131
<i>B. Vergleich zum Vorgehen des Bundeskartellamts.....</i>	<i>134</i>
I. Kooperationsanreize in der deutschen Kartellrechtspraxis.....	134
1. Bonusregelung.....	134

2. Zulässigkeit einer Kronzeugenregelung.....	135
3. Voraussetzungen der Inanspruchnahme der Bonusregelung	137
4. Bedeutung der Kooperation für die Inanspruchnahme der Bonusregelung	139
5. Anwendung in der Praxis	140
II. Verfahrensbeendende Absprachen in der deutschen Kartellrechtspraxis.....	141
1. Das Settlement-Verfahren	141
2. Ablauf des Verfahrens.....	141
3. Vorteile und Risiken des informellen Settlement-Verfahrens	143
C. Vergleich zur europäischen Kartellrechtspraxis.....	147
I. Kooperationsanreize in der europäischen Kartellrechtspraxis	148
1. Die Kronzeugenregelung.....	148
2. Voraussetzungen eines Bußgelderlasses	149
3. Voraussetzungen einer Bußgeldminderung.....	151
II. Das Settlement-Verfahren in der europäischen Kartellrechtspraxis.....	152
1. Herkunft, Zielsetzung und aktuelle Bedeutung	152
2. Einleitung und Voraussetzungen des Settlement-Verfahrens	154
3. Ablauf des Settlement-Verfahrens.....	155
4. Rechtsfolgen	159
D. Zwischenergebnis	160
Kapitel 6: Regressmöglichkeiten der Gesellschaft	164
A. Organhaftung in Deutschland.....	164
I. Grundsätze der Organhaftung	165
1. Gesetzlicher Haftungstatbestand.....	165
2. Unternehmerisches Ermessen und ökonomischer Hintergrund	165
3. Business Judgment Rule	167
II. Legalitätspflicht.....	169
1. Einführende Erwägungen	169
2. Abgrenzung und Anwendungsbereich	170
3. Rechtsbindung des Gesellschaftsorgans	172
a) Nützliche Gesetzesverstöße.....	172
b) Weitere Einschränkung der Legalitätspflicht.....	175
4. Grundfall: Pflichtverletzung im Rahmen eines Kartellrechtsverstoßes	176

5.	Unklare Rechtslage und Legal Judgment Rule	176
a)	Regelungsalternativen und ihre Folgen	177
b)	Reliance defense	178
c)	Ermessensspielraum bei eigenen Entscheidungen?	182
d)	Eigene Stellungnahme.....	184
III.	Inanspruchnahme in der Praxis	187
1.	Zuständigkeit für die Verfolgung	187
2.	Praktische Probleme und Interessenkonflikte	188
3.	ARAG/Garmenbeck	189
4.	Zwischenergebnis.....	192
IV.	Regressausschluss in der Praxis?	192
1.	Kein Innenregress nach dem LAG Düsseldorf.....	192
2.	Der zugrundeliegende Sachverhalt	193
3.	Die Entscheidungsgründe	194
4.	Reaktion des Schrifttums.....	196
5.	Vorbemerkungen.....	198
6.	Bewertung und Kritik.....	199
a)	Keine normative Grundlage für Regressausschluss	199
aa)	Prämissen der für eine Korrektur sprechenden Argumentation.....	200
bb)	Keine Wertung zur Letztverantwortlichkeit im Rahmen des § 81 GWB	200
cc)	Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion liegen nicht vor.....	203
b)	Ausschluss der widerrechtlichen Bereicherung durch die Vorteilsanrechnung	206
c)	Auch im Übrigen keine widerrechtliche Bereicherung zu befürchten.....	208
d)	Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit nicht übertragbar.....	209
e)	Stattdessen: Übertragbarkeit der Rechtsprechung in Beraterfällen	211
f)	Generalpräventive Gründe sprechen für und nicht gegen den Bußgeldregress.....	213
aa)	Fehlende Kontrollmöglichkeit der Unternehmenseigentümer	214
bb)	Unmittelbare Kontrolle durch Unternehmensträger ist dem Aktienrecht systemfremd	215
cc)	Systemgerechte Lösung durch Organisationsverantwortung der Organe.....	216
dd)	Zwischenergebnis.....	218
g)	Risikoverteilung betrifft auch die Unternehmensorgane.....	218

h) Wertungsvergleich zum Bußgeldregress in anderen Rechtsgebieten.....	219
7. Zwischenergebnis.....	221
<i>B. Organhaftung in den USA.....</i>	221
I. Grundsätze des U.S.-amerikanischen Gesellschaftsrechts	221
1. Einführende Erwägungen	221
2. Gesellschaftsformen im U.S.-amerikanischen Recht	222
3. Rechtszersplitterung und Vereinheitlichungstendenzen	223
4. Rechtliche Grundzüge der corporation	223
II. Die U.S.-amerikanische Organhaftung.....	225
1. Die Sorgfalts- und Treuepflicht.....	225
2. Der Verschuldensmaßstab des U.S.-amerikanischen Gesellschaftsrechts	227
3. Ersatzfähige Schäden	229
III. Haftungsbeschränkungen und Probleme der Anspruchsdurchsetzung	230
1. Satzungsmäßige Haftungsbegrenzungen.....	230
2. Reliance defense und Business Judgment Rule.....	231
a) Schutz des berechtigten Vertrauens.....	231
b) Schutz des unternehmerischen Entscheidungsspielraums	232
aa) Zweck nach U.S.-amerikanischem Verständnis	232
bb) Voraussetzungen der Business Judgment Rule	233
cc) Umfang und Rechtsfolge der Business Judgment Rule ..	236
3. Inanspruchnahme in der Praxis.....	237
a) Derivative action und ihre Hürden in der Praxis.....	237
b) Entbehrlichkeit der Aufforderung an das board.....	239
c) Rechtsfolge: corporate und shareholder recovery.....	240
<i>C. Zwischenergebnis.....</i>	243

Kapitel 7: Privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts245

<i>A. Private enforcement des U.S.-amerikanischen Kartellverbots.....</i>	245
I. Die zivilrechtliche Außenhaftung des Unternehmens.....	246
1. Umstände der Anspruchsdurchsetzung und Tatbestandsvoraussetzungen.....	246
2. Die Anspruchsberechtigten.....	248
a) Allgemeine Grundsätze zum standing	248
b) Die indirect purchaser rule	248
3. Rechtsfolge eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs ..	250

4. Prozessuale Geltendmachung	251
a) Class action.....	251
b) Erfolgshonorare und Prozesskosten.....	254
c) Pre-trial discovery.....	254
d) Beweislast und Beweiserleichterung	257
II. Die zivilrechtliche Außenhaftung der Gesellschaftsorgane	258
<i>B. Durchsetzung des Kartellverbots durch Private in Deutschland.....</i>	<i>258</i>
I. Die zivilrechtliche Außenhaftung des Unternehmens.....	260
1. § 33a GWB	260
a) Aktivlegitimation und Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH	261
aa) Courage	261
bb) Manfredi.....	263
b) Schadensabwälzung	263
aa) Kodifikation im Zuge der 9. GWB-Novelle.....	263
bb) Neue Vermutung zu Gunsten des mittelbaren Abnehmers	265
c) Informationsasymmetrie und Beweisnot	268
aa) Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen	268
bb) Schadensvermutung.....	270
cc) Besondere Beweisnot abseits der Bindungswirkung nach alter Rechtslage	272
dd) Reaktion der Kartellschadensersatzrichtlinie: Offenlegungsanspruch	273
ee) Zwischenergebnis und vorläufige Einschätzung	278
d) Rechtsfolge	279
2. Zwischenergebnis.....	280
II. Die zivilrechtliche Außenhaftung der Gesellschaftsorgane	281
1. Das Dornbracht-Urteil.....	281
2. Persönliche Haftung nach § 33a GWB?.....	283
a) Die Passivlegitimation im Rahmen des § 33a GWB.....	283
b) Neue Impulse durch die Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie.....	284
3. Persönliche Haftung nach allgemeinen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen	286
a) Keine Sperrwirkung des § 33a GWB	287
b) Weitere mögliche Anspruchsgrundlagen.....	287
aa) § 830 Abs. 2 BGB	287
bb) § 826 BGB	288
cc) § 823 Abs. 1 BGB	289
dd) Zwischenergebnis.....	289

4. Geringe praktische Relevanz	290
<i>C. Zwischenergebnis</i>	291
I. Grundlegende Unterschiede zwischen den USA und Deutschland ..	291
II. Zweifel an der verhaltenssteuernden Wirkung der deutschen Rechtslage	293
1. Defizite der privaten Rechtsdurchsetzung gegenüber Unternehmen.....	293
2. Defizite der privaten Rechtsdurchsetzung gegenüber Gesellschaftsorganen.....	296
 Kapitel 8: Zusammenfassung und Bewertung	298
<i>A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i>	298
I. Grundsätze der Regulierung unter rechtsökonomischem Blickwinkel	298
II. Gemeinsamkeiten hinsichtlich der behördlichen Sanktionsmöglichkeiten.....	299
III. Detailunterschiede in der Verfolgungspraxis	300
IV. Geringe Bedeutung der Regresshaftung in beiden Rechtsordnungen	302
V. Erhebliche Unterschiede bei der privaten Rechtsdurchsetzung	304
 <i>B. Bewertung</i>	305
I. Fehlsteuerung durch Fokussierung auf Unternehmen.....	307
1. Übersicht über den Gang der Argumentation.....	307
a) Vergleich zur Kartellrechtspraxis der USA	307
b) Vergleich der empirischen Daten	308
aa) Auswertung der empirischen Daten der Praxis der Antitrust Division.....	309
bb) Auswertung der empirischen Daten der Praxis des Bundeskartellamts	310
cc) Auswertung weiterer Zahlen des Bundeskartellamts	311
c) Bestätigung durch die wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse zur Verhaltenssteuerung.....	312
d) Bestätigung durch Ergebnisse der OECD.....	313
e) Bestätigung durch Rechtsvergleich zum Kapitalmarktrecht de lege lata.....	314
2. Schlussfolgerung	315
II. Mangelnde Hinweise auf Regulierungserfolge in der Praxis	316

III. Rolle des private enforcement.....	318
1. Lösung durch private Rechtsdurchsetzung fragwürdig	318
2. System des private enforcement mit deutschem Recht	
unvereinbar	319
a) Einführung von Sammelklagen nicht sinnvoll.....	320
aa) Missbrauchsgefahr überwiegt Nutzen	321
bb) Verfassungsrechtliche Bedenken	324
cc) Alternative Musterfeststellungsklage?	325
b) Unvereinbarkeit eines discovery-Verfahrens mit	
deutschem Recht.....	329
aa) Friktionen mit deutschen Kostentragsregeln	329
bb) Konflikt mit Grundsätzen des deutschen Prozessrechts .	329
cc) Zwischenergebnis.....	332
c) Strafschadensersatz verstößt gegen Grundsätze des	
deutschen Schadensrechts	333
d) Zwischenergebnis	336
3. Verhaltenssteuerung durch hoheitliche Maßnahmen	
effektiver.....	336
IV. Ergebnis: Keine Alternative zur Kriminalisierung des	
Kartellverbots.....	338
Kapitel 9: Reformvorschläge	340
A. Übernahme der Verfahrenspraxis des DOJ.....	341
I. Formalisierung des Settlement-Verfahrens	342
1. Erwägungen zur Sinnhaftigkeit einer	
Verfahrensformalisierung.....	342
2. Reformvorschlag: ausführliche Richtlinie zum Settlement-	
Verfahren	343
3. Reformvorschlag: obligatorische Beteiligung eines Gerichts.....	344
II. Erhöhte Fokussierung auf Unternehmensorgane in der	
Verfahrenspraxis.....	345
1. Einführung eines cooperation credit?	345
2. Ursprüngliche Zielrichtung auch im deutschen Kartellrecht	
sinnvoll	345
3. Keine Übernahme im allgemeinen Strafrecht	346
4. Übernahme für das gesamte Ordnungswidrigkeitenrecht	
nicht sinnvoll.....	347
5. Kein Anwendungsbereich im deutschen Kartellrecht.....	347
III. Übernahme von Amnesty Plus.....	349
1. Mögliche Vorteile einer Amnesty Plus Regelung	349

2. Probleme bei der Adaptierung eines Amnesty Plus Programmes	350
a) Fehlende Anknüpfungsmöglichkeiten im geltenden Recht	351
b) Konflikt mit EU-Recht.....	352
c) Konflikt mit deutschem Recht.....	353
<i>B. Kriminalisierung des Kartellverbots</i>	<i>354</i>
I. Kriminalisierung der Kartellrechtsverstöße von Unternehmensorganen	355
1. Von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit	355
a) Strafwürdigkeit der Kartellbildung.....	356
aa) Geschichtliche Beurteilung der Strafwürdigkeit im Überblick.....	358
bb) Stellungnahme.....	360
cc) Bestätigung durch Stellungnahme des historischen Gesetzgebers	362
dd) Bestätigung durch Rechtsvergleich zu den USA	364
(1) Kritik am Rechtsvergleich.....	365
(2) Erwiderung	366
(a) Zum vermeintlich fehlenden sozialen Konsens zur Verhängung von Haftstrafen	366
(b) Zum vermeintlich drohenden Konflikt mit dem Verbot der Kurzfreiheitsstrafe.....	368
(c) Zur vermeintlich fehlenden Übertragbarkeit wegen alternativer Geldstrafe	369
b) Abgrenzung einer Ordnungswidrigkeit von einer Straftat	369
aa) Qualitative oder quantitative Abgrenzung.....	370
bb) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und Darstellung der herrschenden Meinung	372
cc) Zwischenergebnis.....	374
c) Das Kartellbußgeld als Strafe im materiellen Sinne	376
aa) Annäherung des kartellrechtlichen Bußgelds an die Kriminalstrafe	378
bb) Stellungnahme der Generalanwälte.....	379
cc) Schuldvorwurf existiert auch im Ordnungswidrigkeitenrecht	380
dd) Zwischenergebnis.....	383
d) Zwischenergebnis: Strafwürdigkeit.....	384
e) Strafbedürftigkeit der Kartellbildung	385
aa) Geeignetheit der Kriminalisierung zur Verstärkung der Abschreckungswirkung	386

bb) Kritik am strafrechtlichen Steuerungsanspruch.....	388
cc) Umfassende Abwägung der Erforderlichkeit und Angemessenheit	390
(1) Ökonomische Betrachtung	391
(a) Grenzen der ökonomisch geleiteten Abschreckungswirkung.....	392
(b) Bestätigung in Studien der OECD.....	394
(2) Lösung des Principal-Agent-Problems	396
(a) Höhe der Bußgelder zur Verhaltenssteuerung ungeeignet	396
(b) Bußgeld seiner Art nach nicht zur optimalen Verhaltenssteuerung geeignet	398
(3) Positive ökonomische Nebeneffekte einer Kriminalisierung	399
(4) Normativ-wertende Betrachtung	402
(a) Drohende Wertungswidersprüche	403
(b) Integrationsprävention und Legitimitätskosten.....	405
2. Zwischenergebnis: Strafbedürftigkeit	406
II. Ergebnis	407
 C. Konsequenzen der Kriminalisierung des Kartellverbots.....	409
I. Ausgestaltung des Straftatbestands	409
1. Grundsätzliche verfassungsrechtliche Herausforderungen	409
2. Sachlicher Anwendungsbereich.....	411
a) Definition der wertenden Sammelbezeichnung „Hardcore-Kartell“	411
b) Eigenständiger Tatbestand oder Blankettnorm?	412
c) Beschränkte Teilkriminalisierung und Vermeidung von chilling effects	416
3. Persönlicher Anwendungsbereich.....	418
II. Schaffung einer formalgesetzlichen Kronzeugenregelung.....	419
1. Verfassungsrechtliche Bedenken und Prüfungsrahmen.....	419
a) Notwendigkeit der Einführung einer neuen Kronzeugenregelung und die daraus folgende Problemstellung	420
b) Entkräftung rechtsethischer Bedenken	422
c) Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgebot	424
aa) Unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe	424
bb) Grundsatz: sachdienliche und verhältnismäßige Regelung	425
cc) Kartellrechtliche Besonderheiten entschärfen Konflikt mit Gleichheitsgebot.....	426

dd) Problemfall: Ungleichbehandlung des ersten und des zweiten geständigen Kartellanten	427
d) Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip.....	428
aa) Vorüberlegungen	428
bb) Vereinbarkeit der Kronzeugenregelung mit dem Schuldprinzip	430
(1) Nachtatverhalten wird von der Rechtsordnung auch ansonsten berücksichtigt	430
(2) Interesse an Aufklärung und Prävention rechtfertigt Schuldunterschreitung	431
(3) Strukturelle Unterschiede zu § 46b StGB	433
e) Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip	434
f) Sonstige Bedenken.....	436
2. Ergebnis	438
III. Einführung eines echten individual leniency programme	438
IV. Zwischenergebnis: Probleme lösbar.....	439
<i>D. Ergebnis und Empfehlungen.....</i>	<i>440</i>
Literaturverzeichnis.....	443
Materialienverzeichnis	488
Stichwortverzeichnis	492

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
A.2d	Atlantic Reporter, 2nd series
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
AktienR	Aktienrecht
Ala. L. Rev.	Alabama Law Review
Am. Crim. L. Rev.	American Criminal Law Review
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
Anm.	Anmerkung
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
Art.	Artikel; article(s)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Aug.	August
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
B.C. L. Rev.	Boston College Law Review
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e. V.
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMI	Bundesministerium des Inneren

BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
Bus. Law.	The Business Lawyer
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Cal. L. Rev.	California Law Review
CB	Compliance-Berater (Zeitschrift)
CC	Corporate Compliance
CCC	Corporate Compliance Checklisten
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Chap. L. Rev.	Chapman Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Competition L. Int'l	Competition Law International
Conn. L. Rev.	Connecticut Law Review
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Def. Counsel J.	Defense Counsel Journal
Del.; Del.Supr.	Supreme Court of Delaware
Del.Ch.	Court of Chancery of Delaware; Delaware Chancery Reports
ders.	derselbe
Dez.	Dezember
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DOJ	United States Department of Justice
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
Duke L. J.	Duke Law Journal
Duquesne L. Rev.	Duquesne Law Review
ECA	European Competition Authorities
E.C.L.R.	European Competition Law Review
ErfK	Erfurter Kommentar
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Eur. Law Rev.	European Law Review
Europ. UnionsR	Europäisches Unionsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f. (ff.)	folgende (Plural)
F.2d	Federal Reporter, 2nd series
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung

Febr.	Februar
FK	Frankfurter Kommentar
Fn.	Fußnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
F.Supp.	Federal Supplement
G/H/N	Grabitz/Hilf/Nettesheim
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
Geo. J. Legal Ethics	The Georgetown Journal of Legal Ethics
Geo. L.J.	The Georgetown Law Journal
Geo. Wash. L. Rev.	The George Washington Law Review
GesR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
grds.	grundsätzlich
Großkomm.	Großkommentar
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GS	Gedenkschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings L. J.	Hastings Law Journal
Hdb.	Handbuch
Health Law.	The Health Lawyer (Zeitschrift)
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Int'l Bus. L.J.	International Business Law Journal
Int'l & Comp. L.Q.	International and Comparative Law Quarter
IStR	Internationales Steuerrecht
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jan.	Januar
J.B.L.	Journal of Business Law
JCMS	Journal of Common Market Studies
J. Corp. L.	The Journal of Corporation Law
J.E.C.L.&Pract.	Journal of European Competition Law & Practice
J. Law Econ.	The Journal of Law & Economics
J. Legal Stud.	The Journal of Legal Studies
J. Polit. Econ.	The Journal of Political Economy

JR	Juristische Rundschau
J. Tax Prac. & Proc.	Journal of Tax Practice & Procedure
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitschrift
Kap.	Kapitel
KapMStrafR	Kapitalmarktstrafrecht
Karsl. Komm.	Karlsruher Kommentar
KartellR	Kartellrecht
KartellSE-RL	Kartellschadensersatzrichtlinie
KK	Kölner Kommentar
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
L/M/R/K/M-L	Loewenheim/Meessen/ Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann
Loy. U. Chi. L. J. m.w.N.	Loyola University Chicago Law Journal mit weiteren Nachweisen
MAR	Market Abuse Regulation; Marktmissbrauchsverordnung
M.B.C.A.	Model Business Corporation Act
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
Mem. St. U. L. Rev.	Memphis State University Law Review
Mich. L. Rev.	The Michigan Law Review
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
Mo. L. Rev.	Missouri Law Review
MüKo	Münchener Kommentar
MüncH. Hdb. GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Beil	Neue Juristische Wochenschrift-Beilage
NK	Nomos Kommentar
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nov.	November
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
N.Y.U. J.L. & Bus.	New York University Journal of Law & Business
NYT	New York Times (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht

NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
Okt.	Oktober
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
Q. J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Research in L. & Econ	Research in Law and Economics (Zeitschrift)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
R.M.B.C.A.	Revised Model Business Corporation Act
Rn.	Randnummer
Rutgers U. L. Rev.	Rutgers University Law Review
S.	Satz; Seite
s.	siehe
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SchuldR	Schuldrecht
S.D.N.Y.	United States District Court, Southern District of New York
Sec.	Section
Sept.	September
sog.	sogenannte(r/s)
Stetson L. Rev.	Stetson Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StrafR	Strafrecht
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
U. Dayton L. Rev.	University of Dayton Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
u.a.	unter anderem
UGW	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Univ. Penn. Law Rev.	University of Pennsylvania Law Review
unstr.	unstreitig
UnternehmensstrafR	Unternehmensstrafrecht
U.S.	Supreme Court of the United States; United States Reports
USAM	United States Attorneys' Manual
U.S.F.L. Rev.	University of San Francisco Law Review
USSG	U.S. Sentencing Guidelines
v.	vom; von

Va. Law Rev.	Virginia Law Review
Val. U. L. Rev.	Valparaiso University Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Verf.	Verfasser
VersR	VersR – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
Wash. L. Rev.	The George Washington Law Review
WettbewerbsR	Wettbewerbsrecht
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
World Comp.	World Competition (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
Yale L.J.	The Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschafts- recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert; zitiert als
ZivilverfahrensR	Zivilverfahrensrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRFC	Zeitschrift für Risk, Fraud & Compliance
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

With all due respect to my friends down on Wall Street – who, yes, have made me a well-to-do woman – the fact of the matter is when you look on Wall Street, they view the wrongdoing they engage in as a cost of doing business because the sanctions aren't real enough. And it doesn't matter if you say to them, „We want to bring out the wrongdoing at some point.“ All they care about is they had the chance to commit the wrongdoing for some period of time. They gain, the victim loses, the system loses. (...) If individual officers and directors inside a company aren't held to account in a personal fashion, the impact – yes, you've exposed the cartel, but have you really down the line affected the next group of officers, the next group of employees, who are tempted to do it – what attitude are they really going to have about it?

– Karen L. Morris, Oktober 2003, wiedergegeben in: Hawk, 30th Fordham Corporate Law Institute Conference, S. 112

Kapitel 1

Einleitung

A. Fragestellung und Zielsetzung

Im Zuge der Aufarbeitung der Finanzkrise, die im Jahr 2007 als U.S.-amerikanische Immobilienkrise begann und spätestens ab dem Jahr 2008 auch auf Deutschland übergriff¹, ist vielfach der Ruf nach Konsequenzen für die oberste Riege der Unternehmensführung beteiligter und wirtschaftlich geschädigter Banken laut geworden². Die Unzufriedenheit über die politische wie juristische Reaktion auf die größte wirtschaftliche Krise seit 1929 erklärt sich gerade auch daraus, dass der grundlegende Dualismus von Freiheit und Verantwortung in den Augen vieler Menschen außer Kraft gesetzt wurde, wenn es um die Unternehmensführung international agierender Gesellschaften geht³. Entsprechende Bedenken adressierte auch die ehemalige Justizministerin der USA, *Sally Q. Yates*, als sie mit Blick auf die Tätigkeit des Department of Justice vortrug: „We cannot have a different system of justice – or the perception of a different system of justice – for corporate executives than we do for everyone else“⁴.

¹ Zur Chronologie der Finanzkrise vgl. *Hock*, FAZ Online v. 05. Juni 2014.

² Vgl. aus der Politik nur der ehemalige Bundesfinanzminister *Steinbrück*, *Zeit Online* v. 20. April 2011; vgl. auch die Darstellung bei *Böttcher*, NZG 2009, 1047.

³ Vgl. *Bachmann*, 70. DJT, E 19; vgl. auch *Binder*, ZGR 2016, 229, 231 f.: „In unmittelbarer Reaktion auf die eingangs genannten Insolvenzfälle ist demgegenüber bislang, soweit ersichtlich, kein Haftungsprozess durch rechtskräftiges Leistungsurteil beendet worden (...) Eine rechtskräftige [strafrechtliche] Verurteilung von Bankvorständen hat auch im inzwischen neunten Jahr seit Beginn der Krise kaum stattgefunden (...) Ob eine umfassende Aufarbeitung (...) gelungen ist, erscheint nach alledem bislang zweifelhaft“; schon früh mahndend *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001, 344, 349: „Gebot des Gleichlaufs von Chancen und Risiken“; vgl. auch *Schmitt-Leonardy*, Unternehmenskriminalität, S. 275; kritisch aber *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 4: „zählt zu den ältesten Vorurteilen gegenüber der Strafjustiz“; ein soziologischer Blick über den Tellerrand bei *Neckel*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk*, UnternehmensstrafR, S. 73 ff.; Überblick zu zivil- wie strafrechtlichen Stellungnahmen zur Finanzkrise zudem bei *Binder*, ZGR 2016, 229 Fn. 2 und 3.

⁴ *Yates*, Beitrag v. 10. Mai 2016, S. 1; dies kann durchaus als Antwort auf entsprechende Vorwürfe der U.S. Senatorin *Elizabeth Warren* verstanden werden, wiedergegeben bei *Pan*, 69 *Rutgers U. L. Rev.* 791, 809 Fn. 111 (2017); zu eben jener Kritik am DOJ vgl. auch *Modlish*, 58 *B.C. L. Rev.* 743 ff., 756 (2017); allerdings sollte das „langsame Mahlen

Diese Unzufriedenheit lässt sich somit nicht nur in Deutschland und anderen europäischen Staaten, sondern auch in den USA feststellen⁵. Doch während *Yates* eine stärkere Fokussierung auf die persönliche Inanspruchnahme der Unternehmensführung proklamierte („Yates-Memorandum“⁶), fehlt in Deutschland eine ähnliche öffentlichkeitswirksame Reaktion – sei es nun von Seiten der Strafverfolgungsbehörden oder sei es von Seiten des Gesetzgebers. Dies wirft die Frage auf, ob sich hinter den divergierenden Reaktionen der verschiedenen Jurisdiktionen eine abweichende Wertung auf dem Feld der Wirtschaftsregulierung verbirgt. Sind die Differenzen, die zwischen den Rechtsordnungen bei der Verfolgung und der Inanspruchnahme von Unternehmensorganen bestehen, etwa darin begründet, dass auf persönliche Verantwortung und das persönliche Verantwortlichmachen unterschiedliches Gewicht gelegt wird?

Diese Frage hat den Anstoß für diese Arbeit gegeben. Sie ist nicht auf den Kontext der Finanzkrise beschränkt. Die grundsätzliche Herausforderung der Verhaltenssteuerung von Marktakteuren, die sich hinter dieser Frage verbirgt, stellt sich vielmehr im gesamten modernen Wirtschaftsrecht⁷. Die Suche nach einer Antwort wird auf einem Feld des Rechts geschehen, das sich schwerpunktmäßig mit dem widerrechtlichen Eingriff in den freien Markt beschäftigt, dem Kartellrecht. Die grundsätzlichen Probleme, die in der Finanzkrise eine umfassende Verfolgung von Unternehmensorganen erschwert haben, existieren im Kartellrecht schon lange: Die Schwierigkeit, Hergänge zu rekonstruieren, die Jahre oder Jahrzehnte in der Vergangenheit liegen, die Abhängigkeit von Insidern oder Kronzeugen zur Durchbrechung einer „Mauer des Schweigens“⁸ und eine schwierige Beweislage bei der Verfolgung von

der Gerichtsmühlen“ nicht mit Untätigkeit verwechselt werden, vgl. *Bachmann*, 70. DJT, E 11 der zu Recht darauf hinweist, dass die Komplexität der im öffentlichen Fokus stehenden Fälle zwingend zu einer zeitlich verzögerten juristischen Aufarbeitung führt.

⁵ Siehe nur exemplarisch *Morgenson/Story*, NYT v. 14. April 2011; vgl. auch *Kelly/Mandelbaum*, 53 Am. Crim. L. Rev. 899, 902 f. (2016); *Modlish*, 58 B.C. L. Rev. 743 ff. (2017); *Pan*, 69 Rutgers U. L. Rev. 791, 796 (2017) sowie *Yockey*, 12 N.Y.U. J.L. & Bus. 407, 409 (2016); kritisch aber zu diesem Schluss von großen und weit verbreiteten Schäden auf die persönliche Verantwortlichkeit *Ribstein*, 58 Duke L. J. 857, 884 f. (2009).

⁶ Memorandum der damaligen Deputy Attorney General *Sally Quillian Yates* betreffend „Individual Accountability for Corporate Wrongdoing“ vom 9. September 2015.

⁷ *Binder*, ZGR 2016, 229, 233.

⁸ *S. Albrecht*, Anwendung von Kronzeugenregelungen, S. 26; vgl. auch *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-WettbewerbsR, VO 1/2003 Art. 23 Rn. 232; *Engelsing*, ZWeR 2006, 179, 180; *Hetzel*, Kronzeugenregelungen, S. 31; *Panizza*, ZWeR 2008, 58, 60; früh schon von *Winterfeld*, BB 1976, 344: „Die Zeugenvernehmung durch das BKartA (...) gewinnt in der Praxis des Amtes eine ständig wachsende Bedeutung. Offensichtlich sieht das BKartA zunehmend schriftliche Unterlagen (...) nicht mehr als ausreichend an, um Verstöße gegen das GWB nachzuweisen“.

größeren Unternehmen insgesamt⁹. Dazu kommt, dass gerade Kartellabsprachen Verschwiegenheit und Heimlichkeit inhärent ist¹⁰. Sie sind mit den üblichen Ermittlungsmethoden daher besonders schwer aufzuklären.

Das Kartellrecht eignet sich damit besonders gut, um das Spannungsverhältnis von unternehmerischer Freiheit und persönlicher Verantwortung herauszuarbeiten. Der kartellrechtliche Rechtsrahmen kann insoweit auch als „angemessene Verfassung der Freiheit“¹¹ verstanden werden. Zur Beleuchtung dieses Spannungsfeldes sollen die zur Regulierung entwickelten Ansätze in Deutschland, Europa und den USA rechtsvergleichend untersucht werden – und zwar sowohl in ihrer theoretisch-normativen Ausformung als auch in ihrer praktisch-verfahrensrechtlichen Umsetzung.

Doch nicht nur das aufsichtsrechtliche Normgerüst in Gestalt des Kartellrechts wirkt auf das Verhalten der Marktakteure ein. In jeder Jurisdiktion schätzen die Akteure auch die zivilrechtlichen (Haftungs-)Folgen ihres Handelns ab, das Zivilrecht wirkt damit ebenfalls verhaltenssteuernd. Aus Sicht eines Gesellschaftsorgans fällt der Blick damit auf die Organhaftung. Vor diesem Hintergrund soll auch betrachtet werden, wie die „sekundäre Verantwortlichkeit“ der Unternehmensführung in Deutschland und den USA im Innenverhältnis zu ihren Gesellschaften ausgestaltet ist. Unterliegen die Organe in den Rechtsordnungen einer strengen Regresshaftung für Bußgelder, die das Unternehmen getroffen hat? Gibt es praktische Hindernisse, die eine Regresshaftung der handelnden Organwalter verhindern? Oder ist eine Regresshaftung sogar komplett ausgeschlossen? Durch diese Arbeit sollen diese Fragen beantwortet und die Antworten auf ihre rechtspolitische Konsistenz hin überprüft werden.

Für Unternehmen wie für Unternehmensorgane von hoher Bedeutung ist weiterhin die zivilrechtliche Außenhaftung gegenüber geschädigten Dritten. Gerade durch die 9. GWB-Novelle ist auch die Ausgestaltung des Kartelldeliktsrechts und damit eine mögliche Haftung der Kartellanten auf Schadensersatz wieder neu in den Blickpunkt gerückt. Ohne Frage kann von der insoweit drohenden Haftung eine steuernde Wirkung ausgehen. Da hier zudem traditionell ein Schwerpunkt des U.S.-amerikanischen Kartellrechts liegt, soll die

⁹ Bezeichnend *Yates*, Memorandum v. 9. Sept. 2015, S. 2, die gleich zu Anfang von „substantial challenges unique to pursuing individuals for corporate misdeeds“ spricht; vgl. auch *Dixon*, 8 Competition L. Int'l 82, 85 (2012); *Holder*, Memorandum v. 16. Juni 1999, VI. B; OECD, *Fighting Hard Core Cartels 2002*, S. 7; mit Einschränkungen auch *Schümann*, Unternehmenskriminalität, S. 42 ff., 55; *Werden/Simon*, 32 Antitrust Bull. 917, 931 (1987).

¹⁰ *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-WettbewerbsR, VO 1/2003 Art. 23 Rn. 232; *Hammond*, Beitrag v. 25. Febr. 2010, S. 2; *Puffer-Mariette*, Effektivität von Kronzeugenregelungen, S. 13.

¹¹ *Luttermann*, DB 2016, 1059.

entsprechende Haftung des Unternehmens und der Unternehmensorgane im Laufe der Arbeit rechtsvergleichend untersucht werden.

Im Ergebnis wird sich diese Arbeit somit mit den Grundsätzen einer sinnvollen kartellrechtlichen Regulierung beschäftigen. Die Arbeit wählt dabei bewusst ein weit abgestecktes Forschungsfeld. Die Betrachtung einzelner Teilbereiche der verschiedenen Rechtsordnungen mag für einen partiellen Vergleich weiterführend und sinnvoll sein. Ohne eine gewisse Makroperspektive erscheint es aber nicht möglich, das Zusammenwirken dieser einzelnen Rechtsbereiche in einer Rechtsordnung als Ganzes zu beleuchten. Gerade dies ist aber unbedingt notwendig, quasi *condicio sine qua non*, für das Gelingen der Untersuchung: Es soll durch Darstellung, Vergleich und kritische Überprüfung der unterschiedlichen Regulierungsansätze das Gesamtkonzept des deutschen Kartellrechts analysiert werden.

B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Gerade wegen des weiten Forschungsfelds ist eine im Übrigen präzise Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes unerlässlich. Denn das Feld der möglichen Reaktionen auf Rechtsbrüche ist weit.

Dies gilt zum einen für mögliche aufsichtsrechtliche Sanktionen gegen die verantwortlichen Unternehmen. Neben dem aktuell in Deutschland praktizierten System der kartellrechtlichen Verbandsbußgelder ist auch eine strafrechtliche Sanktionierung von Verbänden denkbar. Wie im Verlauf der Arbeit noch näher dargelegt, ist genau dies das Sanktionssystem, das im U.S.-amerikanischen Kartellrecht vorzufinden ist. Die entsprechende Diskussion über das Für und Wider einer strafrechtlichen Haftung von Personenverbänden hat in Deutschland eine lange Tradition. Trotz der vielfältigen spannenden Fragen, die mit der Themenstellung verbunden sind, soll die Einführung von Kriminalstrafen für Verbände in der vorliegenden Arbeit keinen Schwerpunkt darstellen. Die Untersuchung wird sich daher auf die kurze Darstellung der Geschichte und der dogmatischen Grundzüge einer Unternehmensstrafbarkeit in den USA und in Deutschland beschränken. In Bezug auf die untersuchten Kartellrechtsverstöße wird sich die Arbeit auf horizontale Kartellrechtsverstöße beschränken. Normtechnisch wird folglich Art. 101 AEUV, § 1 GWB bzw. Sec. 1 des Sherman Act im Fokus der Untersuchung stehen. Vertikale Kartellrechtsverstöße werden nicht Gegenstand des Rechtsvergleichs sein.

Der Untersuchungsgegenstand bedarf auch hinsichtlich der untersuchten Subjekte weiterer Einschränkung. So existieren nicht nur in Deutschland, sondern auch in den USA für Unternehmen verschiedene Organisationsmöglichkeiten. Grundsätzlich soll in dieser Arbeit die Rechtslage für juristische Personen und deren Organe untersucht werden. Mit Blick auf juristische Per-

sonen entspricht diese Schwerpunktsetzung der Realität der kartellrechtlichen Sanktionspraxis. Spezieller soll der Fokus auf die Aktiengesellschaft und ihr U.S.-amerikanisches Pendant, die *publicly held corporation*, gelegt werden. Besonders von vertieften Ausführungen zur GmbH wird daher abgesehen. An geeigneten Stellen wird auf Gemeinsamkeiten oder Unterschiede hingewiesen.

Die Organhaftung stellt in Deutschland nicht erst seit den Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages einen viel diskutierten Themenbereich dar. Speziell das Thema der Organhaftung für Kartellbußgelder ist momentan, auch auf Grund des Urteils des LAG Düsseldorf vom 20. Januar 2015¹², in aller Munde. Die juristisch überzeugende Antwort auf die Möglichkeit eines Innenregresses wird dementsprechend kontrovers diskutiert¹³. Und damit ist noch nichts über die teils komplexen Folgefragen eines möglichen Innenregresses gesagt. All dies macht deutlich, dass sich der Untersuchungsgegenstand zwangsläufig beschränken muss, um das eigentliche Thema nicht aus den Augen zu verlieren. Daher soll der Blick vor allem auf die tatsächlich praktizierte Regresshaftung in Deutschland und den USA gerichtet werden. Die Ausführungen zur Organhaftung werden sich auf die notwendigen und für den vorliegenden kartellrechtlichen Blickwinkel erforderlichen Grundzüge beschränken. Rechtsvergleichend sollen die Möglichkeit und eventuelle Hindernisse einer Organhaftung praktischer und rechtlicher Natur herausgearbeitet werden. Nicht Gegenstand dieser Arbeit wird die nachgelagerte Frage einer möglichen Regressbeschränkung sein. Dieses viel diskutierte Thema würde den Umfang der Arbeit sprengen und auch vom eigentlichen Schwerpunkt der Arbeit ablenken.

C. Gang der Untersuchung

Im Folgenden sollen als erstes die ökonomischen Grundlagen dargestellt werden, die für die kartellrechtliche Regulierung von besonderer Bedeutung sind. Anschließend soll beleuchtet werden, welche Stellung die Verhaltenssteuerung im geltenden Kartellrecht gefunden hat. Eine entsprechende Betrachtung der Ratio der Schadensersatz- und der Organhaftung schließt sich an (dazu unter Kapitel 2).

Nach einer Einführung in den folgenden Rechtsvergleich (dazu unter Kapitel 3) folgt eine Darstellung der verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten der Kartellbehörden in Europa, in Deutschland und in den USA (dazu unter Kapitel 4). Damit ist der Boden bereitet, die Verfahrenspraxis und die Rolle der Inanspruchnahme der Unternehmensorgane in dieser Praxis näher

¹² LAG Düsseldorf, Urt. v. 20.01.2015, 16 Sa 459/14 = CCZ 2015, 185.

¹³ Vgl. für eine Übersicht der Stellungnahmen Kapitel 6 A. IV. 4.

zu beleuchten. Auch hier wird das Vorgehen der U.S.-amerikanischen und deutschen Behörden zu untersuchen sein. Zudem soll die Kartellrechtspraxis auf europäischer Ebene analysiert werden (dazu unter Kapitel 5). Weiterhin soll die Möglichkeit erörtert werden, in Deutschland und den USA ein verantwortliches Organmitglied in Regress zu nehmen. Dabei wird auch die Praxisrelevanz einer solchen Haftung zu untersuchen sein (dazu unter Kapitel 6). Schließlich wird der Rechtsrahmen und die Bedeutung der privaten Rechtsdurchsetzung in den USA und in Deutschland untersucht und verglichen. Besonderes Augenmerk wird wiederum auf die Präventionswirkung zu legen sein, die von den unterschiedlichen Rechtssystemen ausgeht (dazu unter Kapitel 7).

Da Überabschreckung in einem auf Prävention angelegten regulatorischen Rechtssystem eine reale Gefahr für eine ökonomisch sinnvolle Verhaltenssteuerung darstellt, soll der Blick im Verlauf dieser Untersuchung auch immer wieder auf die diesbezüglich relevanten Grenzfälle gelenkt werden. Von Bedeutung ist demnach immer die Frage, wie das Rechtssystem mit Fällen umgeht, in denen die Rechtslage unklar und Normbefehle für den Rechtsanwender nicht sofort oder sogar überhaupt nicht zu entschlüsseln sind. Nur wenn das Rechtssystem auch in diesen Anwendungsfällen zu einem angemessenen Interessenausgleich gelangt, kann der Gefahr der Überabschreckung wirksam begegnet werden.

Abschließend werden die gefundenen Ergebnisse zusammengefasst und bewertet (dazu unter Kapitel 8). Auf Grund der erarbeiteten Erkenntnisse schließen sich Reformüberlegungen an, die sich in Vorschläge zur Reform der Verfahrenspraxis (dazu unter Kapitel 9 A.) und in Überlegungen zur Kriminalisierung des Kartellverbots (dazu unter Kapitel 9 B.) unterteilen. Ausgehend von den dort gewonnenen Ergebnissen sollen die Konsequenzen beleuchtet werden, die sich aus einem teilkriminalisierten Kartellverbot ergeben (dazu unter Kapitel 9 C.). Schließlich sollen die erarbeiteten Reformvorschläge in einer Empfehlung zusammengefasst wiedergegeben werden (dazu unter Kapitel 9 D.).

Kapitel 2

Verhaltenssteuerung und Regulierung

A. Ökonomische Grundlagen

Die Bedeutung der ökonomischen Analyse für das europäische und deutsche Kartellrecht nahm in den letzten Jahren stetig zu¹. Im U.S.-amerikanischen Kartellrecht ist der Einfluss ökonomischer Befunde ohnehin seit langem erheblich². Die rechtsökonomische Betrachtung soll die Anwendung kartellrechtlicher Normen dabei nicht ersetzen, verfassungsrechtliche Bedenken bei der Anwendung dieser Normen nicht überspielen und den komplexen gesetzgeberischen Abwägungsvorgang bei der Normsetzung nicht usurpieren. Die ökonomische Analyse dient vielmehr dazu, diese Bereiche der Rechtsanwendung und Rechtssetzung zu unterstützen und zu fundieren³. Durch den Versuch der ökonomischen Analyse, bestimmte Folgen der Normsetzung messbar zu machen, erlaubt sie es, die entsprechenden Auswirkungen des geschaf-

¹ *Kling*, in: *Kling/Thomas*, KartellR § 2 Rn. 40; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, Einl. Rn. 1.15a; *Sosnitzer*, in: *MüKo UWG*, Teil I Rn. 10; *Wils*, *The Optimal Enforcement*, S. 4; zu diesem Phänomen, das gerade im europäischen Kartellrecht unter den Schlagworten *more economic approach* diskutiert wird *Bechtold/Bosch*, *GWB*, Einf. Rn. 77 ff.; *Ewald*, in: *Wiedemann*, KartellR § 7 Rn. 17 ff.; *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *EU-WettbewerbsR*, Art. 102 AEUV Rn. 8 ff.; *Füller*, in: *KK-KartellR*, Art. 101 Rn. 6; *Hildebrand*, *WuW* 2005, 513 ff.; *Huttenlauch/Lübbig*, in: *L/M/R/K/M-L*, *KartellR*, Art. 102 Rn. 15 f.; *Kersting/Walzel*, in: *KK-KartellR*, Art. 101 Rn. 527 ff.; *Schmidtchen*, *WuW* 2006, 6 ff.; auch wenn diese Art der Rechtsbetrachtung nur langsam in Deutschland Fuß fasst, vgl. *Laudenklos*, in: *Rückert/Seinecke*, *Methodik*, Rn. 1210, 1244; beispielsweise zurückhaltend bezüglich einer Anwendung im deutschen Deliktsrecht *Ebert*, *Pönale Elemente*, S. 7.

² Vgl. beispielsweise *Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*, S. 46 ff., 69; *Kling*, in: *Kling/Thomas*, *KartellR* § 2 Rn. 42; vgl. auch *Wagner*, in: *MüKo BGB*, Vor § 823 Rn. 51; *Wils*, *The Optimal Enforcement*, S. 4; insgesamt für das U.S.-amerikanische Recht *Hellgardt*, *Regulierung*, S. 326; vgl. zur Entwicklung der ökonomischen Analyse in den USA *Hildebrand*, *WuW* 2005, 513 f.; *Laudenklos*, in: *Rückert/Seinecke*, *Methodik*, Rn. 1212 ff.

³ Ähnlich *Kling*, in: *Kling/Thomas*, *KartellR* § 2 Rn. 44. Pointiert beschrieben ist das Verhältnis und die wechselseitige Kritik der Ökonomie und der Jurisprudenz bei *Cooter*, 84 *Colum. L. Rev.* 1523 (1984) „In brief, the economic analysis of law lacks a clear account of sanctions, and the jurisprudential tradition lacks a good account of prices“; zur Notwendigkeit gegenseitiger Ergänzung *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse*, Einl. S. 39 f.

fenen Rechtssystem zu untersuchen, ohne sich zwingend auf subjektive Eindrücke verlassen zu müssen. So verstanden lohnt es, die Grundsätze einer ökonomisch sinnvollen Rechtssetzung und Rechtsanwendung vorab zu erläutern.

I. Rechtssetzung, Rechtsdurchsetzung und Marktreaktion

I. Regulierung in den klassischen ökonomischen Modellen

Regulierung ist die Reaktion auf einen Missstand des freien Marktes⁴. Sie dient, ökonomisch betrachtet, der Maximierung von Wohlfahrtsgewinnen⁵, metaökonomisch der Freiheitssicherung⁶. Exemplarisch wird dies durch das heute allgemein anerkannte Verbot der horizontalen Preiskartelle verdeutlicht. Diese setzen die „zentrale Funktion des Wettbewerbs“⁷ in Form der Preisbildung außer Kraft, attackieren den Bestand des Wettbewerbs damit in seinem Kern und fordern die Gemeinschaft so zu einem korrigierenden Eingriff heraus.

Kartellrecht als Form der staatlichen Intervention zum Zweck der Regulierung ist damit ein Phänomen, das zumindest im Idealzustand der Modellwelt der „vollkommenen Konkurrenz“ (auch bezeichnet als Modell des „vollkommenen Wettbewerbs“) keinen Platz hat⁸. Diese Theorie wurde zu Anfang des 20. Jahrhunderts entwickelt und konnte einige Zeit als herrschende Mei-

⁴ „[N]ormative Theorie der Regulierung“ *Bachmann*, Private Ordnung, S. 49; vgl. *Federmann*, Kriminalstrafen im Kartellrecht, S. 306; „wesentliche Aufgabe der Wettbewerbspolitik in einem Wettbewerbssystem besteht darin, den Rahmen für faire Marktverhältnisse zu erhalten“ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europ. WettbewerbsR, § 3 Rn. 68; „Greift der Staat regulierend in das Marktgeschehen ein, wird die Intervention in aller Regel mit einem Versagen des Marktes erklärt“ *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 436; *Weber*, NZKart 2018, 13, 14.

⁵ *Allen/Kraakman*, Law of Business Organization, S. 2: „the fundamental objective (...) of all law“; vgl. auch *Brockmeier*, Punitive damages, S. 27; unter dem Blickwinkel der Gefährdungshaftung auch *Laudenklos*, in: Rückert/Seinecke, Methodik, Rn. 1232; *Schmidtchen*, WuW 2006, 6, 10; vgl. auch *Scholl*, Vorstandshaftung, S. 96; zum Maßstab des sozialen Überschusses (Summe aus Konsumenten- und Produzentenrente) *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 9; *Schmidtchen*, WuW 2006, 6, 7 sowie im Gegensatz zur Paretodominanz *Finsinger*, Wettbewerb und Regulierung, S. 16 ff.

⁶ *Kohlhoff*, Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe, S. 36; für § 81 GWB so auch *Böse*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- u. SteuerstrafR, § 81 GWB Rn. 1; vgl. zu weiteren Funktionen des Wettbewerbs *von Dietze/Janssen*, Kartellrecht, Rn. 82, die neben den beiden hier aufgeführten Funktionen vor allem noch die Gerechtigkeitsfunktion betonen; zu Funktionen des Wettbewerbs aus ökonomischer Perspektive *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 4 f.

⁷ *Kohlhoff*, Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe, S. 167.

⁸ *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung, S. 6; *Finsinger*, Wettbewerb und Regulierung, S. 6.

nung in der Mikroökonomie bezeichnet werden⁹. In der ökonomischen Theorie führt der Markt hier alleine zu einer optimalen Güterallokation¹⁰, sodass ein staatliches Eingreifen nicht nur entbehrlich, sondern sogar schädlich wäre¹¹. Dieses Modell beschreibt allerdings einen vermeintlichen¹² Idealzustand, in dem alle Marktteilnehmer vollkommen informiert sind und störende Handelshemmnisse, wie Marktzutrittsschranken oder Angebotsengpässe, keinen Raum haben¹³. Die Theorie bildet die Realität damit unvollständig, oder treffender, nur idealisiert ab¹⁴. Gegen Mitte des 20. Jahrhunderts geriet die Theorie daher mehr und mehr in die Kritik¹⁵. Diese Kritik erklärt sich zum einen aus der Erkenntnis, dass ein perfekter Wettbewerb nie existierte und auf Grund der stark idealisierten Rahmenbedingungen auch nie existieren wird¹⁶.

⁹ *Kling*, in: *Kling/Thomas*, KartellR § 2 Rn. 7; *Sosnitzer*, in: *MüKo UWG*, Teil I Rn. 5; zum Bezug des GWB-Entwurfs auf die Theorie des vollkommenen Wettbewerbs vgl. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, *UWG*, Einl. Rn. 1.12. Zu den ideengeschichtlichen Wurzeln der Theorie vgl. *Clark*, *Competition As A Dynamic Process*, S. 25.

¹⁰ Vgl. *Borrmann/Finsinger*, *Markt und Regulierung*, S. 3, 6; *von Dietze/Janssen*, *Kartellrecht*, Rn. 73; *Finsinger*, *Wettbewerb und Regulierung*, S. 6; *Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*, S. 3, 11; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse*, Einl. S. 38; *Weber*, *NZKart* 2018, 13, 14.

¹¹ Vgl. *Kling*, in: *Kling/Thomas*, *KartellR* § 2 Rn. 9 a.E.

¹² Zu den berechtigten Zweifeln *Kling*, in: *Kling/Thomas*, *KartellR* § 2 Rn. 7 f.; deutliche Kritik beispielsweise auch bei *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, *UWG*, Einl. Rn. 1.12 f.

¹³ *Borrmann/Finsinger*, *Markt und Regulierung*, S. 1 f.; *Clark*, *Competition As A Dynamic Process*, S. 3 f.; *von Dietze/Janssen*, *Kartellrecht*, Rn. 74; *Finsinger*, *Wettbewerb und Regulierung*, S. 2; vgl. auch die Darstellung bei *von Hayek*, *Individualismus und wirtschaftliche Ordnung*, S. 125 f.; *Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*, S. 4; *Kling*, in: *Kling/Thomas*, *KartellR* § 2 Rn. 7, 9; *Knieps*, *Wettbewerbsökonomie*, S. 7 f.; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, *UWG*, Einl. Rn. 1.12; *Sosnitzer*, in: *MüKo UWG*, Teil I Rn. 5; *Tiedemann*, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, S. 9; *Zagrosek*, *Kronzeugenregelungen*, S. 41.

¹⁴ Vgl. *Borrmann/Finsinger*, *Markt und Regulierung*, S. 1; „unreal or ideal standard“ *Clark*, 30 *Am. Econ. Rev.* 241 (1940); „theoretisches Konstrukt“ *von Dietze/Janssen*, *Kartellrecht*, Rn. 75; vgl. *Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*, S. 11, 38 f.; „viel zu unrealistische[n] Grundannahme“ *Kling*, in: *Kling/Thomas*, *KartellR* § 2 Rn. 7; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, *UWG*, Einl. Rn. 1.12; *Sosnitzer*, in: *MüKo UWG*, Teil I Rn. 5; vgl. zu diskutierten Folgen aus dieser Erkenntnis der Unvollkommenheit der ökonomisch typisierten Modelle *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europ. WettbewerbsR*, § 3 Rn. 60.

¹⁵ *von Hayek*, *Individualismus und wirtschaftliche Ordnung*, S. 122 ff.; vgl. *Kling*, in: *Kling/Thomas*, *KartellR* § 2 Rn. 7 ff.; zu *von Hayeks* Kritik vgl. auch *Kohlhoff*, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, S. 136 f.; *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europ. WettbewerbsR*, § 3 Rn. 59, 70; zur Antikritik vgl. *Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*, S. 38 f.; *Knieps*, *Wettbewerbsökonomie*, S. 68.

¹⁶ *Clark*, 30 *Am. Econ. Rev.* 241 (1940); vgl. auch *von Dietze/Janssen*, *Kartellrecht*, Rn. 75; nachdrücklich *von Hayek*, *Individualismus und wirtschaftliche Ordnung*, S. 132, 134 „Nicht die Annäherung an ein unerreichbares und bedeutungsloses Ideal sondern die

Dennoch gibt es auch in der Realität Märkte, in denen ein funktionierender Wettbewerb vorzufinden ist¹⁷. Zum anderen wird grundsätzlich bezweifelt, dass der Statik, die aus der vollkommenen Markttransparenz der Theorie des vollkommenen Wettbewerbs resultiert, ein wettbewerbsfördernder Charakter zukommt¹⁸. Denn wenn jeder Marktteilnehmer das Verhalten aller anderen sicher vorhersagen kann, entsteht gerade keine wettbewerbstypische Dynamik¹⁹. Richtig ist vielmehr, dass Ungewissheit und Unsicherheit wichtige Faktoren für einen funktionierenden Wettbewerb sind²⁰.

Um die ökonomisch sinnvolle kartellrechtliche Reaktion auf Wettbewerbsbeschränkungen untersuchen zu können, ist daher eine Theorie der „unvollkommenen Konkurrenz“ entwickelt worden²¹. Sie beschäftigt sich realitätsnäher, aber auch selektiver, mit bestimmten Marktprozessen²². Die Abkehr von dem Gesamtkonzept eines perfekt funktionierenden Marktes ging dabei von der Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs aus, die von *John Maurice Clark* seit dem Jahr 1940 entwickelt wurde und die Theorie des vollständigen Wettbewerbs in der Folge als herrschende Meinung verdrängte²³. Entscheidender Unterschied zur älteren Theorie des vollkommenen Wettbewerbs

Verbesserung gegenüber den Bedingungen, die ohne Wettbewerb bestünden, sollten den Prüfstein bilden“; *Kling*, in: *Kling/Thomas*, KartellR § 2 Rn. 11; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, Einl. Rn. 1.12; zur Widerlegung der Annahme, dass sich Marktteilnehmer stets ökonomisch rational verhalten werden, vgl. beispielsweise *Mestmäcker/Schweitzer*, Europ. WettbewerbsR, § 3 Rn. 54.

¹⁷ Vgl. *Clark*, 30 Am. Econ. Rev. 241, 242 (1940); vgl. auch *Kling*, in: *Kling/Thomas*, KartellR § 2 Rn. 12.

¹⁸ *Clark*, *Competition As A Dynamic Process*, S. 56, 88; *von Hayek*, *Individualismus und wirtschaftliche Ordnung*, S. 125, 128; *Kling*, in: *Kling/Thomas*, KartellR § 2 Rn. 7 f., 13; *Sosnitza*, in: *MüKo UWG*, Teil I Rn. 6.

¹⁹ Ausführlich *Clark*, *Competition As A Dynamic Process*, vor allem S. 70 ff., 154 ff.; vgl. *Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*, S. 4; „In den Fällen des Vorhandenseins weniger Akteure auf dem Markt, die praktisch alles übereinander wissen, bestehen nämlich in der Regel geringere Anreize, irgendwelche Bemühungen zur Senkung von Preisen, zur Steigerung der Produktqualität und zur Verbesserung des Kundenservice zu entfalten“ *Kling*, in: *Kling/Thomas*, KartellR § 2 Rn. 10, 13 und 16; *Sosnitza*, in: *MüKo UWG*, Teil I Rn. 6.

²⁰ *Kling*, in: *Kling/Thomas*, KartellR § 2 Rn. 13; vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europ. WettbewerbsR, § 3 Rn. 70, 72; unter dem Blickwinkel der Preisdiskriminierung auch *Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*, S. 37.

²¹ Insoweit grundlegend *Clark*, 30 Am. Econ. Rev. 241 ff. (1940); vgl. *von Dietzel/Janssen*, Kartellrecht, Rn. 77; *Finsinger*, *Wettbewerb und Regulierung*, S. 6 f.; knapp auch *Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*, S. 36 ff.; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, Einl. Rn. 1.13.

²² *Borrmann/Finsinger*, *Markt und Regulierung*, S. 7; *Finsinger*, *Wettbewerb und Regulierung*, S. 7.

²³ *Kling*, in: *Kling/Thomas*, KartellR § 2 Rn. 11; vgl. auch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europ. WettbewerbsR, § 3 Rn. 65; *Sosnitza*, in: *MüKo UWG*, Teil I Rn. 6.

Stichwortverzeichnis

- Abschreckungsmethode 13, 14
- Abschreckungswirkung
 - *siehe auch* Überabschreckung
 - Adressaten 22
 - der deutschen Bußgeldregelung 101
 - des Innenregresses 243
 - Plädoyer für die Kriminalisierung 392
 - Steigerung 314
- actus reus 45
- Ahndungslücke 69
- Amnesty Plus 107, 162, 350
- Anknüpfungstat
 - im Organisationsmodell 92
 - zur Verhängung einer Buße 68, 99
- Anscheinsbeweis 270
- Aufdeckungsquote 316, 393
- Aufsichtsrat
 - Dualismus 188
 - Durchsetzung Organhaftung 164
 - Erzwingung der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen 187
- Ausforschungsbeweis 272, 278, 331, 332

- Baer, Bill 365
- Bagatellrecht 404
- Becker, Gary S. 12
- Beibringungsmaxime 330, 331
- Bereicherungsverbot 33, 279, 292, 333, 334

- Bestimmtheitsgebot 389, 409, 410, 413, 415
- Beurteilungsspielraum, beschränkter 191
- Beweiserleichterung 169, 208, 257, 266, 304, 306
- Beweismaß 292
- BGH Rechtsprechung
 - *ARAG/Garmenbeck* 190, 244
 - Bußgeldregress in Beraterfällen 211
 - Erstattungsfähigkeit der Geldstrafe 198
 - *Grauzementkartell* 67
 - *ISION* 179
- Blankettnorm 412
- Bonusregelung 134, 148, 300, 349, 409, 420
- Business Judgment Rule
 - im deutschen Recht 167
 - in den USA 232, 233
- Bußgelderlass 135, 137, 138, 161, 351, 421, 427
- Bußgeldnachlass 138, 140, 151, 159, 345, 349, 350
- Bußgeldregress 196, 197, 199, 209, 210, 221
- Bußgeldübernahme, vortatliche 210
- BVerfG Rechtsprechung
 - Abgrenzung Ordnungswidrigkeit von Straftat 372
 - *Bertelsmann-Lesering* 97

- chilling effects, *siehe* Überabschreckung

- Clark, John Maurice 10
 Clayton Act 37, 38, 51, 246, 248, 250, 254
 collective knowledge doctrine 45
 common fund theory 242
 Compliance 43, 47, 194, 214, 216
 cooperation credit 106, 107, 109, 111, 127, 348
 corporate leniency policy 110, 116, 128, 131
 corporation 222, 223
- D&O Versicherung 32
 Darlegungslast, sekundäre 169, 272, 331
 Deckungsgrenze 32
 Dekartellierung 359
 Dekartellierungsgesetz 76, 363
 Dreher, Meinrad 198
 Dunkelziffer 14
 duty
 – of care 226, 238
 – of loyalty 226, 231, 234
- effet utile 206
 Einheit, wirtschaftliche 58, 59
 Erfolgshaftung 66, 90, 166, 184
 Ermessensbindung 146
 Ermessensspielraum
 – der Europäischen Kommission 160
 – des Department of Justice 106
 – des Gesetzgebers 370, 375
 – des Vorstands 170
 EuGH Rechtsprechung
 – *Courage* 261
 – *Manfredi* 263
 – *Schenker* 62, 300
- Federmann, Bernd A. 416
 Fiktionstheorie 83
 follow-on Klage 246, 259, 268, 269, 305
 Freistellungsmöglichkeit
 – im Innenverhältnis 184
 – im Kartellrecht 360
- Generalanwalt
 – Bot, Yves 379
 – Kokott, Juliane 62, 64, 380
 Generalprävention 21, 22, 34, 405
 Gesetzesverstoß, nützlicher 172, 184
 Gewinnabschöpfung 19, 203
 Gleichheitsgebot 419, 424, 425, 426, 427
 Gründungstheorie 222
 Günstigkeitsprinzip 330
 GWB-Novelle 98, 265, 279, 293, 305
 – europäischer Unternehmensbegriff 284
 – Offenlegungsanspruch 273
 – Rechtsverletzer 283
 – Schadensabwälzung, *siehe* Schadensabwälzung
 – Vorlegung von Aktenbestandteilen 276
- Haftungsausschluss 32
 Haftungsbeschränkung 228, 230, 242
 Handlungsfähigkeit 84, 93
 Hauptversammlung 175, 187, 214, 215, 244
 hindsight bias 166, 232
 Holder, Eric 112
 Horn, Norbert 198
- Informationsasymmetrie 268
 Innenhaftung, *siehe* Organhaftung
 Innenregress, *siehe* Bußgeldregress
 Interessenkonflikt 16, 167, 188
 Internalisierungsmethode 13, 14

- Kapitalmarktrecht 219, 220, 314, 315, 413, 439
- Kappungsgrenze 61, 68
- Kartellschadensersatzrichtlinie 259, 272, 273, 283–285, 295
- Kartellverbot
- als Gefährdungstatbestand 57
 - als Straftatbestand 75
 - nationales 67
 - U.S.-amerikanisches 38
 - unionsrechtliches 54
- Klagezulassungsverfahren 188
- Konkurrenz, unvollkommene 10
- Körperschaft, *siehe* Verband
- Kosteninternalisierung 24, 218
- Kronzeugenprogramm
- der Antitrust Division, *siehe* corporate leniency policy
 - des Bundeskartellamts, *siehe* Bonusregelung
 - europäisches 148
- Kurzbescheid 143, 146
- Kurzfreiheitsstrafe 365, 368
- LAG Düsseldorf Rechtsprechung
- Innenregress Kartellbuße 192
- Legal Judgment Rule 182, 185
- Legalitätspflicht 169, 175, 215, 219
- Legalitätsprinzip 419, 434
- Memoranden
- Filip-Memorandum 121
 - Holder-Memorandum 117, 122
 - McCallum-Memorandum 119
 - McNulty-Memorandum 119, 121, 122
 - Thompson-Memorandum 118
 - Yates-Memorandum 2, 111, 123
- mens rea 45
- Model Business Corporation Act 223
- Monopolkommission 311, 343, 345
- moral hazard, *siehe* Interessenkonflikt
- Möschel, Wernhard 416
- Mundt, Andreas 134
- Nachtatverhalten 162, 426, 430, 437
- Nebenfolge 30, 69
- Nichtverfolgungszusicherung 145
- OECD 313, 314, 346, 394
- OLG Düsseldorf Rechtsprechung
- *Dornbracht* 281–283, 296
- Opportunitätsprinzip 41, 136, 144, 403
- ordre public 29, 82, 334
- Organhaftung 164, 165, 199, 306
- *siehe auch* Business Judgment Rule
 - derivative action 237
 - Zweck 29, 31
- Organisationsmodell 92
- Organisationsverantwortung
- der Organe 216
 - der Unternehmensträger 214
- Organisationsversagen 89–92
- overenforcement, *siehe* Überabschreckung
- Parteiautonomie 205
- per se rule 40
- Personenverband, *siehe* Verband
- Plausibilitätskontrolle 65, 75, 181
- plea agreement 104–106, 342
- Principal-Agent Konflikt 15, 217, 298, 307, 309
- private enforcement
- Außenhaftung der Gesellschaftsorgane 258, 281, 290
 - im anglo-amerikanischen Kartellrecht 245
 - im deutschen Kartellrecht 259

- Rechtslage, unklare 61, 70
 Rechtsrat 64, 73, 75, 100, 177, 179
 Rechtsträger, organisatorischer 58
 Reduktion, teleologische 203, 205
 Regressausschluss 199, 203, 204, 208, 213, 218
 Regresshaftung, *siehe* Bußgeldregress
 Rehbinder, Eckard 282
 reliance defense 178, 231, 244
 Repräsentationsmodell, *siehe* Zurechnungsmodell
 Respondeat-Superior-Doktrin 44, 45, 47, 89
 Revised Model Business Corporation Act 223
 RG Rechtsprechung
 – sächsisches Holzstoffkartell 358
 Rosenstein, Rod J. 127
 rule of reason 39, 40

 Sammelklageverfahren 253
 – class action 251, 322
 – Erfolgshonorar 254
 – Klageindustrie 321
 – missbräuchliche Klageerhebung 323
 – Musterfeststellungsklage 323, 325
 – Musterklageverfahren (KapMuG) 320
 – opt-in Regelung 324
 – opt-out Regelung 252, 324
 – pre-trial discovery 255, 329
 Sanktion, optimale 11–14, 36, 392, 402
 Sanktionszwecke 19
 Savigny, Friedrich Carl von 83
 Schadensabwälzung 263, 264, 279, 293, 295, 304
 Schadensersatzhaftung
 – *siehe auch* private enforcement
 – des Organs, *siehe* Organhaftung
 – Mengenschaden 280
 – Preisschirmschaden 280
 – Sittenwidrigkeitsurteil 289
 – Systemunterschiede 291
 – Zweck 28
 Schadenskompensation 28, 33, 204, 253
 Schienenkartell 193
 Schuldfähigkeit 84, 94, 96
 Schuldprinzip 86, 96, 423, 428, 434
 Schuldunterschreitung 428, 431, 433
 Schwerpunktstaatsanwaltschaft 66, 401
 Settlement-Verfahren
 – *siehe auch* plea agreements
 – der Europäischen Kommission 152
 – des Bundeskartellamts 141
 – Formalisierung 342
 Sherman Act 37, 38, 49, 100, 129, 258
 – als Straftatbestand 52
 Snyder, Brent 308
 Sozialschädlichkeit 357, 358, 360, 361, 367, 369, 407
 Strafbedürftigkeit 318, 355, 385, 406, 408
 Strafschadensersatz 29, 251, 333, 334
 Strafwürdigkeit 318, 355, 356, 361, 362, 384
 Streuschäden 253, 296, 304, 327, 328
 Submissionskartelle 77, 375

 Teilkriminalisierung 385, 416
 Theorie der realen
 – Verbandspersönlichkeit 83
 Totalreparation 34, 199

- treble damages 51, 250, 280, 304
 Trump, Donald J. 127
- U.S. Attorney's Manual 121
 U.S. Attorneys Manual 49
 U.S. Sentencing Guidelines 47, 49
 U.S. Supreme Court 39, 42, 248
 U.S. Supreme Court
 Rechtsprechung
 – *Hanover Shoe* 249
 – *Illinois Brick* 248
 Überabschreckung 6, 17, 35, 61, 299, 300, 302
 UMAG 171
 Unrechtszweifel 72
 Unternehmenseigenschaft 23, 59, 99, 281, 283, 440
 – als besonderes persönliches Merkmal 41, 69
 Unternehmenskultur 25, 48, 91, 117
 Unternehmensstrafbarkeit 42, 43, 78, 81, 83, 90
 Unternehmensstrafrecht
 – dogmatische Bedenken 84
 – in der Nachkriegszeit 82
 – in Deutschland 78
 – U.S.-amerikanisches 43
 Unverantwortlichkeit, organisierte 26
 Unwerturteil 77, 86, 95, 367, 371, 372, 378
- Verantwortlichkeit, kollektive 26
 Verband 22, 24, 44, 93
 Verbandssanktionengesetz 78
 Verbandsstrafe, *siehe*
 Unternehmensstrafbarkeit
 Verböserung 146
 Verbotsirrtum 71
 – unvermeidbarer 62–64, 70
 – vermeidbarer 73
 Vergleichsbereitschaft 155, 156, 247, 278, 290
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 312, 392, 430
 Vertrauensschutz 63, 100, 232
 von Gierke, Otto Friedrich 83
 Vorteilsanrechnung 195, 207, 264
- Wettbewerb, vollkommener 8, 10
 Wettbewerbsbeschränkung
 – bezweckte 57
 – horizontale 37, 38, 40, 67, 129, 439
 – unangemessene 39
 – vertikale 37, 39, 51, 54
 Willkürverbot 376
 Wils, Wouter P. J. 407
 windfall profit 241, 337
 Wissenszurechnung, zivilrechtliche 90
- Yates, Sally Q. 1, 113, 114
- Zurechnungsmodell 87
 Zwischenstaatlichkeitsklausel 54, 67