

Entwurf des BMWK für 11. GWB-Novelle: Zu 10 % Gruppenumsatz für Geldbußen im Fall von Kartellrechtsverstößen drohen zusätzlich 10 % für Vorteilsabschöpfung

Ein Unternehmen, das vorsätzlich oder fahrlässig gegen das Kartellrecht verstößt, riskiert nach deutschem Recht bislang vor allem eine Geldbuße bis zu 10 % des Gruppenumsatzes und häufig auch eine Flut von Schadensersatzansprüchen. Der Referentenentwurf zur 11. GWB-Novelle („Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz“) vom 15. September 2022¹ („Ref-E“) des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz („BMWK“) will nun „weitere Anreize gegen Kartellrechtsverstöße“ setzen und dazu der Vorteilsabschöpfung Leben einflößen, einem Rechtsinstitut, das es zwar schon lange gibt, vom BKartA aber nie genutzt worden ist. Deswegen soll nach Auffassung des BMWK künftig die Vorteilsabschöpfung unabhängig von Vorsatz oder Fahrlässigkeit zulässig sein. Zudem soll eine gesetzliche Vermutung dafür sprechen, dass der wirtschaftliche Vorteil mindestens 1 % der Umsätze beträgt, die das Unternehmen in Deutschland mit den kartellbefangenen Produkten erzielt hat. Bei Verstößen längerer Dauer kann sich dies auf enorme Beträge summieren. Damit der drohende Abschöpfungsbetrag nicht unkalkulierbar hoch wird, deckelt der Ref-E ihn vorsorglich auf 10 % des Gesamtumsatzes des Unternehmens. Dort, wo Unternehmen bislang darauf spekulieren durften, nicht mit nennenswerten Schadensersatzansprüchen konfrontiert zu werden, wird es also nach dem Willen des BMWK ungemütlich: statt 10 % stehen 20 % auf dem Spiel.

Initiative zur Belebung der Vorteilsabschöpfung

Eine Vorschrift zur Vorteilsabschöpfung enthält das GWB seit 1980 (damals „Mehrerlösabschöpfung“). Anfangs war ihr Anwendungsbereich sehr eng. 1999 wurde die Norm auf alle Verbote ausgedehnt, die zum Gegenstand einer Untersagungsverfügung gemacht werden konnten. Seit 2005 ist die Vorschrift, § 34 GWB, in der Sache so gut wie unverändert in Kraft. Kern ist der Gedanke, dass Unternehmen, denen durch einen Kartellverstoß wirtschaftliche Vorteile entstanden sind, diese Vorteile nicht behalten sollen. Abstrakt wird niemand dagegen Einwände erheben. Die Probleme liegen im Konkreten. Das BKartA hat noch nie eine Vorteilsabschöpfung auf Grundlage des § 34 GWB angeordnet – auch in seinen Tätigkeitsberichten erwähnt es keinen Fall, in dem sie zumindest einen später aufgegebenen Versuch gestartet hätte. Der einzige auf § 34 GWB gestützte Beschluss, von dem in Fachkreisen berichtet wird, stammt von der Landeskartellbehörde Hessen, richtet sich gegen überhöhte Wasserpreise eines Stadtwerks, wurde durch das OLG Frankfurt² in der Sache (wenn auch nicht in der gesamten Höhe) bestätigt und liegt derzeit dem BGH vor.

Der Ref-E will die Vorteilsabschöpfung durch folgende Änderungen zu einem wirksamen Instrument der Kartellbehörden (BKartA und Landeskartellbehörden) machen:

¹ <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Meldung/2022/20220920-bmwk-legt-entwurf-zur-verschärfung-des-wettbewerbsrechts-vor.html>

² <https://openjur.de/u/2304956.html>

- Anders als bislang soll die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils auch dann anordnen können, wenn das Unternehmen weder vorsätzlich noch fahrlässig gegen das Kartellrecht verstoßen hat.
- Eine gesetzliche Vermutung soll eingeführt werden, dass der Kartellrechtsverstoß einen wirtschaftlichen Vorteil verursacht, und eine weitere, dass die Höhe des Vorteils mindestens 1 % des mit dem kartellbefangenen Produkt in Deutschland erzielten Umsatzes beträgt.
- Die Kartellbehörde soll die Höhe des Vorteils wie ein Gericht im Zivilprozess, also „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung“ schätzen dürfen; dabei soll eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für seine Überzeugungsbildung genügen.
- Die Begrenzung der Vorteilsabschöpfung auf einen Zeitraum von fünf Jahren fällt weg.
- Die Frist zur Anordnung der Vorteilsabschöpfung wird von sieben auf zehn Jahre verlängert.
- Das Bundeskartellamt soll für die Umsetzung drei zusätzliche Stellen erhalten. Für die Stellenplanung wird davon ausgegangen, dass das Amt zwei Verfahren pro Jahr führen wird.

Nicht geändert werden soll übrigens die Regelung, die es insbesondere Verbraucherverbänden ermöglicht, von Unternehmen die Herausgabe von Vorteilen an den Bundeshaushalt zu beanspruchen (§ 34a GWB). Die Hürden für die Verbände sind bereits jetzt höher als für die Kartellbehörden; auch zur Vorteilsabschöpfung durch Verbände ist es noch nie gekommen.

Vorteilsabschöpfung auch bei nicht-schuldhaftem Kartellrechtsverstoß

Die Kartellbehörden dürfen Geldbußen nur bei vorsätzlich oder fahrlässig begangener Kartellrechtsverletzung verhängen. Dasselbe gilt bislang für die Anordnung der Vorteilsabschöpfung. Wenn man die Vorteilsabschöpfung aber lediglich als Beseitigung eines ungerechtfertigt erhaltenen Vorteils versteht, wird dem Unternehmen, anders als im Bußgeldrecht, gar kein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen. Es wird auch kein „Unwerturteil“ ausgesprochen. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zur 8. GWB-Novelle hatte der Bundesrat 2012 vorgeschlagen, die Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde unabhängig von einem schuldhaften Handeln des Unternehmens zuzulassen. Die Bundesregierung trat dem damals mit der Behauptung entgegen, die Vorteilsabschöpfung scheitere in der Praxis regelmäßig nicht am Verschuldenserfordernis. Das ist insoweit richtig als die Kartellbehörde, will sie einen Kartellrechtsverstoß als Ordnungswidrigkeit verfolgen und ein Bußgeld verhängen, einen vorsätzlich oder fahrlässig begangenen Verstoß feststellen muss: In einem solchen Fall wird somit auch die Schuldhaftigkeit des Verhaltens festgestellt, die die Behörde zur Vorteilsabschöpfung berechtigt. Dann jedoch, wenn sie ein Verwaltungsverfahren durchführt, in dem sie zwar eine Zuwiderhandlung feststellt, aber kein Bußgeld verhängt, kann sie die Schuldfrage offenlassen. Folglich fehlt in solchen Fällen die heute für eine Vorteilsabschöpfung erforderliche Feststellung der Schuld. Allerdings sind bei einer Anwendung des § 43 GWB in der geltenden Fassung an das Verschulden keine hohen Anforderungen zu stellen: Selbst ein Täter, der sein Verhalten für rechtmäßig hält, handelt nur dann nicht fahrlässig, wenn er bei der Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte; der Handelnde trägt das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage

– dem OLG Frankfurt reichte laut Randnummer 250 der oben genannten Entscheidung aus, dass das Unternehmen von der Einleitung des Kartellverfahrens der Hessischen Landeskartellbehörde wusste.

Der Ref-E begründet den Änderungsbedarf etwas schwach. Er stellt zwar fest, „der Verschuldensvorwurf“ könne „hinsichtlich des Kartellrechtsverstoßes in der Praxis, beispielsweise im Hinblick auf die Weite der Legalausnahme ... oder in Missbrauchsfällen zweifelhaft sein“. In der Tat können Kartellrechtsexperten ein Lied davon singen, mit welchem Grad an Sicherheit (oder eher Unsicherheit) Effizienzen im Sinne der Einzelfreistellung nachweisbar oder gar nachgewiesen sind. Zur Begründung nennt der Ref-E jedoch nur einen einzigen EuGH-Fall zum Missbrauchsverbot, der sich in Italien abspielte und den deutschen Markt nicht berührte; dies ist keine überzeugende Grundlage für die vorgeschlagene Gesetzesänderung. Auch fehlt im Ref-E jeglicher Hinweis darauf, ob und wo sonst im deutschen Rechtssystem einer Behörde die Abschöpfung eines Vorteils erlaubt ist, der durch schuldlos begangenen Rechtsverstoß verursacht worden ist. Ein dringendes Regelungsbedürfnis wird auf diese Weise nicht deutlich gemacht. In der Sache ist die Änderung aber einsichtig: § 34 GWB ist ohnehin schon systemwidrig eng gefasst. Denn wenn der Gesetzgeber jemandem einen ungerechtfertigten Vorteil nehmen will, dann muss er dafür nicht Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Voraussetzung machen, sondern allein die Rechtsgrundlosigkeit der Vermögensverschiebung. Dass jetzt der Zeitpunkt für eine Korrektur gekommen ist, liegt schlicht daran, dass das BMWK schrittweise seine „Wettbewerbspolitische Agenda bis 2025“³ umsetzt.

Vorteil beträgt mindestens 1 % des Umsatzes mit dem kartellbefangenen Produkt

Die wohl spannendste – für Unternehmen bedrohliche – Änderung ist die Einführung der Vermutung, dass jeder Verstoß zu einem wirtschaftlichen Vorteil in Höhe von mindestens 1 % der Umsätze führt, die das Unternehmen in Deutschland mit den kartellbefangenen Produkten erzielt hat.

Der Ref-E benennt als eine wesentliche Schwierigkeit der Vorteilsabschöpfung die Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils: „Um die Höhe eines möglicherweise erzielten wirtschaftlichen Vorteils zu ermitteln, müssen zum Teil sehr komplexe ökonomische Analysetechniken eingesetzt werden. Die hierfür erforderliche Datenbasis ... muss separat bei den betroffenen Unternehmen ermittelt werden. Dies erfordert erhebliche Ressourcen, sowohl auf Seiten des Bundeskartellamtes, aber auch auf Seiten der Unternehmen.“ Daran ändert sich durch den Vorschlag des BMWK nichts. Allerdings dreht der Ref-E die Darlegungslast um. Dafür nennt er zwei Gründe. Erstens hat das rechtsverstoßende Unternehmen den Grund für die ungerechtfertigte Bereicherung gesetzt („Verursacherprinzip“). Zweitens sollen Unternehmen von Verstößen abgeschreckt werden („Präventionsgedanke“). Deshalb plädiert der Ref-E für (1.) die Vermutung, dass ein Kartellrechtsverstoß einen wirtschaftlichen Vorteil entstehen lässt und (2.) dieser in einer pauschalen Mindesthöhe entsteht. Das Anknüpfen an den tatbezogenen Umsatz – als Anknüpfungsumstand bereits aus der Bußgeldberechnung bekannt – und der (rein optisch niedrigen) Quote von 1 % bildet laut Ref-E

³ www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/0-9/10-punkte-papier-wettbewerbsrecht.pdf?__blob=publication-File&v=6+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=de

„bei einer branchenübergreifenden typisierenden Betrachtung einen unabhängig von der konkreten Art des Verstoßes und sonstigen Besonderheiten des Einzelfalls zu erwartenden Mindestvorteil“ ab. Dazu verweist der Ref-E auf Rechtsprechung zu Vereinbarungen hin, mit denen Vertragsparteien sich auf die Pauschalisierung von Schadensersatzbeträgen für Kartellrechtsverstöße geeinigt hatten. Das Motto ist also: Wenn schon Unternehmen untereinander von einem Schaden von üblicherweise mehr als 1 % Schaden ausgehen, darf die Behörde das auch und einen Vorteil des Schädigers in Höhe von mindestens 1 % unterstellen.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen dass einem Vorteil nicht zwangsläufig ein Schaden im rechtlichen Sinne, also eine unfreiwillige Vermögenseinbuße, gegenübersteht. Als Beispiel mag die Entscheidung des BKartA⁴ dienen, Facebook die Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen (Facebook, WhatsApp, Instagram) zu verbieten, weil dies ein Missbrauch von Marktmacht sei. Da diese Internetdienste vollständig werbefinanziert sind, verringert Facebook durch den vorgeworfenen Missbrauch das Vermögen der Nutzer nicht. Die Nutzer erleiden also keinen Vermögensschaden im klassischen juristischen Sinn. Facebook dürfte aber sicherlich einen wirtschaftlichen Vorteil aus dem Zusammenführen der Daten ziehen, weil es seine Produkte auf dem Werbemarkt optimieren kann. Wird dadurch ein höherer Werbeumsatz generiert, könnte dies ein Vorteil sein, der nach dem Willen des BMWK von den Kartellbehörden künftig abgeschöpft werden darf. Denn der Ref-E verlangt nicht, dass der Vorteil auf demselben Markt eintreten muss, auf dem der Kartellrechtsverstoß begangen wurde. In einem solchen Fall stellt sich also die Frage, ob die Dienstleistungen für die Werbewirtschaft „mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen“.

Eine Widerlegung der Vermutung durch das Unternehmen ist nur schwer möglich: Das Unternehmen muss der Behörde nachweisen, dass es im Abschöpfungszeitraum weltweit keinen Gewinn in Höhe des vermuteten Vorteils erzielt hat. Das verwundert: Wieso soll die Abschöpfung an Unternehmensgewinne geknüpft werden, die ggf. mit Produkten erwirtschaftet werden, die mit dem Kartellrechtsverstoß in keinerlei Zusammenhang stehen? Auch: Wenn sich die Wirkung eines Verstoßes auf Deutschland beschränkt, weshalb sollte das Unternehmen dann vom Gesetz begünstigt werden (also die Vermutung widerlegen können), wenn es durch Verluste anderswo in der Welt insgesamt keinen Gewinn erzielt hat? Oder im umgekehrten Fall: Warum sollte das Unternehmen einen Nachteil dadurch haben (die Vermutung nicht widerlegen können), dass es anderswo Gewinne und dort, wo sich der Kartellverstoß ausgewirkt hat (Deutschland), dennoch Verluste erwirtschaftet hat? Der Verweis des Ref-E auf die Härtefallregel (Abs. 3 Satz 1) – z.B. bei einer für Handelsmärkte typischen niedrigen Wertschöpfung –, scheint lediglich ein schwacher Trost: Um „unbillige Härte“ zu vermeiden, „soll“ die Anordnung auf einen „angemessenen“ Geldbetrag beschränkt werden.

Behörde darf Vorteil „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung schätzen“

⁴ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html

Bereits nach geltendem Recht darf die Behörde die Höhe des Vorteils schätzen. Der Ref-E will aber den Maßstab für die Schätzung senken: § 287 ZPO – die Vorschrift, die Gerichten in Zivilprozessen Schätzungen erlaubt – soll gelten. Wenn also im Verwaltungsverfahren die Behörde entscheidet, so kann sie dies „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung“ (§ 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO) tun, insbesondere wenn „die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen“ (§ 287 Abs. 2 ZPO). Nach dem Ref-E soll dies „mit der Maßgabe“ gelten, dass „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ für die Überzeugungsbildung der Behörde genügt. „Überwiegende Wahrscheinlichkeit“ ist das, was man den Gerichten im Rahmen des § 287 ZPO üblicherweise als ausreichend zugesteht.

Begründet wird dieser Änderungsvorschlag damit, dass Schätzunsicherheiten die Unternehmen treffen sollen, die für den Kartellrechtsverstoß verantwortlich sind und die eher über diejenigen Informationen verfügten, die Rückschlüsse von den Auswirkungen des Verstoßes auf die Marktsituation zulassen. Diese Begründung genügt nicht. Eine behördliche Befugnis zur Schätzung schränkt den Grundsatz der Amtsermittlung erheblich ein. Die Kartellbehörden haben aber zahlreiche und sehr weitgehende Ermittlungsbefugnisse: Sie dürfen „alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben, die erforderlich sind“ (§ 57 Abs. 1 GWB), etwa die Erteilung von Auskünften sowie die Herausgabe von Unterlagen durch Beschluss verlangen (§ 59 GWB) und diese Beschlüsse mit Zwangsgeldern durchsetzen (§ 86a GWB). Selbst Durchsuchungen von Unternehmen und Wohnungen sind zulässig (§ 59b GWB). Zumindest das Bundeskartellamt hat auch die dafür erforderlichen personellen Ressourcen, die zudem mit der 11. GWB-Novelle insbesondere wegen der künftigen Durchsetzung der Vorteilsabschöpfung aufgestockt werden sollen. Deswegen sollte der Behörde eine Schätzung nicht generell erlaubt sein, sondern erst dann, wenn die Amtsermittlung nicht mehr zumutbar ist. Zu diskutieren wäre, ob dies z.B. dann der Fall ist, wenn Unternehmen Mitwirkungspflichten trotz Zwangsgeldandrohung nicht erfüllen.

Vorteil für den gesamten Verstoßzeitraum berechnen und deckeln – auf 10 % Gruppenumsatz

Bislang wird die Vorteilsabschöpfung für einen Zeitraum von längstens fünf Jahren angeordnet. Der Ref-E will dies streichen. Stattdessen soll für die Berechnung und die Vermutung der in der Abstellungsverfügung festgestellte Zeitraum maßgeblich sein. Der Ref-E erkennt an, dass dies nach Dauer des Verstoßes, Höhe der erlangten Vorteile und Zeitraum, für den die Abschöpfung angeordnet wird, zu einer wirtschaftlich hohen Belastung für das Unternehmen führt. Wohl auch um den eigenen Vorschlag rechtlich weniger angreifbar zu machen, erklärt der Ref-E es für erforderlich, den abschöpfbaren Betrag zu deckeln – selbst wenn deswegen das eigentliche Ziel der Abschöpfung, nämlich den unrechtmäßig erlangten Vorteil zu entziehen, nur zum Teil erreicht wird. Der vorgesehene Deckel liegt bei 10 % des in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenem Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens, also des Gruppenumsatzes. Neben einer Geldbuße, die ebenfalls bis zu 10 % des Gruppenumsatzes betragen kann, soll die Vorteilsabschöpfung als zusätzliche realistische Konsequenz drohen, die weitere 10 % des Gruppenumsatzes kosten kann.

Frist zur Anordnung: 10 Jahre

Die Frist, bis zu deren Ablauf die Behörde die Vorteilsabschöpfung anordnen kann, will der Ref-E von sieben auf zehn Jahre seit Beendigung der Zuwiderhandlung verlängern. Dies sei „aus Präventionsgesichtspunkten geboten“. Dass sich Unternehmen heute anders verhalten, weil ihnen ein unrechtmäßiger Vorteil später auch noch in den Jahren 8, 9 und 10 entzogen werden könnte (wenn sich dann die Kartellbehörde dem Fall überhaupt noch einmal zuwenden wollte), erscheint allerdings praktisch fernliegend. Der Druck für kartellrechtliche Compliance besteht aus anderen Gründen.

Ein Grund für die Fristverlängerung mag sich hingegen aus dem Umstand ergeben, dass Behörden eine Vorteilsabschöpfung nicht anordnen können, soweit der Vorteil durch Schadensersatzleistungen abgeschöpft ist (§ 34 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Dies will der Ref-E auch nicht ändern, denn das liefe auf eine Enteignung der durch den Kartellverstoß Geschädigten hinaus. Die Behörden müssen also eine Weile abwarten, bis ihnen klar ist, ob und in welchem Umfang private Geschädigte Schadensersatz, ggf. nach mehrinstanzlicher gerichtlicher Auseinandersetzung, erhalten. Dieses notgedrungene Abwarten soll nicht zu einer Verjährung der Abschöpfungsmöglichkeit führen. Eine Fristverlängerung auf zehn Jahre ist unter diesem Aspekt vielleicht diskutabel. Es fragt sich aber auch hier, wie realistisch (und notwendig) eine Tätigkeit der Behörde nach so vielen Jahren noch ist. Eine noch längere Erstreckung wäre aus Gründen des Rechtsfriedens – auch sonst sind ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen irgendwann nicht mehr zwangsweise durchsetzbar – kaum vertretbar.

Fazit

Natürlich sollte kein Unternehmen dasjenige behalten dürfen, was es durch einen Rechtsverstoß erlangt hat. Eine solche ungerechtfertigten Bereicherung zu beheben ist zunächst Sache von Privaten. Der Staat kann und muss dabei helfen. Das hat er insbesondere durch die Stärkung von Schadensersatzansprüchen Kartellgeschädigter (private enforcement) und die Konzentration von Gerichtsverfahren auf spezialisierte Spruchkammern bei den Zivilgerichten getan. Will er darüber hinaus die Entreichung der Unternehmen in die eigene Hand nehmen (public enforcement), muss er dies begründen. Unter diesem Gesichtspunkt fällt die Bewertung des Ref-E gemischt aus:

- Das Streichen des Verschuldens als Tatbestandsmerkmal ist nachvollziehbar, wenn Zweck des § 34 GWB ist, einen unrechtmäßig erworbenen Vorteil zu beseitigen. Denn dann ist allein das Vorliegen oder Fehlen eines Rechtsgrunds erheblich und nicht, ob man den Vorteil schuldhaft erworben hat. Allerdings macht der Ref-E nicht deutlich, ob das Verschuldenserfordernis bislang wirklich eine Hürde war, an der die Vorteilsabschöpfung durch Kartellbehörden scheiterte. Von praktischen Erfahrungen des Bundeskartellamts ist nichts bekannt; die Anforderungen an das Verschulden sind ohnehin nicht hoch; das erste BGH-Urteil zu einem die Vorteilsabschöpfung gem. § 34 GWB anordnenden Beschluss (der Hessischen Landeskartellbehörde) liegt noch nicht vor.

- Ebenso lässt sich grundsätzlich nachvollziehen, dass die Behörde zunächst abwarten will (und sollte), ob und in welcher Höhe dem Unternehmen ein wirtschaftlicher Vorteil durch Private wieder entzogen wird. Da es einige Jahre dauern kann, bis Private Schadensersatzforderungen einigermaßen substantiiert vortragen können und Gerichtsverfahren in aller Regel sehr lange dauern, muss auch die Behörde einige Zeit warten dürfen, bevor sie ein Verfahren zur Vorteilsabschöpfung einleitet. Bei einer Verjährung von Schadensersatzforderungen nach fünf Jahren ist daher der Wunsch, die Frist für die Behörde von sieben auf zehn Jahren zu verlängern, nachvollziehbar. Für Unternehmen beutet dies aber, dass sie Belastungen, die durch eine Vorteilsabschöpfung auf sie zukommen können, erst zehn Jahre nach Beendigung des Verstoßes ausschließen können. Es ist zudem die Frage erlaubt, ob eine Kartellbehörde, die einen Fall vor etlichen Jahren abgeschlossen hat, mehr als sieben Jahre nach Beendigung des Verstoßes wirklich noch ein Interesse sieht, sich im Sinne des Wettbewerbs und der Generalprävention (denn dies ist ja die Begründung des Ref-E) einem alten Fall noch einmal zuzuwenden. Außerdem muss eine Behörde, die bereits einen wirtschaftlichen Vorteil abgeschöpft hat, der zu einem späteren Zeitpunkt dem Unternehmen durch Private (also im Ergebnis doppelt) entzogen wird, irgendwie (wohl: dem Unternehmen) zurückerstatten. Das wirft eine Reihe von Problemen auf, etwa der verfassungswidrigen Doppelbesteuerung des Unternehmens. „Das Finden einer Lösung erweist sich als Herkulesaufgabe und erfordert einen großen Wurf“, wie Kersting (NZKart 2022, 309, 313) zu Recht angemerkt hat. Im Ref-E findet sich dazu bedauerlicherweise überhaupt nichts.
- Die Berechnung des Vorteils künftig nicht auf einen gesetzlich vorgegebenen Maximalzeitraum zu begrenzen, sondern den tatsächlich durch den Verstoß erlangten Vorteil als Grundlage zu nehmen, ist in der Sache durch den Zweck der Vorteilsabschöpfung begründet. Rechtsfrieden wird besser durch eine Verjährungsfrist geschaffen und nicht durch mehr oder weniger willkürliche Einschränkungen bei der Berechnungen der Vorteilshöhe.
- Problematisch ist die vom Ref-E vorgeschlagene Regel für die vermutete Höhe des Vorteils. Da eine Vorteilsabschöpfung ohnehin nur möglich ist, soweit ein Vorteil nicht bereits durch Schadensersatzzahlungen oder einen Abschöpfungsanteil der Geldbuße beseitigt wurde (auch möglich ist die Anordnung der Einziehung von Taterträgen oder Rückerstattung), dürfte sich die Bedeutung § 34 GWB zum einen auf Fälle mit Streuschäden beschränken, wenn also die Kosten für die Rechtsverfolgung für den Privaten in keinem vertretbaren Verhältnis zum Aufwand stehen, und zum anderen auf Fälle, in denen Verstöße im Verwaltungsverfahren verfolgt werden, insbesondere Missbrauchsverfahren. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Vermutung zur Höhe des Vorteils legt der Ref-E jedoch nicht überzeugend dar. Denn die Behörden können Unternehmen – in Bußgeld- wie in Verwaltungsverfahren – mit Zwangsgeldern zu Auskünften verpflichten und so in der Regel die behauptete „Informationsasymmetrie“ beseitigen. Auch die Widerlegung der Vermutung an einen kausal mit dem Verstoß überhaupt nicht verbundenen Gewinn anzuknüpfen, überzeugt nicht.

Gesetzestext mit den Änderungen des Ref-E

§ 34 GWB würde in der Fassung des Referentenentwurfs lauten:

§ 34 Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde

(1) Hat ein Unternehmen ~~vorsätzlich oder fahrlässig~~ gegen eine Vorschrift dieses Teils, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen und dem Unternehmen die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags auferlegen.

(2) Absatz 1 gilt nicht, soweit der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft ist durch

1. Schadensersatzleistungen,
2. Festsetzung der Geldbuße,
3. Anordnung der Einziehung von Taterträgen oder
4. Rückerstattung.

Soweit das Unternehmen Leistungen nach Satz 1 erst nach der Vorteilsabschöpfung erbringt, ist der abgeführte Geldbetrag in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen an das Unternehmen zurückzuerstatten.

(3) Wäre die Durchführung der Vorteilsabschöpfung eine unbillige Härte, soll die Anordnung auf einen angemessenen Geldbetrag beschränkt werden oder ganz unterbleiben. Sie soll auch unterbleiben, wenn der wirtschaftliche Vorteil gering ist.

(4) ~~Die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils kann geschätzt werden. Der abzuführende Geldbetrag ist zahlenmäßig zu bestimmen. Es wird vermutet, dass ein Verstoß gegen Vorschriften des ersten, zweiten oder fünften Kapitel dieses Teils, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder eine Verfügung der Kartellbehörde nach § 19a oder nach dem sechsten Kapitel dieses Teils einen wirtschaftlichen Vorteil verursacht hat. Die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils kann geschätzt werden. Für die Schätzung der Vorteilshöhe gilt § 287 der Zivilprozessordnung entsprechend mit der Maßgabe, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt. Es wird vermutet, dass der wirtschaftliche Vorteil mindestens 1 Prozent der Umsätze beträgt, die im Inland mit den Produkten oder Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, erzielt wurden. Die Vermutung nach Satz 4 ist der in der Verfügung festgestellte Zeitraum, in dem der Verstoß angedauert hat, zugrunde zu legen. Sie kann nur widerlegt werden, soweit das Unternehmen nachweist, dass weder die am Verstoß unmittelbar beteiligte juristische Person noch das Unternehmen im relevanten Zeitraum einen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt hat. Bei der Ermittlung des Gewinns nach Satz 6 ist der weltweite Gewinn aller natürlichen und juristischen Personen sowie Personenvereinigungen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren. Der abzuführende Geldbetrag ist zahlenmäßig zu bestimmen und darf 10 Prozent des in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung nicht übersteigen.~~

(5) Die Vorteilsabschöpfung kann nur innerhalb einer Frist von bis zu ~~sieben~~ zehn Jahren seit Beendigung der Zuwiderhandlung ~~und längstens für einen Zeitraum von fünf Jahren~~ angeordnet werden. § 33h Absatz 6 gilt entsprechend. Im Falle einer bestandskräftigen Entscheidung im Sinne des § 33b Satz 1 oder einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung im Sinne des § 33b Satz 2 beginnt die Frist nach Satz 1 erneut.

Weitere vom Ref-E vorgesehene Änderungen für die 11. GWB-Novelle

Zu weiteren Änderungen des Kartellrechts, die der Ref-E anstrebt, siehe:

Zeitenwende im Kartellrecht: Kommt die Entflechtungsbefugnis des Kartellamts ohne Kartellrechtsverstoß?⁵

⁵ <https://www.luther-lawfirm.com/newsroom/blog/detail/zeitenwende-im-kartellrecht-kommt-die-entflechtungsbefugnis-des-kartellamts-ohne-kartellrechtsverstoß>