

Das Kartellrecht novellieren: Strafrechtliche Konsequenzen für Kartelltäter!

Prof. Dr. Heinz-J. Bontrup
Fachbereich Wirtschaftsrecht, Fachhochschule Gelsenkirchen

In Großbritannien und den Vereinigten Staaten von Amerika werden Kartelltäter nicht nur mit Geldbußen, sondern auch mit Haft bestraft. Das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission dagegen behandeln eine unzulässige Kartellabsprache lediglich als Ordnungswidrigkeit. Die verhängten Geldbußen bleiben oft wirkungslos.

Seit den letzten Jahren häufen sich die vom Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission aufgedeckten Fälle illegaler Kartelle. Das liegt daran, dass beide Institutionen den Missbrauch von Kartellpraktiken, die einen hohen gesamtwirtschaftlichen Schaden anrichten, mehr in den Fokus ihrer Arbeit gerückt haben. Das Bundeskartellamt gründete 2002 eine Kartell-Sonderkommission, und im Oktober 2008 wurde eine eigene Beschlussabteilung zur Bekämpfung von illegalen Kartellen gemäß § 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und Artikel 81 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) ins Leben gerufen. Fraglich ist, ob die rein monetäre Sanktionierung von Kartelltätern ausreicht.

Die Funktionen des Wettbewerbs

Für das deutsche und auch das europäische Wirtschaftssystem sind zwei Elemente als konstitutiv einzustufen: zum einen das privatem Eigentum unterliegende Produktivkapital und zum anderen die Steuerung der Wirtschaft über ein vielschichtiges dezentrales Marktsystem. „In einem solchen System spielt der Wettbewerb eine zentrale Rolle sowohl als Steuerungs- und Koordinationsmittel der unabhängig voneinander handelnden privaten Wirtschaftssubjekte wie auch als ideologische Rechtfertigung des Wirtschafts- und Gesellschaftssystems. Wird in einem solchen Wirtschaftssystem der Wettbewerb ausgeschaltet, verliert das System somit zugleich sein zentrales Steuerungsinstrument wie seine ideologische Rechtfertigung.“¹

Durch Wettbewerb sollen mehrere ökonomische Funktionen im marktwirtschaftlichen Prozess sichergestellt werden:

■ Wettbewerb soll die Produktionsfaktoren in die effizienteste Richtung lenken (optimale Allokation; Koordinierungsfunktion), und durch Wettbewerb soll in quantitativer, qualitativer und zeitlicher Hinsicht das Güterangebot entsprechend den Nachfragewünschen gesteuert werden (Steuerungsfunktion).

■ Wettbewerb soll durch seine Antriebs- und Leistungsfunktion ständig zu Innovationen (Produkt- und Prozessinnovationen) anregen und ebenso den Strukturwandel durch Produktions- und Kapazitätsveränderungen befördern (Anpassungsfähigkeit).

■ Wettbewerb soll die Einkommensverteilung nach der Marktleistung ausrichten (Verteilungsfunktion).

Unter welchen Marktbedingungen kann aber erwartet werden, dass der Wettbewerb diese Funktionen in optimaler Weise auch erfüllt? Dazu müsste zunächst die Frage beantwortet werden, was unter Wettbewerb zu verstehen ist. Hier tut sich die Wirtschaftswissenschaft schwer, was zumindest die eindeutige Bestimmung eines wirksamen Wettbewerbskonzeptes anbelangt. Ingo Schmidt stellt diesbezüglich fest: „Der Versuch einer positiven Definition begegnet einerseits der Schwierigkeit, dass Wettbewerb ein sehr vielschichtiges Phänomen ist, das sich angesichts seiner Bedeutungsvielfalt nur unter Inkaufnahme eines hohen Abstraktionsgrades in allgemein gültiger Form erfassen lässt. Andererseits setzt rationale Wettbewerbspolitik eine klare und widerspruchsfreie Vorstellung von dem voraus, was Wettbewerb ist. Die Wettbewerbsdefi-

¹ Jürgen Gotthold, Macht und Wettbewerb in der Wirtschaft, Köln 1975, Seite 7.

nition sollte zudem die Feststellung eines ‚Mehr‘ oder ‚Weniger‘ an Wettbewerb erlauben, das heißt, Wettbewerb sollte zumindest qualitativ (im Idealfall quantitativ) gemessen werden können.“²

Wettbewerb als dynamischer Prozess

Trotz intensiver Forschung und unterschiedlicher Wettbewerbstheorien kann lediglich, sozusagen theorieübergreifend, konstatiert werden, dass Wettbewerb nicht im Sinne des statischen Gleichgewichtsmodells der vollkommenen Konkurrenz, sondern als dynamischer Prozess von Vorstoß und Verfolgung einzustufen ist. Dabei versuchen Anbieter gegenüber nachfragenden Unternehmen oder Endverbrauchern – durch Wettbewerbsparameter wie Preise und Konditionen, neue oder verbesserte Produkte und Produktionsprozesse oder neue Vertriebsmethoden und -kanäle bis hin zu veränderten Marktinformationssystemen – einen temporären Vorsprungsgewinn zu erzielen, der von konkurrierenden Anbietern wieder aufgezehrt wird. Die Wettbewerbsintensität ist dabei umso größer, je schneller die Vorsprungsgewinne abgebaut werden. Erfolgt auf den Vorstoß keine hinreichende wettbewerbliche Antwort, entsteht ein dauerhafter Marktanteilsgewinn, der schließlich den Wettbewerb immer mehr erlahmen und Marktmachtgewinne entstehen lässt.

Was die Anzahl der Marktteilnehmer anbelangt, so müssen theoretisch mindestens zwei Anbieter und zwei Nachfrager vorhanden sein, die sich antagonistisch bzw. nicht-kooperativ verhalten. Sie müssen durch den Einsatz eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter versuchen, ihre Ziele jeweils zu lasten der anderen Marktteilnehmer durchzusetzen. Ob dabei allerdings realiter jeweils zwei Anbieter und Nachfrager hinreichend sind, muss bezweifelt werden. Dualistische Marktstrukturen (Dyopole) sind mehr ein Indiz für kollusive Wettbewerbsbeschränkungen, also um abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen. Solche Kollusionen sind gemäß § 1 GWB und Artikel 81 EGV verboten. Sie bilden nicht selten den Vorhof eines Kartells.³ Der Dyopol-Theorie würde auch Eberhard Kantzenbach mit seiner „Theorie der weiten Oligopole“⁴ widersprechen, bei der eine optimale Wettbewerbsintensität nur vorliegt, wenn ne-

ben einer gemäßigten Produktheterogenität und einer begrenzten Markttransparenz mindestens fünf bis zehn Anbieter gegeben sind. Andernfalls liegt ein enges, nicht wettbewerbliches Angebot bzw. marktbeherrschendes „enges Oligopol“ vor.

Wettbewerb soll entmachten und ist selbst ständig bedroht

Auf welche Theorie man sich auch verständigen mag, Wettbewerb setzt auf jeden Fall das Streben von zwei oder mehreren Anbietern bzw. Nachfragern nach einem Ziel voraus, wobei der höhere Zielerreichungsgrad des einen in der Regel einen geringeren Zielerreichungsgrad des anderen bedingt. Wettbewerb soll dadurch in marktwirtschaftlichen Ordnungen die privatwirtschaftliche Macht des Einzelnen beschneiden. Für Franz Böhm ist Wettbewerb das „genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte“. Wirtschaftliche Macht und deren Missbrauch kann dabei mit Helmut Arndt als die Fähigkeit definiert werden, „objektive ökonomische Größen zu ändern, Geschäftspartner zu Umwertungen zu zwingen, Konkurrenten zu unterwerfen, die eigene Information gegen die Unwissenheit anderer Wirtschaftler auszuspielen und die vom Staat gesetzten Rahmenbedingungen des Wirtschaftens zu beeinflussen, – um sich hierdurch wirtschaftliche Vorteile ohne entsprechenden Beitrag zum Sozialprodukt auf Kosten anderer Wirtschaftler zu verschaffen“.⁵

Deshalb soll, entsprechend der Theorie nach Adam Smith, die „unsichtbare Hand“ des Wettbewerbs das einzelwirtschaftliche (kapitalistische) Gewinnstreben zu einem gesamtwirtschaftlichen Vorteil (zum Wohl der Allgemeinheit) umwandeln, indem dem Unternehmer die Gewinnchance kurzzeitig geboten wird, gleichzeitig der Wettbewerb aber dafür sorgt, dass kein Unternehmer oder Kapitaleigner über längere Zeit unangemessene und schon gar nicht machtmisbräuchliche Profite erzielen kann. „So ist es aus einzelwirtschaftlicher Sicht geradezu verständlich, dass Anbieter oder Nachfrager bereits, seitdem es Märkte gibt, versuchen, dem Wettbewerbsdruck zu entgehen, indem sie ihn in irgendeiner Form beschränken, um sich dadurch Vorteile zu verschaffen oder Nachteile abzuwerten.“⁶

² Ingo Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Auflage, Stuttgart 2005, Seite 1.

³ Vgl. Jürgen Franke, Grundzüge der Mikroökonomik, 7. Auflage, München/Wien 1995, Seite 221.

⁴ Eberhard Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Auflage, Göttingen 1967.

⁵ Helmut Arndt, Markt und Macht, Tübingen 1973, Seite 101.

⁶ Rainer Olten, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, München/Wien 1995, Seite 111.

Bereits *Adam Smith* lobte 1776 nicht nur das Wettbewerbsprinzip. Er warnte gleichzeitig auch vor der Zerstörung durch marktbeherrschende Unternehmen, Monopole und Kartelle. So beschreibt er die nachteiligen Wirkungen eines Angebotsmonopols: „Indem die Monopolisten den Markt ständig schlecht versorgt halten, dass sie die wirksame Nachfrage nie völlig befriedigen, verkaufen sie ihre Waren weit über dem natürlichen Preise und treiben ihre Vorteile, mögen sie nun in Arbeitslohn oder Profit bestehen, weit über den natürlichen Satz hinaus.“⁷ Daneben beklagt sich *Smith* über Unternehmer, die sich untereinander absprechen und dadurch den Wettbewerb beschränken, wenn er ausführt: „Leute von demselben Gewerbe kommen selten auch nur zum Vergnügen zusammen, ohne dass ihre Unterhaltung mit einer Verschwörung gegen das Publikum oder einem Plane zur Erhöhung der Preise endigt.“⁸ Vor diesem Hintergrund ist verständlich, „dass die marktwirtschaftlichen Wettbewerbsstrukturen sich langfristig selbst zerstören, wenn die Wettbewerbsprozesse den strategischen Zielen und Aktionen der Wettbewerber unkontrolliert überlassen bleiben. Wettbewerb ist eben ein dynamischer Prozess, in dem sich auch Wettbewerbsbeschränkungen dynamisch verstärken können, wenn keine wettbewerbspolitische Ordnung dies zu verhindern sucht. Ohne einen wirtschaftspolitischen Schutz zerstört sich der Wettbewerb durch sich selbst.“⁹

Kartellbildung und Kartellzwang

Zur Zerstörung des Wettbewerbs tragen in einem erheblichen Umfang Kartelle bei. Sie weisen drei Merkmale auf:

- Kartelle sind vertragliche Vereinbarungen und damit gegenüber vertragsfreien Kartellsurrogaten (Kollusionen) abgegrenzt.
- Kartellverträge werden zwischen rechtlich selbständig bleibenden Unternehmen abgeschlossen und sind daher von der Konzentration durch Marktverdrängung oder Fusionen abzugrenzen.
- Entscheidend für die wettbewerbspolitische Relevanz eines Kartells ist die Beschränkung der Handlungsfreiheit. Damit ein Kartell vorliegt, muss mindestens ein Aktionsparameter (zum Bei-

spiel Preise, Produktionsmengen, Verkaufsgebiete, Produktqualitäten, Importe, Exporte) abgesprochen sein. Je mehr wettbewerbliche Parameter im Kartell ausgeschaltet wurden, umso stärker wirkt die Wettbewerbsbeschränkung unter den Mitgliedern des Kartells.

Kartellbildungen werden von verschiedenen Faktoren begünstigt. Dazu gehören vor allem eine geringe Anzahl von Anbietern oder nachfragenden Unternehmen, die Gleichartigkeit der gehandelten Güter, Markttransparenz und hohe Marktzutrittsschranken, die potenziellen Wettbewerb ausschließen. Ebenso begünstigen Marktaustrittsbarrieren, zum Beispiel in Form nicht amortisierter Anlageinvestitionen, eine Kartellbildung wie auch große Fixkostenanteile im Produktionsprozess, die bei den Unternehmen zu konjunkturellen und strukturellen Problemen führen können. Auch die Marktreife spielt eine Rolle: Befinden sich Märkte in der Ausreifungs- oder sogar in der Staginations- bzw. Rückbildungsphase mit tendenziell unterausgelasteten Kapazitäten und einem deflatorischen Marktdruck, verstärkt sich die Neigung zu Kartellvereinbarungen, insbesondere bei hoher Preiselastizität des Angebots sowie geringer Preis- und Einkommenselastizität.

Da Kartelle vertragliche Absprachen rechtlich selbständiger Unternehmen sind, zwischen denen der Wettbewerb ausgeschaltet wird, aber gleichwohl latent bestehen bleibt, muss ein innerer und äußerer Kartellzwang von den Kartellmitgliedern hergestellt werden. „Zum internen Kartellzwang gehören alle Maßnahmen des Kartells, die dem Zweck dienen, die Mitglieder auf die gemeinsame Linie zu verpflichten und am Austritt aus dem Kartell zu hindern. ... Um die laufend entstehenden Spannungen zwischen den Mitgliedern abzubauen, die aus unterschiedlichen Kostenstrukturen, Kapazitätsauslastungen, Managerqualitäten und Marktflexibilitäten resultieren, werden kartellinterne Schiedsgerichte installiert, deren Schiedsspruch sich die Kartellmitglieder von vornherein unterwerfen. Hinzu kommen Appelle an die Solidarität der Mitglieder und Drohungen mit Kampfmaßnahmen im Falle eines Abspringens.“¹⁰

Beim äußeren Kartellzwang werden ausscherende Mitglieder und Außenseiter durch Kampfpolitik diszipliniert. „Auf der Beschaffungsseite können restriktive Praktiken darauf gerichtet sein, den

7 Adam Smith, *Der Reichtum der Nationen*, 2 Bände, übersetzt von Max Stirner, Leipzig 1913, Seiten 34 f.

8 Ebenda, Seite 75.

9 Rainer Olten, a. a. O., Seite 111.

10 Egon Tuchtfeldt, *Kartelle*, in: *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, 4. Band, Stuttgart, 2. Auflage, New York 1988, Seiten 449 f.

Außenseiter hinsichtlich der Versorgung mit Vorprodukten aller Art, Lizenzen, Arbeitskräften und Krediten zu diskriminieren, indem er diese nur zu schlechteren Bedingungen erhält als die Kartellmitglieder und daher im Wettbewerb behindert ist, oder ihn durch Boykottmaßnahmen (Nichtbelieferung) vom Markt zu verdrängen. Auf der Absatzseite werden Außenseiter durch Rabatte für kartelltreue Abnehmer (Treuerabatte) diskriminiert. Durch Exklusivverträge zwischen dem Kartell und den Händlerorganisationen kann den Außenseitern der Marktzutritt verwehrt werden (Absatzsperre). ... Das schärfste Mittel ist der Preiskampf gegen Außenseiter. ... Ein weiteres Mittel der kartellexternen Kampfpolitik ist der Aufkauf des Außenseiters.“¹¹

Kartelltypen und Kartellwirkungen

Kartelle lassen sich in unterschiedliche Typen und nach Zielen einordnen. Nach der Marktseite können unternehmerische Anbieter- und Nachfragerkartelle unterschieden werden. Kriterium ist hier, welche Marktseite kartelliert ist. Auch können Kartelltypen nach dem Marktgebiet (Binnen- und Auslandsmarkt) oder nach der räumlichen Ausdehnung (lokale, regionale, nationale oder internationale Kartelle) sowie nach Wirtschaftszweigen (Branchen) differenziert werden. Wichtiger ist die Kartelleinteilung nach den jeweiligen Kartellzielen, die eng mit der Ausschaltung möglicher Wettbewerbsparameter verbunden sind. Unterschieden werden Preis- und Konditionenkartelle, Kalkulations- und Submissionskartelle sowie Quoten- und Gebietskartelle als auch Export- und Importkartelle. Ebenso können verbotswidrige Absprachen hinsichtlich Produktqualitäten und Produktionstechniken bis zu Investitionen getroffen werden.

Das Kartelloberziel ist dabei immer die Maximierung des Gewinns für die einzelnen Kartellmitglieder, wobei dieser Gewinn unter Wettbewerbsbedingungen von den einzelnen Unternehmen nicht erreicht worden wäre. Die schärfste Waffe des Kartells ist der Preis, aber nur in Verbindung mit einer Senkung der Produktionsmenge, weil eine Kartellpreisbildung nicht analog zu einer Monopolpreisbildung zu interpretieren ist. Die Kartellmitglieder haben in der Regel unterschiedliche Produktionskapazitäten und Kostenverläufe. Dadurch kann ein Preiskartell nur dann interessensmäßig unter den Kartellmitgliedern stabilisiert

werden, „wenn neben dem Preis auch andere Aktionsparameter (insbesondere die Menge) kartelliert werden“.¹²

Bei den gesamtwirtschaftlichen Wirkungen von Kartellen geht es darum, wie sich eine Kartellierung durch die unterschiedlichen Wettbewerbsparameter auf die Allokation, Verteilung und Stabilität sowie auf den Strukturwandel einer Volkswirtschaft auswirken. Hier besteht in der Literatur überwiegend eine einheitliche Position, die insgesamt als negativ einzustufen ist. *Kurt Rudolf Mirow* spricht in seinem gleichnamigen Buch von 1978 sogar von einer internationalen „Diktatur der Kartelle“. Jedenfalls ist ein optimaler Einsatz von Produktionsfaktoren durch Kartelle nachhaltig bedroht, weil es hier zu einer Kosten- und Preisüberhöhung kommt, die eine knappheitsadäquate Verwendung der Produktionsfaktoren in ihre produktivsten (effizientesten) Einsatzmöglichkeiten verhindert. Auch die Verteilung der arbeitsteilig in einer Volkswirtschaft realisierten Wertschöpfungen wird verletzt. Durch die Kartellierung kommt es zu einer Umverteilung zugunsten der Kartellmitglieder und zulasten der übrigen Wirtschaft. Außerdem wird das dem Gewinn im Wettbewerb gegenüberstehende Verlust- und Haftungsrisiko für das Kartell ausgeschaltet.

Dies alles führt zu einer marktwirtschaftlichen Pervertierung. Ebenso wird der Konjunkturzyklus durch Kartelle tendenziell verschärft. Im Abschwung akzeptieren die kartellierten Bereiche keine Preissenkungen. Damit fällt noch mehr kaufkräftige Nachfrage aus als in den nichtkartellierten Bereichen, wo die Preise so stark sinken, dass es hier nicht selten sogar zu ruinöser Konkurrenz kommt. Im Aufschwung dagegen steigen die Kartellpreise nicht so stark. Hier kommt es eher bei anziehender Nachfrage zu längeren Lieferfristen, damit die im Kartell abgesprochenen Produktionsmengen nicht ansteigen müssen. Kartelle pervertieren außerdem den Strukturwandel. „Aufgrund der volkswirtschaftlichen Interdependenz bedeuten (bei sonst gleichen Randbedingungen) höhere Gewinne und größere Selbstfinanzierung in einer Branche entsprechend niedrigere Gewinne und kleinere Selbstfinanzierungsmöglichkeiten bei den nichtkartellierten Branchen. Zu hohe Investitionen in der kartellierten Branche [oder auch die Umwandlung in Finanzinvestitionen] haben zu niedrige Investitionen in der übrigen Wirtschaft zur Folge. Kartellierung führt somit zu

¹¹ Ebenda, Seite 450.

¹² Wolfgang Kartte, Kartelle, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Teilband 2, 5. Auflage, Stuttgart 1993, Seite 2132.

Strukturverzerrungen, die bei funktionierendem Wettbewerb nicht aufgetreten wären.“¹³

Staatliche Kartellrechtspolitik in Deutschland – Ein historischer Rückblick

Trotz der Bedrohung des Wettbewerbs durch Kartellierungen und deren vielfältiger negativer Wirkungen in einer Volkswirtschaft versagt die staatliche Kartellrechtspolitik bis heute. Zunächst war Deutschland von der Gründerkrise um 1880 bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs ein klassisches Kartellland. Der Staat unterstützte ideologisch eine Kartellierung der Wirtschaft. Viele Regierungen standen einer Ausweitung privatwirtschaftlicher Macht positiv gegenüber. Die Wirtschaft nutzte das politische Angebot zum Ausbau immer größerer Unternehmen mit dem Ziel monopolartiger und kartellierter Marktbeherrschungen. Und dort, wo es die Wirtschaft nicht selbst schaffte, den Wettbewerb auszuschalten, half die Politik aktiv mit staatlichen Zwangskartellen nach. Auch die Justiz beförderte mit dem Reichsgerichtsurteil vom 4. Februar 1898 diese Entwicklung. Demnach waren Kartelle uneingeschränkt zulässig, und es bestand sogar ein Rechtsanspruch auf Kartellbildung und Kartellschutz. So verwundert es nicht, dass allein die deutschen Grundstoffindustrien um 1900 einen Kartellierungsgrad zwischen 60 und 90 Prozent aufwiesen. Das Reichsamt des Inneren stellte für das Jahr 1905 insgesamt 385 Kartelle fest, in denen rund 12 000 Unternehmen organisiert waren.

Auch in den Zeiten der Weimarer Republik von 1918 bis 1933 kam es trotz der Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923 zu keinen Veränderungen. Im Gegenteil: Dieser erste Versuch einer staatlichen Wettbewerbspolitik förderte die Kartellbildung, „weil sie die Voraussetzungen festlegte, unter denen Kartelle erlaubt waren, und die Ausübung ihrer Macht nach innen und außen rechtlich schützte“.¹⁴ So kann es nicht verwundern, dass gegen Ende der 1920er Jahre der Bergbau zu 93 Prozent, die chemische Industrie zu 96 Prozent, die Stahlindustrie zu 95 Prozent und die Elektroindustrie zu 87 Prozent in Konzernen und Kartellen organisiert waren. Im Jahr 1925 schätzte die Reichsregierung die Zahl der Kartelle in Deutschland auf 2 500. Ihren Höhepunkt erreichte die Kartellierung während der Zeit der nationalsozia-

listischen Gewaltherrschaft. Mit dem Zwangskartellgesetz vom 15. Juli 1933 konnten ungehemmt neue Kartelle gebildet und sämtliche Kartellaußenseiter in Kartellorganisationen gezwungen werden. Dies gipfelte schließlich im Kartellbereinigungserlass des Reichswirtschaftsministeriums vom 20. Mai 1943. Hierdurch wurden alle Kartelle der nationalsozialistischen Organisation der gewerblichen Wirtschaft unterstellt. Die Kartelle wurden gewissermaßen „kartellisiert“.

Wettbewerbspolitik zu Zeiten Erhards

Erst nach dem Zweiten Weltkrieg kam es durch die alliierten Siegermächte in Westdeutschland zu einer kurzen Periode von Dekartellierungs- und Entflechtungsmaßnahmen. „In den USA wurden bereits seit 1890 Anti-Trust-Gesetze – beginnend mit dem Sherman Act – erlassen, und auch in England wurden Wettbewerbsbeschränkungen von Gesetzgebung und Rechtsprechung bekämpft.“¹⁵ Im Potsdamer Abkommen von 1945 verständigten sich die Alliierten auch für Deutschland auf eine Bekämpfung wirtschaftlicher Macht: „In praktisch kürzester Frist ist das deutsche Wirtschaftsleben zu dezentralisieren mit dem Ziel der Vernichtung der bestehenden übermäßigen Konzentration der Wirtschaftskraft, dargestellt insbesondere durch Kartelle, Syndikate, Trusts und Monopolvereinigungen.“

Ludwig Erhard als Direktor der Verwaltung für Wirtschaft im Wirtschaftsrat des Vereinigten Wirtschaftsgebietes war ein vehementer Vertreter für einen zukünftig ordoliberalen Wirtschaftskurs in Westdeutschland, der den Wettbewerb betonte, aber auch eine stringente Wettbewerbspolitik sowie eine staatliche Kartell- und Monopolaufsicht forderte. Erhard schrieb: „Soweit der Staat den Verkehr mit Waren und Leistungen nicht regelt, ist dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs Geltung zu verschaffen. Bilden sich wirtschaftliche Monopole, so sind sie zu beseitigen und bis dahin der staatlichen Aufsicht zu unterstellen. Der Entwurf eines dahingehenden deutschen Gesetzes ist dem Wirtschaftsrat alsbald vorzulegen.“¹⁶

So beauftragte Erhard konsequenterweise einen Sachverständigenausschuss, der am 5. Juli 1949 einen Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über

¹³ Egon Tuchteldt, a. a. O., Seiten 452 f.

¹⁴ Rainer Olten, a. a. O., Seite 164.

¹⁵ Jürgen Gotthold, a. a. O., Seite 43.

¹⁶ Ludwig Erhard, Wohlstand für alle, aktualisierte Neuauflage, 4. Auflage, Düsseldorf 1990, Seiten 160 f.

ein Monopolamt vorlegte. Dieser sogenannte Josten-Entwurf, benannt nach dem Mitglied des Ausschusses *Paul Josten*, sah ein strenges Wettbewerbsrecht vor, indem unter anderem ein nahezu absolutes Kartellverbot und strafrechtliche Sanktionen einschließlich einer Freiheitsstrafe für Gesetzesverstöße vorgesehen waren. Gegen den Josten-Entwurf entwickelte sich aber erbitterter Widerstand der Wirtschaftsverbände, insbesondere des Verbandes der deutschen Industrie (BDI). Auch der daraufhin abgeschwächte neue Entwurf des Bundeswirtschaftsministeriums vom 13. Juni 1952, der unter anderem mit nur drei Ausnahmen ein allgemeines Kartellverbot vorsah, scheiterte am Widerstand des BDI und der Regierungsparteien. Erst am 4. Juli 1957 wurde nach weiteren politischen Auseinandersetzungen vom Deutschen Bundestag ein gegenüber dem Josten-Entwurf völlig entschärftes Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verabschiedet, das am 1. Januar 1958 in Kraft trat.

Ludwig Erhard war mit dem Gesetz, das er als das „Grundgesetz der Wirtschaft“ bezeichnete, nicht zufrieden. Die Wirtschaft dagegen schon, hatte sie doch durch ihre permanenten Interventionen gegenüber der Politik unter anderem ein absolutes Kartellverbot verhindert. Das GWB enthielt auch keine Bestimmungen gegen das Entstehen von Marktmacht durch Fusionen und nur unzureichende gesetzliche Möglichkeiten, um den Missbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen bekämpfen zu können. Weiter wurden insbesondere Verstöße gegen das GWB nicht, wie noch im Josten-Entwurf gefordert, dem Strafgesetzbuch, sondern nur dem Ordnungswidrigkeitengesetz unterworfen.

Hieran hat sich bis heute, auch nach der 7. GWB-Novellierung, nichts geändert. In den USA werden dagegen Verstöße gegen das Wettbewerbsgesetz (Sherman Act) kriminalisiert und mit Geldbußen bis zu einer Million US-Dollar bei Einzelpersonen bzw. 100 Millionen US-Dollar bei Unternehmen sowie Haftstrafen bis zu zehn Jahren bestraft. Auch im britischen Wettbewerbsrecht können Kartelldelikte in schwerwiegenden Fällen mit Freiheitsstrafen bis zu fünf Jahren und mit Geldstrafen in unbegrenzter Höhe geahndet werden.

Sanktionen in Deutschland und in der EU

In Deutschland und in der EU, außer Großbritannien, ist mit Ausnahme des Submissionskartells (hier gilt in Deutschland der § 298 Strafgesetz-

buch) kein Strafverfahren mit Geld- oder Freiheitsstrafe, sondern lediglich ein Ordnungswidrigkeitsverfahren mit Bußgeldern vorgesehen. Eine notwendige Kriminalisierung der Kartelltäter findet also nicht statt. Die Geldbuße nach § 81 Absatz 4 Satz 2 GWB ist vom Bundeskartellamt nach der 7. GWB-Novelle 2005 in Form von „Bußgeldleitlinien“ in der Anwendung konkretisiert worden. Demnach kann das Bußgeld gegen einzelne Personen bis zu einer Million Euro betragen, und gegen Unternehmen können Geldbußen in Höhe von bis zu zehn Prozent ihres letztjährigen Gesamtumsatzes festgesetzt werden.

Darüber hinaus behält sich das Bundeskartellamt vor, im Rahmen des Bußgeldverfahrens oder eines gesonderten Verfahrens gemäß § 34 GWB den wirtschaftlichen Vorteil (Mehrerlös) im Sinne des § 17 Absatz 4 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) abzuschöpfen. Dabei berücksichtigt das Bundeskartellamt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen. „Weist ein Unternehmen nach, dass es die Geldbuße kurz- oder mittelfristig nicht zahlen kann, ohne dass seine Existenz gefährdet wäre, kann das Bundeskartellamt einen Besserungsschein erteilen oder die Geldbuße stunden. Eine Reduzierung der Geldbuße kommt dagegen nur ausnahmsweise in Betracht, wenn ein Unternehmen nachweist, dass es die Geldbuße auch langfristig nicht zahlen kann, ohne dass seine Existenz gefährdet wäre.“¹⁷

Diese reine monetäre Sanktionierung von Kartelltätern ist aus mehreren Gründen nicht nachvollziehbar:

- Kartelle richten schwerwiegende volkswirtschaftliche Schäden und Wettbewerbsperversionen an, die man nicht mit einem Bußgeld für die Täter aus der Welt schaffen kann. Dies steht in keinem Verhältnis zu vielen anderen weit nichtigeren strafrechtlich verfolgten Tatbeständen.

- Überaus schwer ist es, den Kartellstraftätern auf die Schliche zu kommen, trotz der 2006 eingeführten „Kronzeugenregelung“, bei der ein Kartellmitglied durch Selbstanzeige beim Bundeskartellamt von der Zahlung einer Geldbuße teilweise oder ganz befreit werden kann. Die Dunkelziffer der praktizierenden Kartelle dürfte hoch sein. Nur eine strafrechtliche Verfolgung schreckt potenzielle Kartelle nicht ab. Zumal den Managern, wie der ehemalige Kartellamtschef *Ulf Böge* betont, eine

¹⁷ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes vom 15. September 2006, Seite 5.

zunehmende Rücksichtslosigkeit im Wettbewerbskampf attestiert werden kann, mit der die „Gier nach schnellem Geld“ befriedigt werden soll.

■ Reine Geldbußen waren noch nie abschreckend, jedenfalls nicht in der bisher verhängten Höhe – weder gegen Personen noch gegen Unternehmen. Dies zeigen nicht nur die jüngsten Kartellsünden. Von 1993 bis 2008 betrugen die vom Bundeskartellamt vereinnahmten Bußgelder lediglich 776,5 Millionen Euro, das waren jahresdurchschnittlich gut 48,5 Millionen Euro. Rechnet man dabei die Jahre 1997, 2007 und 2008 mit weit überproportionalen Bußgeldern heraus, verringert sich das jahresdurchschnittliche Bußgeld laut dem Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes auf 16,6 Millionen Euro.

■ Geldbußen werden in den Absatzpreisen vorsorglich mit einkalkuliert, sozusagen eingepreist, und somit von den Geschädigten – sollte es zu einer Aufdeckung des Kartells kommen – und nicht von den Tätern bezahlt. Fliegt das Kartell nicht auf, entsteht ein zusätzlicher Gewinn.

■ Geldbußen bereiten bei der Bestimmung des Mehrerlöses, auch wenn der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 19. Juni 2007 die Festlegung präzisiert hat, beträchtliche Probleme. Zur Bestimmung ist „der fiktive Marktpreis zu ermitteln,

wofür der Bundesgerichtshof die Betrachtung eines geeigneten Vergleichsmarktes auch im benachbarten Ausland als überlegene Schätzungsmethode ansieht. Erst wenn sich kein kartellfreier Vergleichsmarkt feststellen lasse, müsse der hypothetische Wettbewerbspreis mit einer gesamtwirtschaftlichen Analyse bestimmt werden. Anhand der jeweiligen Kostenstrukturen der beteiligten Unternehmen und einer empirisch zu ermittelnden allgemeinen durchschnittlichen Umsatzrendite aus vergleichbaren Branchen mit ähnlichen Marktbedingungen könne auf einen durchschnittlich zu erwartenden Marktpreis geschlossen werden.“¹⁸

■ Geldbußen können bei Existenzgefährdung von Unternehmen nicht vollstreckt werden.

Dies alles spricht dafür, das deutsche, aber auch das europäische Wettbewerbsrecht bei der Sanktionierung gegenüber Kartelltätern dem Strafgesetzbuch unterzuordnen und schwere Verstöße mit empfindlichen Haftstrafen zu ahnden. Dann würden es sich Kapitaleigner und Vorstände bzw. Geschäftsführer oder auch andere Beteiligte mit Sicherheit überlegen, ob es sich lohnt, den Wettbewerb, das systemkonstitutive Element einer marktwirtschaftlichen Ordnung, widerrechtlich auszuschalten, um sich auf Kosten der Allgemeinheit zu bereichern. ■

¹⁸ Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes, Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/13500, Seite 35.