



universität
wien

Schuld und Sühne im Kartell- und Strafrecht

Peter Lewisch

I. Roadmap des Vortrags: It's all in the title

- Strafrecht
- Kartellrecht
- Verhältnis der beiden Rechtsgebiete
 - Eigenarten der jeweiligen Sanktionierungsregime:
 - Individualstrafe
 - Verbandsgeldbuße
 - Kartellgeldbuße
 - Voraussetzungen einer Bestrafung/Sanktionierung auf Unternehmerebene
 - Due compliance?
 - Bestimmungsgrößen einer solchen Sanktionierung (insb „Strafzumessung“)
 - Ermessens- und Verfahrensfragen.

Keine Komprimierung strafrechtl. Bibliotheken, analytisch, mit „Zug zum Tor“.

II. Status quo wettbewerbsrechtliche Geldbußen

- Ziel: Verhaltenssteuerung
- Wie: durch negative Anreize (Sanktionierungen), die
- auf einen in der Vergangenheit verwirklichten Sachverhalt Bezug nehmen, wobei
- dieser Sachverhalt in einer verwirklichten oder beabsichtigten Sozialstörung („Wettbewerbswidrigkeit“) besteht und
- die vergangenheitsbezogene Sanktionierung die entsprechenden Verhaltensweisen auch pro futuro unattraktiv machen soll (Abschreckung)
- und der Abspruch über das Vorliegen einer Wettbewerbswidrigkeit und die Festlegung der Sanktionierung den Gerichten obliegt.

Frage: Wo stehen diese Geldbußen im Spektrum der Sanktionen?

III. Typen von Sanktionen und (verfassungsrechtliche) Anforderungen

	Individual- strafe	VbVG- Geldbuße	Kartellrechtl. Geldbuße	Neutrales Bußgeld
Gleichheitssatz	+	+	+	+
Sachlichkeitsgebot	+	+	+	+
Übermaßverbot	+	+	+	+
Art 6 EMRK	+	+	+	+
Gericht (Tribunal)	+	+	+	+
Faires Verfahren	+	+	+	+
Strafrechtl. Anklage	+	+	? (+)	? (-)
Art 7 EMRK	+	+	? (+)	? (-)
Schuldprinzip iwS	+	-	-	-
Schuldprinzip ieS	+	-	-	-



IV. Schuld – Strafe – Verbandsstrafe – Kartellgeldbuße

A. Haftung und Strafe

- Haftung: Einstehenmüssen für eine (vielleicht fremde) Verbindlichkeit
- Strafe: Persönlicher Tadel bei Fehlverhalten
- Verbandsstrafe: Sozial-ethischer Vorwurf (eig Art) gg Verband.

B. Schuldprinzip und (Verbands-)Strafe

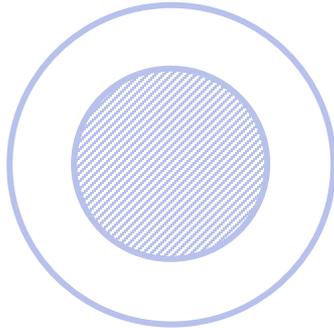
- Schuldprinzip im Strafrecht
 - Schuldprinzip iwS: Fehlerhaftigkeit (Vorsatz oder Fahrlässigkeit)
Grundlage der Bestrafung = nur Eigenhandeln des Täters
 - Schuldprinzip ieS: Vorwerfbarkeit geg. Täter
- Zurechnung des Verhaltens anderer (auch von Organen eines Verbands)
 - Im Vertragsrecht: ja
 - Im Schadenersatzrecht: ja
 - Im Kriminalstrafrecht: nein. Eigenhandeln und Eigenschuld (VfSlg 15.200).



- Verbandsverantwortlichkeit gemäß VbVG
 - Beruht auf Zurechnungsprinzip: Zuzurechnen ist strafbare Handlung des Individualtäters
 - Strikte Zurechnung bei Handeln von Entscheidungsträgern
 - Zurechnung von Mitarbeiter-taten (oder „Mitarbeiter-teiltaten“) nach Maßgabe eines zusätzlichen Fehlers auf Leitungsebene
 - Zurechnungsprinzip inhärent problematisch;
 - Problematisch auch noch konkrete Ausgestaltung.
- Bindeglied zum Verbandsgeschehen:
 - Handeln zu Gunsten des Verbands oder
 - Unter Verletzung von Verbandspflichten

C. Zurechnungsregeln im VbVG – Due compliance

Unterscheidung in „inner circle“ und „outer circle“



- a. Führungspersonen: „Entscheidungsträger“ qua
 - Vertretungsmacht
 - Kontrollbefugnis
 - sonstigem maßgeblichem Einfluss auf Gefü
- b. Mitarbeiter: Wer Arbeitsleistungen für Verband erbringt.



Strikte Zurechnung bei Fehlverhalten von Führungspersonen (§ 3 Abs 2 VbVG)

**Vorsatztat des
Entscheidungsträgers**

=

**Verbandsverantwortlichkeit
für diese Vorsatztat**

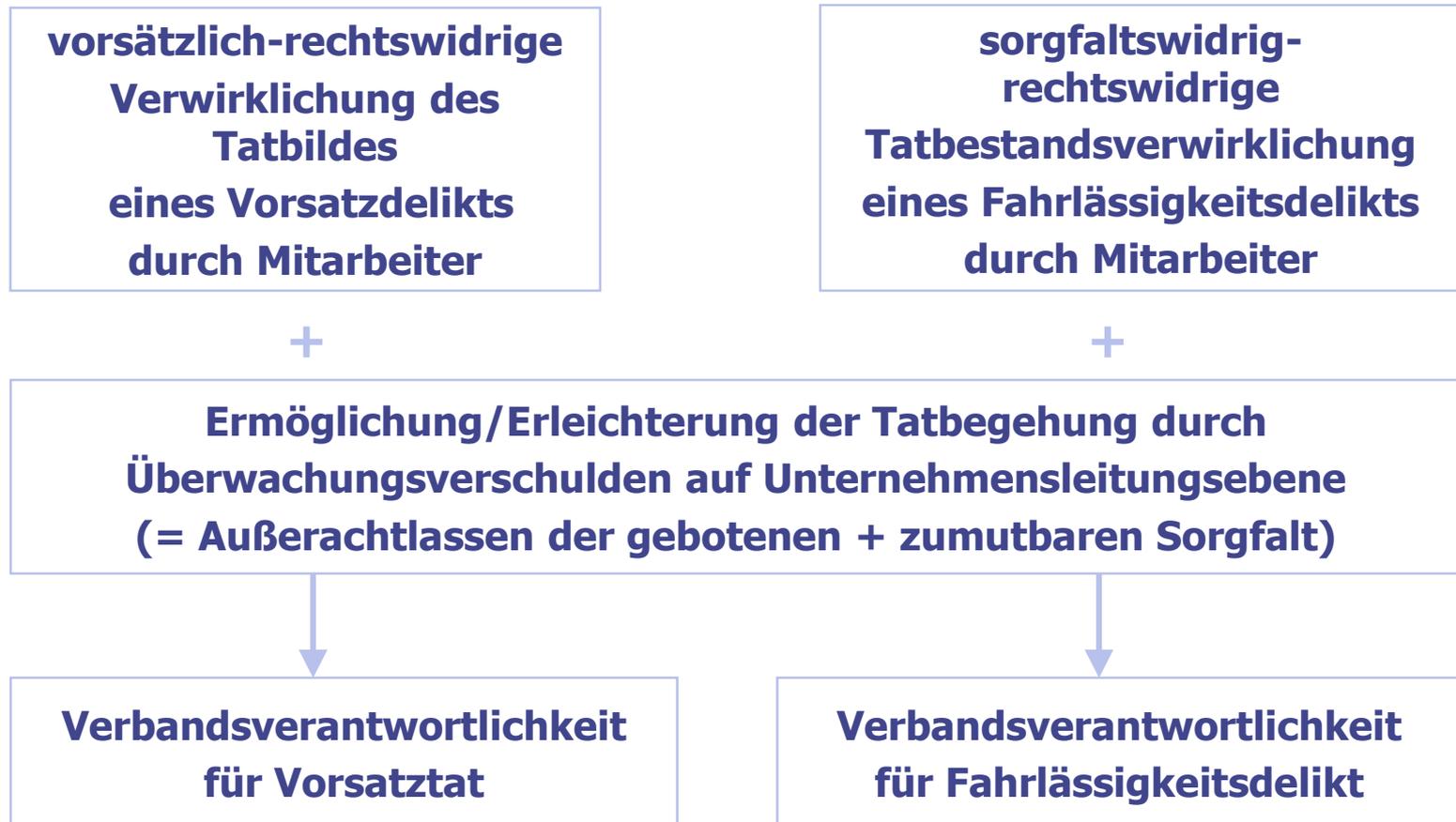
**Fahrlässigkeitstat des
Entscheidungsträgers**

=

**Verbandsverantwortlichkeit
für diese Fahrlässigkeitstat**



Zurechnung von Mitarbeiterfehlverhalten (§ 3 Abs 3 VbVG) und compliance



D. VfGH-Erk, 2.12.2016 (G 497/2015)

- Verbandsverantwortlichkeit verfassungskonform.
 - Ist eine neue Sanktionsform: „Neue strafrechtliche Kategorie eigener Art.“
 - Schuldprinzip gilt nur für natürliche Personen.
 - Keine Zurechnung fremder Schuld, weil Verband stets nur im Zurechnungswege handeln kann.
- Behauptungen, keine Begründungen:
 - Wieso sollen verfassungsrechtliche Vorgaben nicht für Sanktion gelten, die materiell strafengleich ist?
 - Zurechnung ist keine Zurechnung, weil juristische Personen durch Zurechnung handeln?
- Konkrete Zurechnungsstruktur nur sehr cursorisch geprüft.

IV. Due Compliance im Kartellrecht

- Positiv-rechtliche Einordnung:
 - § 29 KartG: „gegen einen Unternehmer oder eine Unternehmerversammlung, der oder die vorsätzlich oder fahrlässig ...“
 - OGH 5.12.2012, 16 Ok 2/11: Gilt auch im Kartellgeldbußenverfahren gg jur. Personen; auch insoweit vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten erforderlich.
 - Vorsatz/Fahrlässigkeit iSd StGB zu verstehen;
 - Verbotsirrtum kann zur Entschuldigung führen.
- Zurechnung vorsätzl./fahrlässigen Verhaltens von Entscheidungsträgern/Mitarbeitern im Kartellrecht?
 - Im Grunde nicht selbstverständlich. Im Verbandsstrafrecht geht es um Zurechnung einer Straftat (oder eines Teils davon) an Verband. „Mitarbeitererebene“ unterliegt selbst nicht den Wettbewerbspflichten.
 - Im KartG keine „Umlagenorm“ wie § 9 VStG (anders auch OWiG).
- Aber: OGH 5.12.2012, 16 Ok 2/11: ja;
 - und zwar in analoger Anwendung des § 3 [Abs 3] VbVG
 - Genauso etwa 26 Kt 154/13 vom 26.11.2014.



- Entscheidung des OGH in vielen Punkten unklar.
- Aber Conclusio daraus:
 - Verantwortlichkeit der juristischen Person für Kartellverstöße
 - für Eigenfehler von Entscheidungsträgern
 - für Mitarbeiter nur nach zusätzl. eig. Überwachungsverschulden, also bei Verletzung von Organisation- oder Überwachungspflichten auf Leitungsebene
 - Keine Pflichtverletzung → keine Bebußung
 - Due Compliance, daher nicht nur zumessungsrelevant.
- Due compliance defence:
 - Im Lichte des Vorgesetzten zwingend.
 - Wenn keine Pflichtverletzung des Entscheidungsträgers, dann kein zumindest fahrlässiges Handeln
 - IdS auch *Kofler-Senoner* (2016).
- Ist das noch gerecht? Hat nicht das Unternehmen dadurch allemal profitiert?
 - Ist Geldbuße.
 - Greift man zu diesem Instrument, so ist es bei fehlender Pflichtwidrigkeit eben unanwendbar.
 - Schadenersatz bleibt möglich.

V. Strafen, Bußgelder und kartellrechtliche Geldbußen

A. Grundlagen

1. Einordnung

- Strafe als gezielte Auferlegung eines Übels mit Tadelfunktion;
- Neutrale Bußgelder als „pekuniärer disincentive“;
- „Bereicherungsabschöpfung“ als gezielte Entreicherung (contrarius actus zur deliktischen Tätervermögensvermehrung);
- Schadenersatz
- Kartellrechtliche Geldbußen.

2. Strafen versus kartellrechtliche Geldbußen

- Strafen als Anreizinstrument, Präventive Wirkung des Strafrechts:
 - Ausgangsbefund: „Kartellrecht“ glaubt viel mehr an präventive Wirkung von Sanktionen als das Strafrecht;
 - Kartellrecht als „vermeintliches Heimspiel“ einer (sehr linearen) Rechtsökonomie.
- Häufiges Strafrechtsthema:
 - Höhere Strafen – bessere Welt? Noch höhere Strafen – noch bessere Welt?
 - Höhere Strafen – weniger Devianz – bessere Welt? Noch höhere Strafen – noch weniger Devianz – noch bessere Welt? Nicht so einfach.
 - Geringere Strafen – mehr Devianz? Nein, sachgerechte Ausgestaltung des Sanktionsregimes.

- Zutreffender Ausgangsbefund:
 - Entscheidung für eine Handlungsalternative: Erwartete Nutzen größer als erwartete Nachteile (Kosten).
 - Entscheidung für Rechtsbruch: Erwartete Nutzen des Rechtsbrechers größer als erwartete Kosten.
- Unzutreffende normative Schlussfolgerung:
 - Erwartungswert = mit Wahrscheinlichkeit gewichtete Größe, daher
 - Erwartungswert der Sanktion bei sehr großer Sanktion und geringer Wahrscheinlichkeit ist ident wie bei geringer Sanktion mit großer Wahrscheinlichkeit; angebliche Vorteilhaftigkeit des ersten Falls.
 - Indirekte Kosten sehr hoher Sanktionen sind in Wahrheit beträchtlich, und zwar prohibitiv.

3. Kartellrechtliche Geldbußen: Analytischer Rahmen

- Häufig zu lesen: „Optimale Höhe = erlangter Gewinn zuzüglich Marge“ (OGH).
- In dieser Allgemeinheit nicht ganz zutreffend:
 - Ausgangspunkt: sozialer Störwert (social harm).
 - Kartellrecht: Es gibt über den unmittelbar greifbaren Schaden (iS einer Überzahlung) hinaus Schäden durch Fehlsteuerungen und iS eines „deadweight loss“.
 - Ist Ziel der Gesamtsanktionierung der Ausgleich aller Nachteile, dann sind auch indirekte Nachteile (wie deadweight loss) auszugleichen.
 - Diese Gesamtsanktionierung erfolgt aber durch das Zusammenspiel von Bußen, Schadenersatz, Reputationsschäden und indirekten Kostenbelastungen (Managementkosten).



- **„Störwertausgleich“ versus Verhaltenssteuerung**
 - Thema: Individuelle Verhaltenssteuerung gg dem Einzelnen durch Sanktionen.
 - Anreize des Einzelnen: Tatbegehung, wenn erwartete Individualnutzen größer als erwartete Individualkosten.
 - Daher: Für Verhaltenssteuerung braucht man nicht auf die Gesamtschäden (iSv oben) abzustellen; es reicht zumeist Bezugnahme auf erwartete Bereicherung.
- **OGH-Formel (Erlangter Gewinn zuzüglich Marge):**
 - Jein: Bereicherung unterschätzt zwar tendenziell sozialen Störwert; aber auch andere wirksame Disincentives (zB Reputationsschäden).
 - Jein: Kartelltatbestände sind „abstrakte Gefährdungsdelikte“; bereits verwirklicht, wenn sich mit Handlung typischerweise ein Wettbewerbsnachteil verbindet („bezwecken/bewirken“).
 - Bestrafung von Vorfeldtaten (wie „Versuche“, „abstr. Gefährdungsdelikte“) ist eigenes Thema; haben ja als solche nur geringen sozialen Störwert.
 - Kartellstrafen insoweit häufig überschießend, wenn nämlich in concreto nicht real sozialschädlich.
 - Jein: Spezialfrage bei verfügbarer rechtskonformer Handlungsalternative. Maßstab dann unrechtmäßige Bereicherung?

3. Kriminalstrafrechtliche Strafen versus kartellrechtliche Sanktionierung

- **Kriminalstrafen**
 - Tadelswirkung = Stigma
 - Haftstrafen (ab ca 2 Jahren real verbüßter Strafen „bürgerlicher Tod“)
 - Übel für den Einzelnen und Übel für seine Umgebung.
 - Daher: Möglichst das scharfe Schwert androhen, aber nicht wirksam werden lassen.
 - Höchst differenziertes System des strafrechtlichen Sanktionenrechts.
 - Verbandsgeldbußen: Detto, differenziertes System mit bedingter Strafnachsicht, Diversion, Verfolgungsermessen.
- **Kartellrechtliche Geldbußen mit anderer Funktion:**
 - Durchaus als Mittel der Prävention,
 - durchaus als Mittel der auf die Tat zurückschauenden Sanktion,
 - aber ohne „spezifischen Übels- und Tadelscharakter“.

4. Strafen – Strafsatz – Strafraumen – Kappungsgrenze

- **Kriminalstrafen:**
 - Gesetzliche Strafdrohungen im Kriminalstrafrecht (StGB): bisweilen Untergrenzen, stets Obergrenzen.
 - Haftstrafen: keine Differenzierung nach relativer Strafempfänglichkeit infolge Opportunitätskosten.
 - Geldstrafen: Tagsatzsystem.
 - Verbandsgeldbußen: differenziertes Tagsatzsystem.
 - FinStrG: Sanktionierung nach oben hin offen; „strafbestimmender Wertbetrag“.
- **Verfassungsrechtlicher Rahmen (Art 7 EMRK):**
 - Nur „schwache“ Anforderungen, im wesentlichen Strafart betreffend.
 - Schadensabhängige Sanktionierungen zulässig.
 - Maßgebliche Begrenzung: Rahmen des zum Tatzeitpunkt vernünftigerweise Vorhersehbaren (auch im Wege einer Formel).
 - Vorhersehbarkeit versus Exzessivität.

5. Rechtliche Begrenzung von Kartellrechtsbußen:

- Unterschiedliche Systeme vorstellbar (Strafrahmen versus Kappungsgrenze).
- Auslegung des positiven Rechts.
- Kappungsgrenze: „Objektive Bedingung erlaubter Sanktionierung“ (Ziel: Verhältnismäßigkeit, aber primär Insolvenzvermeidung).
- Strafsatz/Strafrahmen: Normative Orientierungsgröße, im Kriminalstrafrecht seltenst erreicht.
- Im Kriminalstrafrecht: oft 1/3 der Höchststrafe als „Ausgangsgröße“; unbescholtener, sozial integrierter Ersttäter erhält zumeist bedingte Strafnachsicht.

6. Bemessung von Geldbußen nach öKartG (versus EU)

- Obergrenze als „Strafraumen“
- Bezugsgröße: 10% des Jahresgesamtumsatzes der Unternehmensgruppe;
 - nicht: betroffene Produktgruppen,
 - nicht: bloß der konkret betroffenen Unternehmen;
 - aber auch nicht: pro Jahr der Verfehlung.
- Bemessungsgründe gemäß § 30 KartG (insb Schwere und Dauer der Rechtsverletzung, Bereicherung, Grad des Verschuldens, wirtschaftl. Leistungsfähigkeit).
- Frage: „Zieht“ die (gesamtumsatzbezogene) Obergrenze „Strafen hinauf“? Sollte nicht sein; Maßstab sind Zumessungsgründe (nur einer davon ist wirtschaftl. Leistungsfähigkeit).

- Frage: Ist möglichst großer Spielraum und möglichst große Unsicherheit betreffend konkrete Bemessung erstrebenswert? Antwort: Nein.
- Fiktive Norm: „Wer eine strafbare Handlung [einen Wettbewerbsverstoß] begeht, wird im Ausmaß verwirklichten Unrechts und verwirklichter Schuld unter Beachtung des Verhältniskeitsgebots, unter Wahrung des Existenzminimums und unter Berücksichtigung von Präventionserfordernissen mit dem Verfall seines Vermögens bestraft. Über das Ausmaß des Verfalls ist im Strafurteil zu erkennen.
- Gibt es gegen eine solche Anordnung grundrechtliche Bedenken? Nein.
- Wieso haben wir keine solche Regelung?
- Weil das ausdifferenzierte strafrechtliche Sanktionsrecht freiheitsverbürgend ist.
 - Verhältnismäßigkeitsprinzip: nur äußerster Rahmen;
 - In diesem Rahmen eigenständige Auffüllung im Wege eigener Systembildung und Wertungsentscheidungen.

7. Bebußungsermessen – Rechtsmittelverfahren

- Konkrete Bemessung der Geldbuße als Ermessensfrage: Kartellgericht entscheidet.
- Prozessual: Rolle des OGH als RM-Gericht bei Kontrolle/Neufestsetzung der Geldbuße

8. Entscheidungskompetenz des RM-Gerichts:

- Bloße Kontrolle auf (Rechts-)Richtigkeit oder
- eigene Entscheidung, die jene des Erstgerichts ersetzt (RM übt selbst Ermessen).
 - Im Kriminalstrafrecht:
 - Bei NB: Neuerungsverbot, Bindung des OGH an SV-Feststellungen, rechtliche Überprüfung.
 - Bei Strafberufung: kein Neuerungsverbot, Berufungsentscheidung als *judicium novum*, eigene E des RM-Gerichts.
 - Kartellrecht? Unklarheiten.

- **OGH-Rechtsprechung**

- OGH 8.10.2008, 16 Ok 5/08: Ermessensentscheidung; Überprüfung des OGH, ob alle gesetzlichen Faktoren berücksichtigt; Prüfung auf Überschreitung des Ermessensspielraums; unvertretbare Gewichtung.
- OGH 12.9.2007, 16 Ok 4/07: Kontrolle, ob Kartellgericht rechtlich korrekt alle gesetzlichen Faktoren berücksichtigt hat. Eigenständiger Ausspruch des Berufungsgerichts, der an Stelle des bekämpften treten soll.
- OGH 8.10.2015, 16 Ok 2/15b: Kontrolle (wie vorige E); eigene Beurteilung der Angemessenheit, wenn einzelne Gewichtungsfaktoren unzureichend gewürdigt.

- **Beurteilungskriterien:**
 - Sachverhaltsgrundlagen:
 - Neuerungsverbot auch für die Bußgeldbemessung; also kein neues Sachvorbringen möglich.
 - Aber: § 49 KartG („erhebliche Bedenken aus den Akten“): entspricht Z 5a des § 281 StPO.
 - Rechtlich:
 - Volle rechtliche Überprüfung als Rekursgericht. Entspricht der Sache nach eigener Ermessensübung, keine bloße Überprüfung fremder Ermessensübung auf Fehlerhaftigkeit.
 - Daher jedenfalls keine bloße „Missbrauchskontrolle“/Exzesskontrolle;
 - Kann aber für eigene Ermessensübung erstgerichtliche Ermessensübung übernehmen.
 - OGH könnte sagen: Nicht 5 Mio, sondern 5,01 Mio.



The End

That's all, folks.



Univ.-Prof. DDr. Peter Lewisch

- **Institut für Strafrecht der Universität Wien**
 - Zentrum für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht
 - Forschungsstelle für Rechts- und Institutionenökonomie
- **CHSH Rechtsanwälte GmbH**