

André Fredrich

Der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung gegen das Bundeskartellamt



Nomos

Kölner Schriften zum Europarecht

herausgegeben vom
Institut für Europäisches Wirtschaftsrecht
an der Universität zu Köln
vertreten durch den Direktor Prof. Dr. Ulrich Ehrlicke

Band 68

André Fredrich

Der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung gegen das Bundeskartellamt



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8422-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-2798-3 (ePDF)

Die Bände 1-64 der Schriftenreihe sind im Carl Heymanns Verlag erschienen.

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Schwester und meine Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Die Disputation fand am 16. Juni 2021 statt.

Den zahlreichen Personen, die mich auf diesem Weg in vielfältiger Art und Weise begleitet und unterstützt haben, möchte ich in diesem Vorwort ganz herzlich danken.

Mein großer Dank gilt zunächst Herrn Prof. Dr. Ehrlicke LL.M., M.A. und Herrn Prof. Dr. Kühnen, die durch ihre großartige Betreuung und ihr persönliches Engagement einen ganz entscheidenden Beitrag zum Gelingen dieser Arbeit geleistet haben. Der rege fachliche Austausch hierzu hat mir großen Spaß gemacht.

Selbstverständlich hat auch mein persönliches Umfeld erheblich zu einem Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Meine Freundin Isabel Lang hat mich insbesondere in schwierigen Phasen immer wieder aufgefangen und mir die nötige Gelassenheit und Zuversicht während der Bearbeitungszeit vermittelt.

Danken möchte ich an dieser Stelle auch meinem Onkel Armin Fredrich sowie meinem Cousin Jonas Fredrich für die Korrekturtipps und insbesondere die Zeit, die sie hierfür aufgewendet haben. Die Mühen der abschließenden Korrekturlektüre haben zudem Özlem Pehlivan und Yolanda Brixel auf sich genommen. Für die präzisen grammatikalischen Hinweise, die aufgebrauchte Zeit und selbstverständlich ihre Freundschaft möchte ich mich an dieser Stelle von Herzen bedanken.

Schließlich gilt ein besonderer Dank meiner Familie, ohne die dieses Vorhaben niemals gelungen wäre. Sie unterstützte meinen bisherigen Werdegang bedingungslos und war immer ein wichtiger Rückhalt. Von Herzen widme ich daher diese Arbeit meinen Eltern Michaela und Stefan Fredrich sowie meiner lieben Schwester Laura.

Köln, im Juli 2021

André Fredrich

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
§ 1 Einleitung	23
A. Problemstellung	23
B. Ziel der Arbeit	27
C. Thematische Abgrenzung	27
D. Aufbau der Untersuchung	28
§ 2 Die gesetzliche Pflicht zur Vorteilsabschöpfung	30
A. Die Rechtslage vor der 7. GWB-Novelle	30
I. Die Abschöpfung als Regelfall nach altem Kartellrecht	30
II. Die Bestimmung des Bußgeldrahmens	31
1. Die Bestimmung des Mehrerlöses	31
a. Die Problematik der Mehrerlösfeststellung	31
aa. Die Feststellung des Mehrerlöses dem Grunde nach	31
bb. Die Feststellung der Mehrerlöshöhe	32
(1) Anwendung der Vergleichsmarktbetrachtung	32
(2) Schwächen der Vergleichsmarktbetrachtung	34
(3) Stellungnahme	35
cc. Die Doppelfunktion des Mehrerlöses und der Einfluss des wirtschaftlichen Vorteils	36
b. Stellungnahme zu den Problemen der praktischen Umsetzung der Mehrerlösschätzung und Vorteilsabschöpfung nach alter Rechtslage	37
2. Der wirtschaftliche Vorteil als ausschließlicher Parameter für die Vorteilsabschöpfung und die Bußgeldbemessung nach aktueller Rechtslage	37

Inhaltsverzeichnis

B. Die aktuelle Rechtslage der Vorteilsabschöpfung	39
I. Die Implementierung des Regelungssystems der §§ 34, 81d Abs. 3 GWB	39
1. Die Notwendigkeit der Einführung des § 34 GWB	40
a. Keine Notwendigkeit des § 34 GWB	41
b. Entlastung des Bußgeldverfahrens durch die Anwendung des § 34 GWB	42
c. Umfassende Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteile	42
2. Stellungnahme	43
3. Die Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils	44
a. Die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils	46
b. Kritik an der Einführung des wirtschaftlichen Vorteils als Abschöpfungsgegenstand	47
c. Anwendung der Überlegungen zur Schadensschätzung	47
II. Die gesetzliche Pflicht zur Vorteilsabschöpfung	49
1. Das Ermessen des Bundeskartellamts	49
a. Das Ermessen des Bundeskartellamts hinsichtlich der Frage des <i>Ob</i> der Abschöpfung	50
aa. Ansichten der <i>Literatur</i>	50
(1) Weites Aufgreifermessen	50
(2) Keine Vorteilsabschöpfung nach dem Vorbild der europäischen Bußgeldhandhabung	52
(3) Der wirtschaftliche Vorteil als Kriterium der Bußgeldbemessung	52
bb. Verfassungskonforme Auslegung der §§ 34 Abs. 1, 81d Abs. 3 GWB	53
cc. Stellungnahme	54
b. Die Bestimmung des <i>Wie</i> der Vorteilsabschöpfung	58
aa. Auslegungsansätze aus der <i>Literatur</i> und der <i>Rechtsprechung</i>	59
(1) Freies Wahlrecht der Abschöpfungsmethode	59
(2) Berücksichtigung der Entlastungsfunktion des § 34 GWB	59
(3) Begründung der Abschöpfungsentscheidung	59
bb. Stellungnahme	60
c. Ergebnis	61

2. Die Subsidiarität der behördlichen Vorteilsabschöpfung	62
a. Die Subsidiarität der behördlichen Vorteilsabschöpfung nach § 34 Abs. 2 Satz 1 GWB	62
aa. Berücksichtigung der Funktion der Vorteilsabschöpfung	63
bb. Das Verhältnis der Vorteilsabschöpfungsverfahren nach § 81d Abs. 3 und § 34 GWB zueinander	63
cc. Das Verhältnis der Vorteilsabschöpfung zur Einziehung von Taterträgen	64
dd. Das Verhältnis von Vorteilsabschöpfung zu Schadensersatz und Rückerstattung	65
ee. Stellungnahme	66
b. Das Verhältnis der Vorteilsabschöpfung nach § 81d Abs. 3 GWB zur Durchsetzung privater Rechte	68
aa. Der Verzicht auf die Vorteilsabschöpfung im Bußgeldverfahren nach § 81d Abs. 3 GWB	69
bb. Regress über die analoge Anwendung des § 99 Abs. 2 Satz 2 OWiG	69
cc. Analoge Anwendung der §§ 34 Abs. 2, 34a Abs. 2 GWB	70
dd. Kein Handeln des Staats zu Lasten des Geschädigten	70
c. Das Problem der Prozesslänge	71
d. Stellungnahme	73
e. Das Verhältnis zur Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB	74
aa. Sinn und Zweck der Norm	74
bb. Anwendungsbereich und Systematik	76
(1) Subsidiäre Anwendung des § 34a GWB	76
(2) Keine subsidiäre Anwendung des § 34a GWB nach dem Leitbild der <i>Courage-</i> <i>Rechtsprechung</i>	78
cc. Stellungnahme	79
3. Die Ausnahmen von der Abschöpfungspflicht nach § 34 Abs. 3 GWB	80
a. § 34 Abs. 3 GWB als Vorschrift mit intendiertem Ermessen	81
b. Vorliegen einer unbilligen Härte	83
c. Zwischenergebnis	85

Inhaltsverzeichnis

d.	Die Definition des geringen wirtschaftlichen Vorteils	85
aa.	Gedanke der umsatzbezogenen Vorteilsschwellen	85
bb.	Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag	86
e.	Verzichtsgründe nach § 17 Abs. 4 OWiG	87
4.	Das Verhältnis der Vorteilsabschöpfung zur Kronzeugenregelung	88
a.	Keine Umgehung der Vorteilsabschöpfung durch das Kronzeugenprogramm	90
aa.	Gründe für eine Umgehung der Vorteilsabschöpfung	92
bb.	Vorrang gesetzlicher Vorgaben gegenüber Verwaltungsgrundsätzen	92
b.	Die Verhältnismäßigkeit der Vorteilsabschöpfung bei Kronzeugen	93
c.	Stellungnahme	94
III.	Ergebnis	96
§ 3	Der Verstoß des Bundeskartellamts gegen die Abschöpfungspflicht	97
A.	Rechtswidriges Handeln des Bundeskartellamts	100
B.	Durchsetzung der Vorteilsabschöpfung durch Vorgaben weisungsbefugter Behörden	100
I.	Kein Weisungsrecht des Bundesrechnungshofs	100
II.	Weisungen des Bundeswirtschaftsministeriums	103
1.	Probleme der praktischen Durchsetzung	104
2.	Stellungnahme	105
§ 4	Der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung	107
A.	Die Herleitung eines subjektiv-öffentlichen Rechts aus § 34 GWB	107
I.	Vor- und Nachteile eines Anspruchs nach § 34 GWB	107
1.	Vorteile	108
a.	Die Sicherung privater Rechte	108
b.	Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung und der Prozessökonomie	108
c.	Vorteile für die Allgemeinheit	111
d.	Imageschutz	111
e.	Entlastung der Gerichte durch eine umfassende Rechtseinschätzung	113

2. Nachteile	113
a. Behördliches Einschreiten als Instrument zur Durchsetzung privater Interessen	113
b. Imageschaden des Abschöpfungsschuldners	114
c. Überlastung der Kartellbehörde	114
d. Anspruch als Drohmittel gegenüber Konkurrenten	115
e. Schwächung des gesetzlichen Kronzeugenprogramms	115
3. Stellungnahme	115
II. Ansichten von <i>Literatur</i> und <i>Rechtsprechung</i> über den Bestand subjektiv-öffentlicher Rechte im Kartellverwaltungsrecht	117
1. Ansicht des Bundeskartellamts	117
2. Ansicht der <i>Rechtsprechung</i>	119
a. Differenzierung zwischen Antragsrecht und Ermessensvorschrift	119
b. Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis	120
c. Wahrung öffentlicher Interessen	121
d. Keine Übertragbarkeit der <i>Rechtsprechung</i> für die Feststellung eines subjektiv-öffentlichen Rechts aus § 34 GWB	121
aa. Keine Ermessensvorschrift	121
bb. Kein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis	123
cc. Keine ausschließliche Wahrung öffentlicher Interessen	124
3. Ansichten der <i>Literatur</i> und <i>Lehre</i>	125
a. Differenzierung zwischen Antrags- und Amtsverfahren	125
aa. Bindung subjektiv-öffentlicher Rechte an Antragsverfahren	126
bb. Ausdehnung des Antragsbegriffs; subjektiv-öffentliches Recht aus materiellem Recht	127
cc. Differenzierung zwischen einem subjektiv-öffentlichen Recht und einem Antrag; keine Ausdehnung des Antragsbegriffs	127
dd. Zwischenergebnis	128
b. Der generelle Anspruch auf Einschreiten nach <i>Blanke</i>	128
c. Keine Übertragung der Überlegungen <i>Blankes</i> auf ein subjektiv-öffentliches Recht aus § 34 GWB	129
4. Stellungnahme	130

Inhaltsverzeichnis

III. Die Herleitung des subjektiv-öffentlichen Rechts aus § 34 GWB nach der Schutznormtheorie	131
1. Objektiver Gesetzesinhalt	133
2. Auslegung unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien	134
3. Konsequente Anwendung der gesetzlichen Vorgaben unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens	135
4. Ergebnis	137
B. Anspruchsumfang	137
I. Anspruch auf Kenntnisnahme des Sachverhalts	139
1. Anspruchsinhalt	139
2. Stellungnahme	140
II. Übernahme der Prinzipien des verwaltungsrechtlichen Bescheidungsanspruchs	140
1. Anspruchsinhalt	141
2. Stellungnahme	142
III. Prüfungspflicht in entsprechender Anwendung des fusionskontrollrechtlichen Vorprüfverfahrens	142
1. Übertragbarkeit auf die Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB	143
2. Stellungnahme	144
IV. Anspruch auf Anwendung des § 34 GWB	145
V. Umsatzbezogene Vermutung	146
1. Praktische Umsetzung	147
2. Rechtliche Bedenken	148
VI. Ergebnis	149
C. Anspruchsberechtigung	149
I. Verknüpfung zwischen Schadensersatzanspruch und dem Anspruch nach § 34 GWB	150
1. Argumente für eine Verknüpfung	150
a. Mögliche Deckungsgleichheit zwischen Schadensersatzleistung und dem erlangten Vorteil	150
b. Rechtsfolgen von Schadensersatz und Vorteilsabschöpfung	151
2. Argumente gegen eine Verknüpfung	151
a. Keine effektive Abschöpfung	151
b. Kein Schaden	152
3. Stellungnahme	153
4. Zwischenergebnis	154

II. Die Betroffenheit als Grundvoraussetzung eines kartellrechtlichen Anspruchs	154
1. Übertragbarkeit des Betroffenheitskriteriums auf § 34 GWB	155
2. Parallele zum Beseitigungsanspruch nach § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB	155
3. Zwischenergebnis	156
III. Betroffenheit im Sinne des § 33 Abs. 1 und 3 GWB	157
1. Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen	157
a. Auslegung nach der <i>Schienenkartell-II</i> -Entscheidung	158
b. Auslegung nach der 10. GWB-Novelle	159
c. Beschränkung der Beeinträchtigung	160
d. Weite Auslegung	161
e. Kritik an der weiten Auslegung	162
f. Stellungnahme	162
2. Beeinträchtigung als „ <i>Mitbewerber und sonstiger Marktbeteiligter</i> “	164
a. Marktbeteiligter als Oberbegriff	164
b. Die Betroffenheit im Lichte der <i>jedermann-Rechtsprechung</i>	165
aa. Horizontalverhältnis	166
bb. Vertikalverhältnis	166
c. Am Kartellverstoß beteiligte Marktteilnehmer	167
d. Stellungnahme	168
IV. Auslegung des Betroffenheitskriteriums unter Berücksichtigung der Schutzwirkung des § 34 GWB	169
1. Typische Kartellverstöße im Horizontalverhältnis	170
a. Submissionskartelle	170
b. Preis- und Quotenkartelle	172
aa. Fallbeispiel LKW-Kartell	172
bb. Fallbeispiel Silostellgebühren	173
cc. Fallbeispiel Wurstkartell	173
dd. Fallbeispiel Zementkartell	174
c. Zwischenergebnis	174
2. Die Betroffenheit nach § 34 GWB im Horizontalverhältnis	175
a. Direkter Wettbewerber als Kartellaußenseiter	175
b. Kartellaußenseiter, die Vorteile aus einer unterlassenen Vorteilsabschöpfung ziehen	175
c. Potenzielle Wettbewerber	176

Inhaltsverzeichnis

d. Kartellbeteiligte Unternehmen im Horizontalverhältnis	177
3. Die Betroffenheit nach § 34 GWB sonstiger Marktbeteiligter im Vertikalverhältnis	178
a. Direkte Abnehmer	179
b. Mittelbare Abnehmer	179
c. Verbraucher	180
d. Kunden von Kartellaußenseitern	180
e. Vorgelagerte Lieferanten	181
f. Marktteilnehmer, die Vorteile aus einer unterlassenen Vorteilsabschöpfung ziehen	181
4. Die Betroffenheit nach § 34 GWB bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen	182
a. Fallbeispiel Melitta und Rossmann	182
b. Ausschließlichkeitsbindungen als wirtschaftlicher Vorteil	183
aa. Unmittelbare Betroffenheit des gebundenen Unternehmens	184
bb. Unmittelbare Betroffenheit der Wettbewerber der bindenden und gebundenen Vertragspartei	185
cc. Erhöhte Finanzkraft durch vertikale Bindungen	186
dd. Schätzungserleichterungen bei der Anwendung des § 34 Abs. 4 GWB	187
c. Zwischenergebnis	188
5. Nichtangriffspakte in der Praxis	188
a. Fallbeispiel Industrieversicherer	189
b. Fallbeispiel Flüssiggas-I	189
c. Zwischenergebnis	190
6. Atypische Kartellverstöße	190
a. Nichtangriffspakt zum Schutz vor ruinösem Preiswettbewerb	190
b. Kein Preiswettbewerb aufgrund eines Tiefstpreises	191
aa. Erlangerter wirtschaftlicher Vorteil im Sinne des § 34 GWB	191
bb. Feststellung der Betroffenheit nach § 34 GWB	192
cc. Sicherung des Umsatzes durch einen Nichtangriffspakt	192
dd. Zwischenergebnis	193
7. Ergebnis	194

Inhaltsverzeichnis

§ 5 Endergebnis und Zusammenfassung	195
Literaturverzeichnis	201

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	Andere Ansicht
a.F.	Alte Fassung
Abs.	Absatz/Absätze
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayOblG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs es in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BKartA	Bundeskartellamt
BR-Drucksache	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Bzw.	Beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)

Abkürzungsverzeichnis

EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int	Internationaler Teil
GRUR-RS	Rechtsprechungs- Report
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes
I.S.d.	Im Sinne des
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
KDVG	Gesetz über die Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffe aus Gewissensgründen
KG	Kammergericht
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	littera (Buchstabe)
MüKo	Münchener Kommentar
M.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report

Abkürzungsverzeichnis

Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
Rn.	Randnummer/n
Rs.	Rechtssache/n
S.	Seite
Sog.	Sogenannte/r/s
StPO	Strafprozessordnung
U.a.	Unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vertikal-GVO	Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen
Vgl.	Vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E BGH	Bundesgerichtshof
WuW/E BKartA	Bundeskartellamt
WuW/E DE-R	Deutschland Rechtsprechung
WuW/E OLG	Oberlandesgerichte
z.B.	Zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

Abkürzungsverzeichnis

ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht