

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXII
Kapitel 1: Einleitung.....	1
<i>A. Fragestellung und Zielsetzung</i>	<i>1</i>
<i>B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes</i>	<i>4</i>
<i>C. Gang der Untersuchung.....</i>	<i>5</i>
Kapitel 2: Verhaltenssteuerung und Regulierung.....	7
<i>A. Ökonomische Grundlagen.....</i>	<i>7</i>
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. Verbandsschuld.....	94
4. Verbandsstrafe sei dem deutschen Recht nicht wesensfremd.....	98
5. Zwischenergebnis.....	98
VI. Zusammenfassung und erste Bewertung	98

D. Zwischenergebnis.....	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
<i>C. Konsequenzen der Kriminalisierung des Kartellverbots</i>	<i>409</i>
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>	440
Literaturverzeichnis.....	443
Materialienverzeichnis	488
Stichwortverzeichnis	492