

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 353

**Strafrechtliche Vermögensabschöpfung
als Vorbild für das Kartellrecht**

Von

Matthias Geuder



Duncker & Humblot · Berlin

MATTHIAS GEUDER

Strafrechtliche Vermögensabschöpfung
als Vorbild für das Kartellrecht

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 353

Strafrechtliche Vermögensabschöpfung als Vorbild für das Kartellrecht

Von

Matthias Geuder



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D61

Alle Rechte vorbehalten

© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 978-3-428-19074-4 (Print)

ISBN 978-3-428-59074-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine Universität zu Düsseldorf als Dissertation angenommen. Literatur konnte bis Oktober 2023 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt meinem Doktorvater und Erstgutachter, Herrn Professor Dr. Kersting, sowie der Zweitgutachterin, Frau Professor Dr. Preuß, und neben den vorgenannten auch Herrn Professor Dr. Podszun für die angenehme Disputation im September 2023. Schließlich danke ich meiner Familie und meinen Freunden, ohne deren anhaltende Unterstützung diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Düsseldorf, im Oktober 2023

Matthias Geuder

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Durchsetzungssystem in Deutschland	18
I. Abschreckung	19
1. Grundlagen zur Bestimmung der optimalen Sanktionshöhe	20
2. Umsetzung in der kartellrechtlichen Praxis	22
3. Änderungen durch die 11. GWB-Novelle	29
II. Kompensation	30
III. Zwischenergebnis	32
C. Schwächen einer zivilrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung	33
I. Spannungsfeld zwischen rationaler Apathie und Überkompensation ...	33
1. Gründe für rationale Apathie	33
2. Folgen rationaler Apathie	38
3. Gefahr von Überkompensation und Überabschreckung	39
4. Zivilrechtliche Ansätze zur Überwindung des Spannungsverhältnisses	43
a) Multiple Damages	44
aa) Exkurs: Rechtsökonomische Wirkungsweise von Vergleichen	45
bb) Auswirkungen von Multiple Damages auf Klage- und Vergleichsverhalten	48
b) Senkung von Kostenrisiken	52
aa) Erfolgshonorare	54
(1) Zulässigkeit von Erfolgshonoraren de lege lata	54
(2) Auswirkungen von Erfolgshonoraren	55
bb) Auslagerung auf Prozessfinanzierer	59
cc) One way fee shifting	63
(1) Bisherige Ansätze in Deutschland	63
(2) Wirkung eines umfassenden one way fee shifting	66
(3) Schlussfolgerungen	68
dd) Zwischenergebnis	70
c) Erleichterung der Beweissituation	71
aa) Auswirkungen der Beweislastverteilung	71
bb) Einführung von Vermutungsregelungen	73
(1) Wirkungsweise von Vermutungsregelungen	74
(2) Auswirkung einzelner Vermutungsregelungen	79
(a) Vermutung für Schaden und Kartellbefangenheit ..	79

	(b) Vermutung für die Schadenshöhe	81
	(c) Vermutung im Rahmen der Aktivlegitimation	86
	cc) Zwischenergebnis	92
	d) Erweiterung der Aktivlegitimation	92
	e) Durchsetzung von Streuschäden	98
	aa) Gestaltungsmöglichkeiten nach geltender Rechtslage	99
	bb) Diskutierte Reformansätze	104
	(1) Opt-in Verfahren	107
	(2) Opt-out Verfahren	111
	cc) Zwischenergebnis	116
	5. Zwischenergebnis	117
II.	Identifizierung des Geschädigten	117
	1. Auswirkung einer angemessenen Kompensation auf Klageanreize	118
	2. Zusätzliche Hindernisse bei der Verfolgung von Streuschäden	119
	3. Lösungsansatz	121
	a) Cy près Modelle bei Gruppenklagen	121
	b) Effektivierung der Verbandsklage	126
	4. Zwischenergebnis	132
III.	Interessenskonflikte mit externen Dienstleistern	132
	1. Mandatsverhältnis zwischen Anwalt und Geschädigtem	132
	2. Prozessfinanzierung	136
	3. Zwischenergebnis	138
IV.	Mangelnde Verfahrenseffizienz und hohe Verfahrensdauer	139
	1. Erforderlichkeit eines schnellen Verfahrensabschlusses	139
	a) Abschreckungswirkung	140
	aa) Unmittelbare Nachteile	141
	bb) Mittelbare Nachteile	143
	b) Kompensationswirkung	145
	2. Erhöhter Verfahrensaufwand durch dualistische Struktur	146
	a) Keine Eigenständigkeit zivilrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung	147
	b) Derzeitiger Ermittlungsaufwand für Private	152
	c) Bewertung	155
	3. Redundanzen innerhalb des zivilrechtlichen Verfahrens	156
	a) Vielzahl an Verfahren zwischen Schädigern und Geschädigten	157
	aa) Kein einheitlicher Prozess im Außenverhältnis	157
	(1) Bestehende Ansätze zur Bündelung von Verfahren	159
	(2) Kollektivverfahren als Lösung des Effizienzproblems?	162
	(3) Zusammenfassung	164
	bb) Keine Abstimmung von Prozessen verschiedener Marktstufen	164
	(1) Keine Verbesserung durch die 9. GWB-Novelle	165

(2) Weitere Probleme der Streitverkündungslösung	166
(3) Alternative Ansätze	169
(a) Prätendentenstreit	170
(b) Europarechtskonforme Auslegung zur Berücksichtigung von Vorprozessen	172
(c) Weitergehende Ansätze	173
cc) Zwischenergebnis	174
4. Weiterer Verfahrensaufwand durch Regressstreitigkeiten	175
a) Erforderlichkeit eines Gesamtschuldregresses unklar	176
b) Erneut umfassende Sachverhaltsermittlung im Regressverfahren	180
c) Lösungsansätze	182
d) Zwischenergebnis	184
5. Zwischenergebnis	185
V. Zwischenergebnis	186
D. Neuregelung der kartellrechtlichen Vermögensabschöpfung in Anlehnung an die Einziehung von Taterträgen	187
I. Verwendung der eingezogenen Mittel	189
1. Direkte Entschädigung im behördlichen Verfahren	190
a) Beweismaß	191
aa) Nachweisanforderungen	191
bb) Bessere Ermittlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden	195
b) Abschöpfung bei bestehender Gesamtschuld	199
c) Zwischenergebnis	202
2. Auffangrechtserwerb des Staates	202
II. Verhältnis zu zivilrechtlichen Ansprüchen	207
1. Aufgabe des kartellbehördlichen Ermessensspielraums	208
a) Auswirkung auf den Staatshaushalt	210
b) Konflikt zwischen Kronzeugenprogrammen und follow-on Klagen	217
aa) First Mover Disadvantage	220
bb) Geltende Privilegierung im Zivilrecht	222
cc) Anhaltende Diskussion über Ausweitung der Privilegierung	224
dd) Berücksichtigung der Kronzeugenstellung im behördlichen Abschöpfungsverfahren	225
c) Zumessung der Sanktion	227
d) Zwischenergebnis	231
2. Ein- oder zweistufiges Verfahren zur Einziehung	232
a) Keine Verzögerung des Verfahrensabschlusses	233
b) Anreizwirkung für privatautonome Streitbeilegung	234
III. Höhe der Abschöpfung	238
1. Abzugsfähigkeit von Aufwendungen	239
2. Nutzungen und weitergehende Schadenspositionen	240
3. Abschöpfung bei schuldlosem Verhalten	243

4. Vermutung für einen Mindestvorteil	246
IV. Adressat der Abschöpfung	249
1. Frühere Haftungslücke im Bußgeldrecht	249
2. Strafrechtliches Modell	250
3. Unklare Rechtslage bei § 34 GWB	252
4. Zusammenfassende Würdigung	253
V. Gerichtliche Kontrolle der Einziehungsentscheidung	254
VI. Vereinbarkeit des Vorschlags mit europäischem Recht	257
VII. Zusammenfassung und Würdigung	261
E. Ergebnis	265
Literaturverzeichnis	267
Stichwortverzeichnis	285

A. Einleitung

Während Kartellschadensersatzverfahren bis vor wenigen Jahren noch ausschließlich von sektorspezifischen Fachzeitschriften oder juristischen Blogs begleitet wurden, hat sich inzwischen auch die Tagespresse der Verfahren angenommen.¹ Im Zusammenhang mit der zunehmenden (auch medialen) Popularität ist von einem „*Kartellschadensersatz-Boom*“² die Rede. Zurückzuführen ist dieser Trend auch darauf, dass sich das Kartellzivilrecht in den letzten Jahren stetig weiterentwickelt hat. Insbesondere wurde auf europäischer Ebene die Kartellschadensersatzrichtlinie verabschiedet und durch die 9. GWB-Novelle³ in deutsches Recht überführt. Auch durch die 10. GWB-Novelle⁴ wurden Änderungen vorgenommen. Der subjektive Eindruck einer gesteigerten Akzeptanz der kartellzivilrechtlichen Vorschriften bestätigt sich bei einem Blick in die empirische Literatur. Statistiken lassen darauf schließen, dass sich nicht nur die Wahrnehmbarkeit, sondern auch die tatsächliche Anzahl der Verfahren in Deutschland merklich erhöht hat.⁵

Gleichzeitig vollzieht sich insbesondere in anderen Rechtsgebieten ein Wechsel weg von der zivilrechtlichen Durchsetzung von Ansprüchen zu einem stärker hoheitlich geprägten Verfahren. Prominentestes Beispiel ist dabei das *Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung* aus dem Jahr 2017.⁶ Dadurch wurde die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen

¹ <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/lkw-kartell-man-1.4788361> (zuletzt abgerufen am 15. Oktober 2023); diese Feststellung bezieht sich insbesondere auf sog. Hardcore-Kartelle, also horizontale Absprachen über Produktionsmengen, Preise, Absatzgebiete oder Kundengruppen, die den wesentlichen Gegenstand der folgenden Untersuchung bilden; sofern bei anderen Kartellrechtsverstößen nach Auffassung des Autors eine anderweitige Bewertung geboten ist, wird darauf gesondert hingewiesen.

² Vgl. etwa Handelsblatt, *Klagewelle gegen das Zuckerkartell*, 2016 (abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/nestle-katjes-muellermilch-klagewelle-gegen-das-zuckerkartell/12882132.html?ticket=ST-30955762-e4bHRPccKSFXLc7TDwf3-ap5>, zuletzt abgerufen am 15. Oktober 2023).

³ BGBl. I 2017 S. 1416.

⁴ BGBl. I 2021 S. 2.

⁵ *Rengier*, Kartellschadensersatz in Deutschland – die ersten 15 Jahre in Zahlen und Lehren für die Zukunft, WuW 2018, 613 (614).

⁶ Regierungsentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BR-Drs. 418/16, S. 1, der im Wesentlichen deckungsgleich unter BT-Drs. 18/9525 in den Bundestag gegeben wurde, weshalb die Zitierung im Folgenden der zeitlich ersten Fassung entspricht.

im Bereich des allgemeinen Strafrechts aus dem Zivil- und dem Adhäsionsverfahren teilweise in ein behördliches Verfahren verlagert. Andere Gesetzesvorhaben orientieren sich an diesen Regelungen. Etwa im Zuge des geplanten, jedoch vorerst gescheiterten Verbandssanktionsgesetzes, das sich in vielen anderen Punkten an kartellrechtlichen Vorschriften orientiert,⁷ sollen (oder sollten) die Vorschriften über die strafrechtliche Vermögensabschöpfung angewendet werden.⁸ Ähnliche Überlegungen hinsichtlich der Stärkung behördlicher Befugnisse bestehen auch im Bereich des Lauterkeitsrechts.⁹ Selbst im Kartellrecht werden die Befugnisse der Kartellbehörden zur Abschöpfung kartellrechtswidrig erlangter Vermögenswerte durch die 11. GWB-Novelle gestärkt.¹⁰

Die Diskussion über eine stärkere Einbindung behördlicher Stellen bei der Durchsetzung privater Rechte ist also aktueller denn je. Ob solche Regelungen – und damit insbesondere auch die durch die 11. GWB-Novelle überarbeiteten Bestimmungen – für das Kartellrecht geeignet oder ggf. sogar erforderlich sind, gilt es zu bewerten. Dafür muss man sich zunächst vor Augen führen, welche Funktion die Durchsetzung von Kartellrecht durch Private erfüllen soll. Während Kartellrecht als Ganzes einen ordnungspolitischen Rahmen für die Marktwirtschaft gewährleisten soll¹¹, dient das Kartellzivilrecht der Umsetzung konkreter Ziele, nämlich der Kompensation Kartellgeschädigter und der Abschreckung potenzieller Kartellteilnehmer.

Kompensation bedeutet die vollständige Wiedergutmachung der bei unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern entstandenen Schäden.¹² Das Recht auf vollständige Kompensation wurde schon vor Inkrafttreten der Kartellschadensersatzrichtlinie unmittelbar aus Art. 101 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV abgeleitet.¹³ Gleichzeitig soll nach Art. 3 Abs. 3 der Kartellschadensersatzrichtlinie keine Überkompensation der Geschädigten stattfinden.

Abschreckung bezieht sich auf die Prävention von Kartellrechtsverstößen, was grundsätzlich sowohl eine generalpräventive als auch eine spezialpräventive Dimension beinhaltet. Die private Kartellrechtsdurchsetzung zielt, im Zusammenspiel mit der begleitenden Bußgeldhaftung, darauf ab, Marktteil-

⁷ Regierungsentwurf zum Verbandssanktionsgesetz, S. 82 ff.

⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 77; durch Aufhebung des § 30 Abs. 5 OWiG, S. 42.

⁹ *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, 2018, S. 200 f.

¹⁰ Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle vom 15. September 2022.

¹¹ *Immenga*, Gefordertes Kartellrecht – 50 Jahre GWB, ZWeR 2008, 3.

¹² Vgl. Art. 3 Abs. 1 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

¹³ Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, C-295/04 bis C-298/04 Rn. 100 „*Manfredi*“, NJW-RR 2006, 1568.

nehmer von Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht abzuhalten. Diese Funktion wird nicht nur in Form des Entzugs unrechtmäßiger Gewinne verwirklicht, sondern auch durch die Verpflichtung zum Ersatz der Schäden anderer Marktteilnehmer, etwa Mengenschäden als Form des entgangenen Gewinns.¹⁴ Der Kartellschädiger kann also bereits ohne Berücksichtigung des Bußgelds schlechter stehen als ohne Kartellrechtsverstoß, weil er nicht nur den illegal erzielten Gewinn herausgeben muss, sondern darüber hinaus weiterer Schadensersatz für sonstige Folgen des rechtswidrigen Handelns droht.

Ein Blick auf die Praxis legt aber die Annahme nahe, dass durch die Klageaktivität Privater derzeit weder umfassende Kompensation noch umfassende Abschreckung erreicht werden. Vergleicht man Studien zum geschätzten volkswirtschaftlichen Schaden, der durch Kartelle verursacht wird, mit den eingeklagten Schadensersatzforderungen, ist ein deutlicher Fehlbetrag festzustellen. So ging die Europäische Kommission im Jahr 2013 davon aus, dass vor Erlass der Kartellschadensersatzrichtlinie viele Milliarden Euro an Kartellschäden jährlich nicht eingefordert wurden.¹⁵ Seit dieser Erfassung haben sich zwar die rechtlichen, aber wohl nicht die tatsächlichen Verhältnisse grundlegend verändert. Bei einem europaweiten Vergleich der durch die Kommission geführten Bußgeldverfahren mit den daraus resultierenden (sog. „follow-on“) Klagen lässt sich bis 2018 kein eindeutiger Anstieg in der Zahl eingereichter Schadensersatzklagen verzeichnen, der danach zu beobachtende Anstieg ist insbesondere auf das LKW-Kartell zurückzuführen.¹⁶ Somit bleiben auch heute noch Schäden aus vielen Kartellrechtsverstößen unkompensiert. Und obwohl Kartellschadensersatzverfahren präsenter sind als je zuvor, werden noch immer Kartellrechtsverstöße aufgedeckt. Anzeichen für einen Rückgang der Kartellabsprachen sind nicht ersichtlich. Auch die Summe der verhängten Kartellbußgelder ist nicht rückläufig.¹⁷ Der Trend im Bereich Kartellschadensersatz hat somit offenbar nicht zu einer Reduktion kartellrechts-

¹⁴ Mengenschäden entstehen dadurch, dass der Geschädigte selbst aufgrund gestiegener Preise weniger Ware abnehmen oder vertreiben kann, *Schwalbe*, *Lucrum Cessans* und Schäden durch Kartelle bei Zulieferern, Herstellern von Komplementärgütern sowie weiteren Parteien, NZKart 2017, 157.

¹⁵ Europäische Kommission, *Impact Assessment Report Damages actions for breach of the EU antitrust rules*, SWD (2013) 203 final, Rn. 42.

¹⁶ *Sailer*, *Update on development of follow-on damages claims: 2000–2018* (abrufbar unter <https://www.econ-da.com/news/blog-post-title-three-kb6ab>, zuletzt abgerufen am 15. Oktober 2023); *Laborde*, *Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges*, 2019 Ed., S. 3; *Rengier*, *Kartellschadensersatz in Deutschland – die ersten 15 Jahre in Zahlen und Lehren für die Zukunft*, WuW 2018, 613 (615).

¹⁷ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/158809/umfrage/vom-bundeskartell-amt-verhaengte-bussgelder/> (zuletzt abgerufen am 15. Oktober 2023); es gibt also entweder weniger unentdeckte Kartelle, wofür es an einer Erklärung fehlen würde,