

**ZUR WIRKSAMKEIT VON STRAFSANKTIONEN FÜR  
MANAGER IM KARTELLSTRAFRECHT**

**von**

**Martin KILLIAS**

**Professor für Kriminologie, Straf- und Strafprozessrecht**

**an der**

**Universität Zürich**

**24.08.2012**

## **1. Teil: Wirken Strafen abschreckend? Kurzer Überblick über den Forschungsstand**

### *Ursprünge und Inhalt der Theorie der Generalprävention*

Dass man mittels Strafen andere als nur die bestrafte Person davon abhalten könnte, in Zukunft Straftaten zu begehen, also „abzuschrecken“, wurde erstmals von Protagoras (im Dialog, den ihm Platon gewidmet hat) vorgebracht<sup>1</sup>. Diese Wirkung auf Dritte setzt die Fähigkeit voraus, von den Erfahrungen anderer zu lernen, also zu beobachten und Ursache-Wirkungsmechanismen zu „verstehen“. Kleine Kinder und Tiere sind beispielsweise nur eingeschränkt fähig, von anderen auf sich selber zu schliessen oder Kausalmechanismen zu verstehen, wenn Ursache und Wirkung nicht räumlich-zeitlich sehr eng nebeneinander liegen. Dies ist normalerweise bei der individuellen Bestrafung der Fall – die Spezialprävention wirkt somit auch bei Kindern und Tieren und führt, bei systematischer Sanktionierung, zur Dressur.

Die Generalprävention ist jedoch abstrakter und setzt höhere kognitive Fähigkeiten voraus als die Spezialprävention. Aristoteles hat sie als erster formalisiert und in Begriffen der Wahrscheinlichkeit ausgedrückt, indem er postulierte, dass die Abschreckungswirkung umso grösser sei, je höher die „Kosten“ in Form der Bestrafung seien. Letztlich läuft dies auf eine Kosten-Nutzen-Rechnung hinaus. Dabei standen bis ins 18. Jahrhundert (und noch bei Hobbes und Montesquieu) allein die Strafe und ihre Bemessung im Zentrum des Interesses, wogegen die seit Beccaria, Bentham und Feuerbach „entdeckte“ Wahrscheinlichkeit der Bestrafung kaum interessierte. Das hing klar damit zusammen, dass in vormodernen Zeiten

---

<sup>1</sup> Zu diesen Ursprüngen vgl. Martin Killias, André Kuhn und Marcelo F. Aebi (2011). Grundriss der Kriminologie, 2. Aufl. Bern: Stämpfli, Rz 1001ff. (S. 377ff.).

ohne Polizei und ohne nennenswerten Strafverfolgungsapparat das Risiko, erwischt zu werden, kaum beeinflusst werden konnte. Dagegen war es einfach möglich, Strafen zu verschärfen oder zu mildern. Seither ist in Europa in erheblichem Masse in den Strafverfolgungsapparat investiert worden – die Wahrscheinlichkeit, erwischt und tatsächlich bestraft zu werden, beträgt heute ein Vielfaches früherer Zeiten. Die Milderung der Strafen und insbesondere das Verschwinden der Todesstrafe muss man wohl auch vor dem Hintergrund einer viel effizienteren Strafverfolgung sehen – hätte man die Strafschwere nicht angepasst, gäbe es heute buchstäblich ein Blutbad.

Am Ende der Aufklärung stand somit die Theorie in ihren Grundzügen fest: es kommt auf die Höhe der Strafe wie auch auf die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung an. Nach dieser Theorie variiert die Abschreckungswirkung wie Versicherungsprämien, deren Höhe durch die Schwere des drohenden Risikos einerseits und die Wahrscheinlichkeit seiner Verwirklichung andererseits bestimmt wird.

### *Abkehr von der Generalprävention*

Dass man mittels Strafen auf die Bestraften einwirken (Spezialprävention) und gleichzeitig unbeteiligte Dritte vor der Begehung von Straftaten abschrecken kann (Generalprävention), ist somit seit dem 18. Jahrhundert Allgemeingut. Doch funktioniert die Theorie der Generalprävention überhaupt? Besonders seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert, als die Spezialprävention ganz in den Vordergrund des Interesses rückte, gilt die Theorie der Generalprävention als „veraltet“. Vor allem wird – gerade auch von Strafrechtlern – regelmässig verkündet, eine Wirkung härterer Strafen lasse sich nicht nachweisen (was dann mit dem Beweis der Unwirksamkeit gleichgesetzt wird) und wirksam sei, wenn überhaupt,

allenfalls nur die Erhöhung des Bestrafungsrisikos. Ist diese sich als modern und aufgeklärt verstehende Richtung indessen empirisch belegbar? Wenn es darum geht, in einem Kartellgesetz neue Strafbestimmungen aufzunehmen, stellt sich zwingend diese Frage – es wird ja nicht in Frage kommen, durch stark intensivierte Kontrolltätigkeit das subjektiv wahrgenommene Risiko für die Akteure in der Wirtschaft in einer Weise zu erhöhen, dass sich Abschreckungseffekte nachweisen lassen. Es lohnt sich daher, zunächst den heutigen Stand der Kenntnisse in diesem Bereich – und mit besonderem Blick auf Wirtschaftsdelikte – zusammenzufassen und daraus abzuleiten, wie sich die neuen Strafbestimmungen des KG allenfalls auswirken könnten.

### *Strafgesetze sind hochgradig wirksam*

Es gehört zu den paradoxen Aspekten des modernen Wissenschaftsbetriebs, dass relativ offensichtliche Wirkungsmechanismen oft klein geredet oder negiert werden. Ein gutes Beispiel hierfür wären die häufigen Klagen über die „Ineffizienz“ der Strafjustiz – dabei ist, global betrachtet, kaum ein Regelungsbereich derart wirksam wie unsere Strafgesetzgebung und Strafjustiz.

Tatsächlich gibt es eine stark wachsende Anzahl von Belegen für die Wirkung von Strafgesetzen an sich, d.h. unabhängig von den angedrohten Strafen und den Anstrengungen, Verstöße festzustellen, zu verfolgen und zu ahnden. Wird irgendetwas geboten oder verboten, so beeinflusst dies das Verhalten der Menschen massiv – sofern eine Sanktion zumindest theoretisch vorgesehen ist.<sup>2</sup> Das Anlegen von Sicherheitsgurten, die immer wieder „angepassten“ Geschwindigkeitsbeschränkungen, die Alkohol-Limiten u.v.a führten in der

---

<sup>2</sup> Nachweise der im Folgenden referierten Studien bei Killias/Kuhn/Aebi (Fn 1), Rz 1024ff.

Vergangenheit jeweils zu einem massiven Anstieg der Gurtanlegequote, einem Rückgang der gefahrenen Geschwindigkeiten und weniger Alkohol im Strassenverkehr. Dabei war die Wirkung kaum davon abhängig, wie viel oder wie wenig die Polizei unternahm, um die neuen Vorschriften durchzusetzen – neue Gesetze wirken quasi „automatisch“, also ohne konkrete Vollstreckungsmassnahmen, sofern eine Sanktion prinzipiell vorgesehen und ihre Verhängung nicht voraussehbar (systematisch) unterblieb. Dies zeigten etwa systematische Übersichten über die Wirkung der Gurtanlegepflicht (in 17 Ländern) und über die Wirkung von Mindestaltersgrenzen für den Alkoholausschank (in den USA, Auswertung in 21 Einzelstaaten). In beiden Fällen war die Wirkung so gut wie einheitlich – bei der Gurtanlegepflicht gab es nur in drei Ländern (Norwegen, Österreich, Deutschland) einen „Nulleffekt“, in denen der Gesetzgeber das Anlegen der Sicherheitsgurte zwar für obligatorisch erklärt, gleichzeitig aber vor der Anordnung von Sanktionen (Ordnungsbussen) abgesehen hat. Analog waren die Wirkungen – wenn derzeit auch noch weniger systematisch evaluiert – der verschiedenen Politiken gegenüber Cannabis<sup>3</sup> und der Veränderungen der Geschwindigkeitslimiten und der Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr. Interessant ist in diesem Zusammenhang noch die Beobachtung, dass die Festlegung tieferer Höchstgeschwindigkeiten auf Ausserortsstrassen und Autobahnen die Vorstellungen der Bevölkerung über die „angemessene“ Maximalgeschwindigkeit fast noch stärker beeinflusst hat als das Verhalten selber.<sup>4</sup>

Der Gesetzgeber ist somit eine eminent moralische Autorität, der nicht nur Strafen androht, sondern auch weitgehend die Vorstellungen über gut und böse und angemessene Grenzwerte prägt. Nicht oder noch nicht systematisch evaluiert, aber durchaus auf der gleichen Linie liegen die Alltagsbeobachtungen im Zusammenhang mit den Rauchverboten und den

---

<sup>3</sup> Martin Killias, Giang Ly Isenring, Gwladys Gilliéron und Joelle Vuille (2011). Do drug policies affect cannabis markets? A natural experiment in Switzerland, 2000-10. *European J. of Criminology* 8 (3) 171-186.

<sup>4</sup> K. Dietrich, H.P. Lindenmann, P. Hehlen und J. Thoma (1988). Auswirkungen von Tempo 80/120 auf die Verkehrssicherheit. Bern/Zürich: BfU und ETH (in Killias/Kuhn/Aebi, Fn 1, Rz 1027ff.

Massnahmen gegen sexuelle Belästigung etwa am Arbeitsplatz. Auch in diesen Bereichen sind deutliche Veränderungen im Verhalten mit Händen zu greifen, die die pessimistischen Unkenrufe Lügen strafen, wonach der Reiz des Verbotenen unterwünschtes Verhalten erst recht provoziere. Was man gerade beim Rauchverbot allenfalls hätte vermuten können – nämlich eine Art Trotzreaktion der Raucher – ist in keiner Weise eingetreten.

Wie das Rauchverbot deutlich macht, sind diese massiven Veränderungen ohne nennenswerte Beiträge des Strafverfolgungsapparates erreicht worden. Wenn mitunter gesagt wird, entscheidend seien die informellen Sanktionen – also die Verurteilung gewisser Verhaltensweisen durch die öffentliche Meinung oder die massgeblichen „Anderen“ – so mag das seine Richtigkeit haben<sup>5</sup>. Entscheidend ist aber, dass informelle Sanktionen sich niemals hätten bilden und die „Anderen“ durchsetzen können, wenn nicht zuvor der Gesetzgeber mit seiner Autorität neue Regeln erlassen hätte. Der früher aussichtslose Kampf der Nichtraucher für etwas mehr Rücksichtnahme und Zurückhaltung seitens der Raucher bei Sitzungen oder Anlässen in geschlossenen Räumen erinnert, wie wenig auszurichten ist, wenn man sich nicht auf die höhere Autorität des Gesetzgebers berufen kann. Auch an sich empörte „Bystanders“ fühlen sich zum Eingreifen und Reklamieren wohl nur befugt, wenn sie sich durch generelle Regeln gedeckt fühlen. Andernfalls macht man die Faust im Sack und hofft, irgendwann werde dann schon einmal ein Verbot kommen.

### *Analoge Gültigkeit im Bereich der Wirtschaftskriminalität*

Wir können aufgrund dieser vielfältigen, aber kohärenten Erfahrungen in den verschiedensten Bereichen des menschlichen Zusammenlebens vermuten, dass auch im Wirtschaftsleben der

---

<sup>5</sup> Nachweise in Killias/Kuhn/Aebi (Fn 1), Rz 1021ff.

Erlass neuer Regeln durch berufene Autoritäten – seien dies nun der Gesetzgeber, Verbände mit ihren Richtlinien, Weisungen der obersten Geschäftsleitung usw. – ebenfalls zu sofortigen und massiven Veränderungen im Verhalten führt. Leider sind die Wirkungen solcher Normen nicht oft evaluiert worden, aber es finden sich im Alltag des Wirtschaftslebens zahlreiche Beispiele, wie früher weithin übliche Usancen – etwa Geschenke, Einladungen, Zugeständnisse von Vorteilen aller Art – im Zuge der verstärkten Sensibilisierung gegenüber Korruption und dem Erlass entsprechender Weisungen massiv zurückgegangen sind.

Das Kartellstrafrecht bietet dazu ebenfalls Beispiele, wie einzelne Studien nahe legen, die wir unten diskutieren werden. Anhand systematischer Beobachtungen und Auswertungen der im Laufe der Zeit erlassenen Regelungen haben sich Wirkungen auf Kartellabsprachen vor allem in den USA, aber auch in der Schweiz feststellen lassen. Ein Kartellgesetz, das bestimmte Absprachen unter Strafe stellt, hat somit Wirkungen.

Offen bleibt bei all diesen Wirkungen neuer Regeln, ob die beobachtbaren Veränderungen auf den angedrohten Strafen, den vermuteten Risiken der Entdeckung oder aber den informellen Sanktionen beruhen. Unter den Strafrechtlern, von denen viele ein gebrochenes Verhältnis zu ihrem eigentlichen Gegenstand – der Strafe – zu haben scheinen, dominiert die Sichtweise, dass letztlich alles wichtig sei ausser der Strafe selber. Wir möchten dem die These entgegensetzen, dass es letztlich auf alles miteinander ankommt: die veränderten Einstellungen unter den Normadressaten über das nunmehr verpönte Verhalten, auf die Erwartung, im Entdeckungsfall bestraft zu werden, und auf die Strafe selber.

### *Schwierige Beweisführung*

Warum nur ist das so schwierig nachzuweisen? Das Grundproblem scheint zu sein, dass die Wirkungen von Bestrafungserwartungen nicht linear zu- oder abnehmen.<sup>6</sup> Eine Verstärkung etwa der Polizeikontrollen um 10 Prozent bewirkt nicht unbedingt eine Abnahme der Verkehrsdelikte in derselben Grössenordnung. Studien über die Abschreckungswirkung verstärkter Kontrollen haben gezeigt, dass die Abnahme oft kurzatmig bleibt – offensichtlich weil die Ankündigung verstärkter Kontrollen – etwa bei Alkohol am Steuer – die Leute zwar anfänglich beeindruckt, dann aber die tatsächlich bescheidene Zunahme der Kontrollen den gestiegenen Erwartungen nicht entspricht, so dass sich nach einer gewissen Zeit die Einschätzung der Kontrollrisiken wieder dem realen Niveau „anpasst“.<sup>7</sup> Evaluationen haben einen Effekt verstärkter (oder verringerter) Kontrolltätigkeit nur dann nachweisen können, wenn die Zu- oder Abnahme massiv ausgefallen ist – also um einige hundert Prozent zugenommen<sup>8</sup> oder praktisch auf null abgesunken<sup>9</sup> ist. Dabei zeigte sich weiter, dass Polizeistreiks und andere Situationen mit ausfallenden Kontrollkräften nur dann zu einem massiven Anstieg der verbotenen Handlungen führen, wenn die Betroffenen davon ausgehen können, dass das Kontrollniveau auf null absinken werde – und dies zudem bekannt ist, so

---

<sup>6</sup> So schon mit unerreichter Präzision Derek Byleveld (1980). *A Bibliography on General Deterrence Research*. Westmead (GB): Saxon House.

<sup>7</sup> So die Folgerungen aus den Auswertungen in mehreren Ländern (England, USA, Frankreich): H.L. Ross (1982). *Deterring the Drinking Driver*. Lexington (Mass.): Lexington Books.

<sup>8</sup> Eines der seltenen Beispiele, wo eine Erhöhung des Entdeckungsrisikos um mehr als 500 Prozent ausgewertet wurde (die sich prompt als höchst wirksam erwies), war ein Experiment der Zürcher S-Bahn: M. Killias, D. Scheidegger und P. Nordenson (2009). The Effects of Increasing the Certainty of Punishment. A Field Experiment on Public Transportation. *European J. of Criminology* 6 (5), 387-400.

<sup>9</sup> Auch dazu gab es Beispiele, wie etwa Polizeistreiks oder die Elimination der ganzen Polizeiorganisation durch die deutsche Besatzungsmacht in Dänemark im Herbst 1944, dazu J. Andenaes (1974). *Punishment and Deterrence*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

dass man risikolos eine Normen übertreten kann<sup>10</sup>. Mässige Variationen der Kontrollintensität wirken sich dagegen kaum auf das Verhalten aus, wogegen massive Zu- oder Abnahmen tatsächlich nicht ohne Folgen bleiben. In Alltagssituationen gelingt es der Polizei indessen nur ganz ausnahmsweise, die Kontrollintensität massiv zu erhöhen, da die Begrenztheit der Ressourcen und vor allem deren weitgehende Gebundenheit durch fixe Aufgaben die Bildung von Schwerpunkten nur sehr begrenzt zulässt.

Die Tatsache, dass die meisten Menschen Normen – auch nach Änderungen – befolgen, obwohl das Risiko von Kontrollen oft derart gering ist, dass sich das systematische Nicht-Befolgen „lohnen“ würde, erklärt sich wohl vor allem daraus, dass – wer Normen übertritt – zwangsläufig Aufwand betreiben muss, um allfälligen Kontrollen zu entgehen. Dies bindet Ressourcen und erfordert vor allem Aufmerksamkeit, weshalb eine strikte Konformität langfristig den Alltag vereinfacht und sich trotz allem „lohnt“<sup>11</sup>. Dieser sozialpsychologisch zu erklärende Wunsch nach Vereinfachung des Alltags erklärt wohl auch, weshalb viele Menschen eine „standing decision“<sup>12</sup> getroffen zu haben scheinen, sich prinzipiell an die geltenden Vorschriften zu halten. Das erspart nämlich Ärger und ist daher auch in Zeiten geringer Kontrollrisiken rational.

### *Wirkungen schwererer Strafen*

Während das Risiko, erwischt zu werden, im realen Leben nur ausnahmsweise massiv erhöht werden kann, lassen sich Strafen leichter gezielt verändern. Aus der Sicht der Forschung ist

---

<sup>10</sup> Beim „Bussenstreik“ der Zürcher Polizei (im Frühjahr 2011) war diese Voraussetzung nach den von unserem Institut erhobenen Daten (noch unveröffentlicht) offenbar nicht der Fall.

<sup>11</sup> Killias/Kuhn/Aebi (Fn 1), Rz 1030.

<sup>12</sup> Philipp J. Cook (1980). Research in Criminal Deterrence: Laying the Groundwork for the Second Decade. *Crime and Justice* 2, 211-268.

leider zu bedauern, dass diese Veränderungen fast ausschliesslich im obersten Bereich der Strafskala stattfinden, indem etwa die Todesstrafe durch lebenslängliche oder letztere durch andere langjährige Freiheitsstrafen ersetzt werden. Evaluationen bezogen sich fast ausschliesslich auf solche Veränderungen, und nicht überraschend war die beobachtete Abschreckungswirkung regelmässig gering.<sup>13</sup> Dabei steht zu vermuten, dass auch die Strafschwere nicht linear mit der Abschreckungswirkung korreliert: Wird beispielsweise eine Geldbusse von 1 auf 10 Rappen und schliesslich auf 1 Franken verzehnfacht bzw. verhundertfacht, so wird sich kaum jemand davon beeindrucken lassen. Wird aber eine Geldbusse von beispielsweise 100 Franken relativ gleichermassen erhöht, also auf 1'000 oder 10'000 Franken, so dürfte dies die Menschen nicht unbeeindruckt lassen. Jenseits einer gewissen Grenze dürften weitere Erhöhungen jedoch weitgehend verpuffen, weil Verschärfungen beispielsweise von einer auf 10 und schliesslich auf 100 Millionen für die meisten Menschen kaum mehr relevant wären. Auf die Kriminalpolitik übertragen bedeutet dies, dass die Verschärfung der Strafen im obersten Bereich kaum Wirkungen zeitigt, weil die meisten Sterblichen etwa den Gedanken, überhaupt eine Freiheitsstrafe antreten zu müssen, für völlig inakzeptabel halten, ohne dass deren Länge dabei eine sehr grosse Rolle spielen würde, wogegen etwa der Ersatz einer Geldbusse oder einer kurzen durch eine mittellange Freiheitsstrafe<sup>14</sup> – oder der Ersatz einer fühlbaren Strafe durch völlige Straflosigkeit (Sanktionsverzicht)<sup>15</sup> – sehr wohl Folgen haben können.

---

<sup>13</sup> Dieses Problem besteht analog bei der Beobachtung unterschiedlicher Entdeckungswahrscheinlichkeiten – hier dominieren Veränderungen im unteren Bereich. Zudem beziehen sich viele Studien auf das Verhalten im Strassenverkehr. Dort tritt abweichendes Verhalten mit einer hinreichenden (und daher beobachtbaren bzw. analysierbaren) Häufigkeit auf – und zudem ist hier die direkte Beobachtung möglich, was immer mit Validitätsproblemen belastete Umwege über Fragebogen usw. erspart.

<sup>14</sup> Ein Experiment in Italien untersuchte die Wirkung einer Strafdrohung (im Falle der Rückversetzung infolge Rückfalls, dies nach Entlastung nach einer allgemeinen Amnestie), die zwischen 1 Tag und 3 Jahren variierte – und fand prompt eine erhebliche Abschreckungswirkung. F. Drago, R. Galbiati and P. Vertova (2009). The deterrent effect of prison: Evidence from a natural experiment. *J. of Political Economy* 117 (2), 257-280.

<sup>15</sup> Quasi das umgekehrte Experiment fand in Deutschland statt, durch den weitgehenden Sanktionsverzicht im Jugendstrafrecht, mit analogen (aber umgekehrten) Ergebnissen (wie denjenigen in Fn 14): H. Entorf and H. Spengler (2008). Is being soft on crime the solution to rising crime rates? Evidence from Germany. *IZA Discussion Paper* N° 3710, <http://ftp.iza.org/dp3710.pdf>

Veränderungen der Strafschwere wie auch der Wahrscheinlichkeit wirken sich daher nicht linear aus. Am stärksten fallen sie zwischen einem unteren und einem oberen Schwellenwert aus – diese zu bestimmen ist seit jeher die schwierige Aufgabe der Gesetzgeber: Unterhalb wie auch oberhalb einer gewissen Grenze sind Veränderungen der Schwere der Strafen wirkungslos, genau wie auch Veränderungen des Entdeckungsrisikos unterhalb wie auch oberhalb einer bestimmten Grenze folgenlos bleiben. Bei der Entdeckungswahrscheinlichkeit ist das Ganze auch eine Frage der Wahrnehmbarkeit, weil Veränderungen sehr kleiner Risiken im Alltag kaum wahrgenommen werden können. Wie etwa soll man wissen, ob das Risiko, sich bei ungeschützten Sexualkontakten mit AIDS anzustecken, im Laufe der letzten Jahre zu- oder abgenommen hat? Dagegen ist die Schwere der Folgen einer Ansteckung viel leichter zu erkennen – die „Panik“ vor AIDS hatte in den Achtzigerjahren innert kürzester Zeit zu einer starken Veränderung des Sexualverhaltens geführt.<sup>16</sup> Massiv schlimmere Folgen werden also leicht wahrgenommen und führen innert kurzer Zeit zu grossen Verhaltensanpassungen. Letztlich ist also alles eine Frage des Masses der Veränderungen.

### *Zur Rolle weiterer Variablen*

Die Wirkung von Strafschwere und Entdeckungsrisiko sollten nicht isoliert, sondern in ihrem Zusammenwirken betrachtet werden. Tendiert die eine oder die andere Variable gegen null, so wird die Abschreckungswirkung gering ausfallen, vergleichbar mit dem fehlenden Schrecken einer zwar häufigen und wahrscheinlichen, aber letztlich harmlosen Erkrankung wie einer Erkältung.

---

<sup>16</sup> Nachweise der massiven Veränderungen (Anstieg der Präservativbenützung) innert kürzester Zeit (im Jahre 1987) gelangen in Studien des Bundesamts für Gesundheit, zusammengefasst in Killias/Kuhn/Aebi (Fn 1), Rz 1009.

Ebenso wichtig sind Interaktionen zwischen der Wahrscheinlichkeit und der Schwere der Bestrafung einerseits und situativen Variablen andererseits. Wirksam ist die Abschreckung vor allem dann, wenn die Betroffenen sich leicht anpassen können. Beispiele waren etwa die Verfügbarkeit von Präservativen nach Aufkommen der Angst vor einer Ansteckung mit AIDS oder die Einführung der „Robidogs“ als Weg zur Entsorgung von Hunde-Exkrementen in Ergänzung zu Geldbussen für die Verunreinigung der Gehsteige. Umgekehrt sind Massnahmen zur Steigerung der Abschreckung nur begrenzt wirksam, wenn die Betroffenen wenig Ausweichmöglichkeiten haben, so etwa bei Mangel an Parkplätzen bei gleichzeitigem Fehlen attraktiver öffentlicher Verkehrsmittel.

#### *Anwendung auf die Wirtschaftskriminalität*

Die herrschende Lehre tendiert dazu, die Wirtschaftskriminalität als etwas völlig anderes als die gewöhnliche Kriminalität zu betrachten. Die neuere empirische Forschung zeigt hingegen, dass dieselben Erklärungen (Theorien), dieselben Forschungsmethoden und dieselben Präventionsstrategien auch auf die Wirtschaftskriminalität anwendbar sind. Erfahrungen mit Alltagskriminalität sind daher auch für diese Kriminalitätsformen relevant. Ebenso zeigt sich bei unserem laufenden *Business Crime Survey* in der Schweiz<sup>17</sup>, dass Wirtschaftsstraftaten in sehr hohem Masse situativ bedingt sind, also dann auftreten, wenn ihre Begehung stark erleichtert erscheint.

## **2. Teil: Was ergibt sich hieraus für mögliche Sanktionen für Manager im Kartellrecht?**

---

<sup>17</sup> Diese Befragung mit mehreren Tausend Betrieben läuft derzeit an unserem Institut.

Ausgehend von diesen Überlegungen kann man vermuten, dass auch kartellähnliche Absprachen stark situationsabhängig sind, also vor allem dann auftreten, wenn entweder Kontrollen und Sanktionen nicht zu befürchten sind und/oder wegen allgemeiner Verbreitung von Absprachen auf einem Markt neu dazu stossende Mitbewerber unter einem starken Druck stehen, sich ebenfalls mit solchen Mitteln zu behelfen.

### *Kriminalstrafen für Manager und ihre Wirkungen. Eine Literaturübersicht*

Die folgende Literaturübersicht beruht auf den Vorarbeiten zu einer laufenden Systematischen Literaturübersicht über Abschreckungswirkung von Strafsanktionen im Bereich der Wirtschaftskriminalität, die derzeit im Rahmen der *Campbell Collaboration Crime and Justice Group* von Sally Simpson et al.<sup>18</sup> erarbeitet wird. Verdankenswerterweise haben die Autoren<sup>19</sup> uns für den vorliegenden Zusammenhang die einschlägigen Literaturnachweise zur Verfügung gestellt. Wir können davon ausgehen, dass sie den weltweiten Kenntnisstand weitgehend abdecken.

Strafrechtliche Sanktionen (einschliesslich Freiheitsstrafen) für Manager, die sich im Rahmen ihrer Funktion als leitende Angestellte von Firmen kartellähnlicher Absprachen schuldig gemacht haben, sind in den Vereinigten Staaten vorgesehen. Vor allem seit dem Jahre 2000 sind solche Strafen gegen Manager neben den Sanktionen gegen die Gesellschaften zunehmend verhängt worden.<sup>20</sup> Ihren Wirkungen und Evaluationen war im Jahre 2011 ein

---

<sup>18</sup> Sally S. Simpson, William S. Laufer, N. Craig Smith, Melissa Rorie and Natalie Schell-Busey (2012). Corporate Crime Deterrence (Protocol). [www.campbellcollaboration.org](http://www.campbellcollaboration.org)

<sup>19</sup> Wir danken Prof. Sally S. Simpson und Melissa Rorie vom Department of Criminology and Criminal Justice, University of Maryland.

<sup>20</sup> John M. Connor (2011). Problems with Prison in International Cartel Cases. *The Antitrust Bulletin* 56 (2).

Heft des *Antitrust Bulletin* gewidmet<sup>21</sup>. Allerdings scheinen sich die Studien mehr auf einem deskriptiven Niveau zu bewegen, d.h. echte Experimente mit verschiedenen Sanktionen sind offenbar nicht durchgeführt worden – dies wäre in der Tat auch nicht einfach zu bewerkstelligen<sup>22</sup>. Allerdings zeigen sich die meisten Autoren überzeugt von der Notwendigkeit, schwere Straftaten wie Kartellabsprachen mit einer Kombination verschiedener Sanktionen zu bekämpfen, zu welchen gerade auch Freiheitsstrafen für Manager gerechnet werden.<sup>23</sup> Allerdings wird – gerade auch mit Blick auf die weltweite Vorbildfunktion des US-Modells – mitunter auch das Fehlen stringenterer Studie bedauert.<sup>24</sup>

Besser dokumentiert sind in der internationalen Literatur die Wirkungen von Sanktionen gegen Kartelle im Allgemeinen. Auch eine Analyse der verstärkten Bemühungen in der Schweiz im Zuge der 2004 in Kraft getretenen Revision des Kartellgesetzes findet deutliche Wirkungen der damals verstärkten Sanktionen.<sup>25</sup> Eine amerikanische Studie hat die Auswirkungen der verschärften Sanktionen in den USA untersucht und gelangte zu insgesamt ähnlichen Ergebnissen.<sup>26</sup> Dabei wurde aber nicht zwischen Sanktionen gegen das Unternehmen einerseits und die leitenden Angestellten andererseits unterschieden. Weitere Studien (in einem Fall sogar ein Experiment) bezogen sich auf die Wirkung von Kronzeugen- und Whistleblower-Regelungen, nicht aber auf die Sanktionen als solche. Dabei zeigte sich allerdings auch die unvorhergesehene Folge, dass Möglichkeiten zur Selbstdenunziation und Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden die Abschreckungswirkung der Sanktionen

---

<sup>21</sup> Als Guest Editors zeichnen Terry Calvani and Torrello H. Calvani.

<sup>22</sup> Christopher Harding (2011). Cartel Deterrence: The Search for Evidence and Argument. *The Antitrust Bulletin* 56 (2), 345-376.

<sup>23</sup> Gregory J. Werden, Scott D. Hammond and Belinda A. Barnett (2011). Deterrence and Detection of Cartels: Using All the Tools and Sanctions. *The Antitrust Bulletin* 56 (2), 207-234. In diesem Sinne auch das Interview mit einem verurteilten Manager (Bryan Allison) in Michael O’Kane (2011). Does Prison Work for Cartelists? The View from Behind Bars. *The Antitrust Bulletin* 56 (2), 483-500.

<sup>24</sup> Caron Beaton-Wells and Brent Fisse (2011). U.S. Policy and Practice in Pursuing Individual Accountability for Cartel Conduct: A Preliminary Critique. *The Antitrust Bulletin* 56 (2), 277-309.

<sup>25</sup> Kai Hüschelrath, Nina Leheyda and Patrick Beschorner (2011). The Deterrent Effect of Antitrust Sanctions: Evidence from Switzerland. *The Antitrust Bulletin* 56 (2), 427-460.

<sup>26</sup> Golub Alla, Joshua Detre and John M. Connor (2005). The profitability of price-fixing: Have stronger anti-trust sanctions deterred? Paper presented at the International Industrial Organization Conference (erhalten via Simpson et al.).

untergraben können, da die Beteiligten im voraus erwarten, notfalls auf diese Schiene ausweichen zu können.<sup>27</sup>

Insgesamt wurde dieser Literaturübersicht zufolge die Frage nach den Wirkungen von Sanktionen gegen Manager noch nie direkt erforscht. Ob solche Sanktionen Wirkungen entfalten, muss daher anhand der allgemeinen Erkenntnisse zur Abschreckungsforschung und weiteren Plausibilitätsüberlegungen ermittelt werden. Dabei kann als gesichert gelten, dass generell die Sanktionen gegen Kartelle Wirkungen haben – dies liegt auch darum nahe, weil gerade in diesem Bereich rationales, optimiertes Vorgehen von allen Akteuren angestrebt wird<sup>28</sup>. In diesem Zusammenhang ist bedenkenswert, dass in den USA die Individual-Sanktionen gegen leitende Angestellte nicht von Anfang an zum Programm gehörten, sondern offenbar im Laufe der Zeit neben den Sanktionen gegen die Gesellschaften eingeführt wurden. Auch die Freiheitsstrafen gehörten in den USA nicht von Anfang an zum Arsenal, sondern wurden für Manager im Zeichen der verstärkten Antitrust-Politik eingeführt.<sup>29</sup> Nachdem allen einschlägigen Studien zufolge diese verstärkten Bemühungen gegen Kartelle erfolgreich waren, kann mindestens unterstellt werden, dass die Sanktionen gegen leitende Angestellte nicht geschadet – also beispielsweise die Abschreckungswirkung gegen die Firmen untergraben – haben.

Tatsächlich spricht vieles für eine hohe Abschreckungswirkung gerade von Freiheitsstrafen gegen leitende Angestellte.<sup>30</sup> Wenn oben festgestellt wurde, dass erhöhte Entdeckungsrisiken und verschärfte Strafen nur innerhalb einer bestimmten Bandbreite – meistens jenseits trivialer Risiken, aber unterhalb eines oberen Grenzwerts – wirken, so besteht kein Zweifel

---

<sup>27</sup> Maria Brigoni, Sven-Olof Friedolfsson, Chloé Le Coq, Giancarlo Spagnolo (2012). Fines, Leniency and Rewards in antitrust. *RAND Journal of Economics* 43 (2), 368-390.

<sup>28</sup> So die allgemeine Überzeugung im US Department of Justice, Harding (Fn 22).

<sup>29</sup> Gregory Werden and Marilyn Simon (1987). Why Price Fixers Should Go to Prison. *Antitrust Bulletin* 32, 917.

<sup>30</sup> Werden, Hammond and Barnett (Fn 23).

daran, dass jede Sanktion gegenüber einer Variante mit Null-Risiko in hohem Masse abschreckend wirkt. Was heute zur Diskussion steht, ist jedoch genau eine solche Null-Risiko-Variante, indem laut den Intentionen von Bundesrat und Verwaltung Manager keinerlei persönliches Bestrafungsrisiko tragen sollen. Dass die Folgen, die die Firma treffen, sie indirekt ebenfalls in Mitleidenschaft ziehen werden, ist denkbar, aber durchaus nicht sicher, da im Zeichen der heute üblichen Entflechtung von Kapital und Kontrolle über Gesellschaften keine Interessenkongruenz unterstellt werden darf. Vielmehr haben Manager persönlich unter Umständen ganz andere als die Interessen ihres Unternehmens im Auge.<sup>31</sup> Letztlich besteht die Gefahr, dass Manager relativ unbeschwert Kartellabsprachen eingehen, in der Hoffnung, dass für einige Zeit damit die Umsätze steigen, was sich normalerweise auf ihre Bezüge positiv auswirken wird, aber auch in der Gewissheit, dafür am Ende nicht gerade stehen zu müssen. Denn bei der heute verbreiteten hohen Rotation im Management grosser Gesellschaften und der absehbaren Lebensdauer von Kartellen können sie sogar damit rechnen, im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gegen ihre Arbeitgeberin gar nicht mehr dort beschäftigt zu sein – und könnten, als Gipfel des Zynismus, allenfalls sogar den Strafverfolgungsbehörden ihre Kooperation gegen die frühere Arbeitgeberin anbieten.

### *Folgerungen*

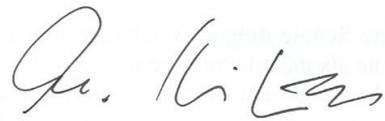
Aus der Sicht der Forschung zur Abschreckungswirkung von Sanktionen muss das vorgesehene Regime – *Strafen gegen die Gesellschaft bei gleichzeitig garantierter Strafflosigkeit der Manager* – geradezu als eine *Perversion* betrachtet werden. Es widerspricht elementaren Gerechtigkeitsüberlegungen und schwächt die Abschreckungswirkung der Instrumentarien gegen Firmen beträchtlich. Dass die EU-Regelungen keine Individualsanktionen für fehlbare Manager vorsehen, ist allein den begrenzten

---

<sup>31</sup> In diesem Sinne schon Roger D. Blair and David L. Kaserman (1983). Ownership and control in the modern corporation: Antitrust implications. *J. of Business Research* 11, 333-343.

Regelungskompetenzen der EU zuzuschreiben. Für die Schweiz besteht kein Anlass, hier unbesehen die EU-Lösung zu übernehmen. Eher bietet sich eine dem amerikanischen Recht entlehnte Lösung an.

Fragen kann man sich, welche Sanktionen am ehesten angemessen sind. Die in der Schweiz heute üblichen Geldstrafen garantieren auch bei sehr hoher Bemessung kaum einen adäquaten Unrechtsausgleich – und zwar selbst dann nicht, wenn sie (wie im Rahmen der erneut anstehenden Revision des AT-StGB beabsichtigt) nur noch unbedingt verhängt werden sollten. Denn finanzielle Sanktionen können jederzeit auf andere überwältigt werden – der grösste Vorteil der Freiheitsstrafe ist gerade ihre persönliche Natur, die zugleich ein Stück sozialer Gleichheit umsetzt. Dies war auch in den USA die entscheidende Überlegung bei der Einführung von Freiheitsstrafen für fehlbare Manager.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dr. Killias', written in a cursive style.

Martin KILLIAS