



Abschließende Mitteilung

an das
Bundesministerium
für Wirtschaft und Energie

über die Prüfung

der Vorteilsabschöpfung durch das
Bundeskartellamt (§ 34 GWB)
Kapitel 0917, Titel 112 01

Die an das BMWi versandte Fassung enthält zu schützende Daten.
Die vorliegende Fassung ist um solche Daten bereinigt worden

Diese Prüfungsmitteilung enthält das vom Bundesrechnungshof abschließend im Sinne des § 96 Absatz 4 Satz 1 BHO festgestellte Prüfungsergebnis. Sie ist auf der Internetseite des Bundesrechnungshofes veröffentlicht (www.bundesrechnungshof.de).

Inhaltsverzeichnis	Seite
0 Zusammenfassung	3
1 Vorbemerkung	6
2 Entwicklung der gesetzlichen Regelungen zur Vorteilsabschöpfung	7
2.1 Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB	7
2.2 Vorteilsabschöpfung nach § 81 Absatz 5 GWB i. V. m. § 17 Absatz 4 OWiG	9
3 Regelungen des Bundeskartellamts	11
4 Vorteilsabschöpfung durch das Bundeskartellamt	12
4.1 Feststellungen	12
4.2 Würdigung und Empfehlungen	15
4.3 Stellungnahme des Bundeswirtschaftsministeriums	19
4.4 Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes	20
5 Gesetzesfolgenabschätzung	22
5.1 Feststellungen	22
5.2 Würdigung und Empfehlungen	23
5.3 Stellungnahme des Bundeswirtschaftsministeriums	24
5.4 Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes	24

0 Zusammenfassung

Das Bundeskartellamt ist eine selbstständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Bundeswirtschaftsministerium). Seine Aufgabe ist es, den Wettbewerb in Deutschland zu schützen. Das Bundeskartellamt kann gegen Kartellabsprachen zwischen Wettbewerbern, die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung oder sonstige wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen vorgehen. Dazu kann es Geldbußen festsetzen, den durch den Kartellverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteil entziehen oder gesetzeswidriges Verhalten untersagen. Den wirtschaftlichen Vorteil kann es entweder zusammen mit der Festsetzung einer Geldbuße (§ 81 Absatz 5 GWB i. V. m. § 17 Absatz 4 OWiG) oder gesondert in einem Verwaltungsverfahren nach § 34 GWB abschöpfen. Die so erlangten Beträge fließen dem Bundeshaushalt zu.

Der Bundesrechnungshof hat geprüft, wie die Möglichkeiten der Vorteilsabschöpfung genutzt werden. Er stellt nachfolgend das Prüfungsergebnis im Sinne von § 96 Absatz 4 BHO abschließend fest.

- 0.1** Die Vorteilsabschöpfung ermöglicht es dem Bundeskartellamt, Unternehmen Vorteile zu entziehen, die sie aus wettbewerbswidrigem Verhalten erlangt haben. Sie steht selbstständig neben der Ahndung der Tat mittels einer Geldbuße. Mit der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 sollte die Abschöpfung als eigenständiges Instrument größere Bedeutung erhalten. Sie sollte sicherstellen, dass die durch Kartellverstöße erlangten Vorteile nicht beim Täter verbleiben. Ziel war es, eine Abschreckungswirkung zu entfalten, die darauf beruht, dass der „Täter“ keine oder nur geringe Chancen sieht, dass er einen Gewinn, den er aus dem Kartellrechtsverstoß erlangt hat, dauerhaft behalten kann. Das Bundeskartellamt hat bis zum Juli 2014 die Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB nicht genutzt. Einnahmen für den Bundeshaushalt aufgrund dieser Sanktionsmöglichkeit wurden nicht erzielt (Tzn. 2 und 4).
- 0.2** Das Bundeskartellamt hat die fehlende Vorteilsabschöpfung u. a. damit begründet, dass es sehr aufwendig sei, die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils gerichtsfest zu ermitteln. Im Übrigen liege der Schwerpunkt des Bundeskartellamts auf der Abschreckungswirkung seiner Tätigkeit, die durch die Aufdeckung vieler Kartelle und die Ahndung durch Geldbußen in ausreichendem Maße erreicht werde. Des Wei-

teren würden zivilrechtliche Schadensersatzklagen zunehmen. In diesen Fällen die behördliche Abschöpfung vorzunehmen, sei nicht angezeigt, da in Höhe des geleisteten Schadensersatzes keine Abschöpfung vorgenommen werden könne bzw. abgeschöpfte Beträge nachträglich wieder an das Unternehmen zurückerstattet werden müssten. Das Bundeskartellamt werde jedoch in geeigneten Fällen prüfen, ob eine Vorteilsabschöpfung angezeigt sei. Geeignete Fälle seien solche, in denen es ausnahmsweise Zweifel haben müsse, ob von den verhängten Bußgeldern eine hinreichende general- und spezialpräventive Wirkung ausgehe, was bei den gesetzlichen Zumessungskriterien nur selten der Fall sei.

Der Bundesrechnungshof sieht keine gesetzliche Grundlage dafür, das Kartellverbot allein durch eine große Anzahl an Bußgeldverfahren und die Festsetzung hoher Geldbußen durchzusetzen und den vom Gesetzgeber aus gutem Grund eingeführten § 34 GWB nicht anzuwenden. Er sieht es als nicht erwiesen an, dass die Abschreckungswirkung dieser „Strategie“ größer ist. Der Bundesrechnungshof hält es für erforderlich, dass das Bundeskartellamt in allen Verfahren prüft, ob die erbrachten und zu erwartenden Schadensersatzleistungen den wirtschaftlichen Vorteil ausreichend abschöpfen. Er sieht die Vorteilsabschöpfung nicht als Mittel an, um Unzulänglichkeiten von Bußgeldverfahren auszugleichen. Das Bundeskartellamt muss die Ausübung des Ermessens und seine Ermessensgründe in allen Fällen dokumentieren. Fehlende Ressourcen, hoher Aufwand oder die Gefahr der Rückerstattungspflicht rechtfertigen nicht grundsätzlich die Nichtanwendung der Vorschrift (Tz. 4).

- 0.3** Die Bundesregierung war laut Gesetzesbegründung zur 7. GWB-Novelle verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2008 den gesetzgebenden Körperschaften über die Erfahrungen mit den neugestalteten Instrumenten zur Abschöpfung der „Kartellrendite“ zu berichten und bei Bedarf gesetzgeberische Vorschläge zu machen. Das Bundeswirtschaftsministerium hat bisher nicht untersucht, warum die Regelungen zur Vorteilsabschöpfung ihr Ziel nicht erreichen, und daher auch keine Änderungen auf den Weg gebracht. Die geforderten Erfahrungsberichte hat es nicht vorgelegt.

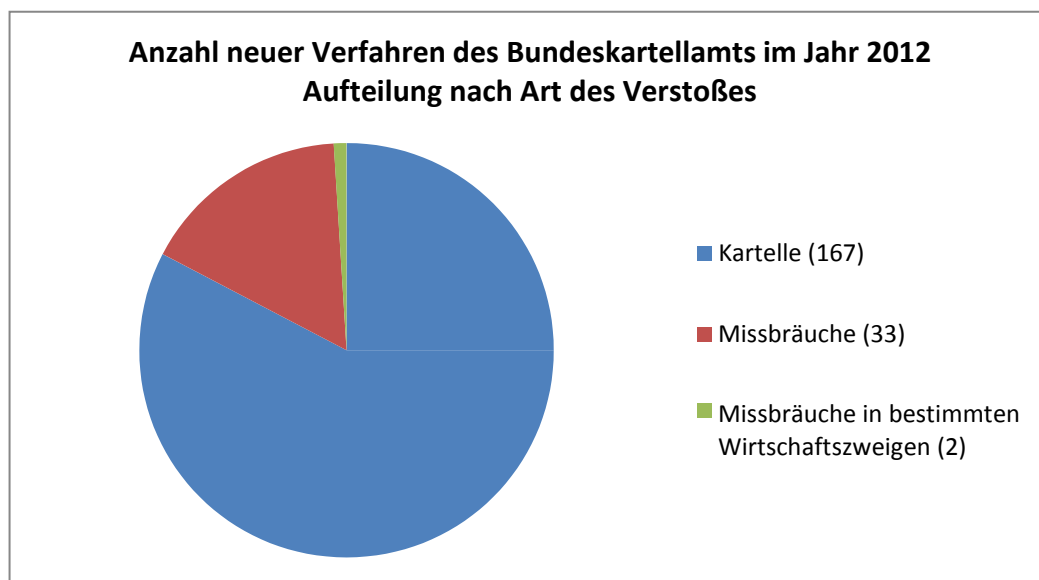
Das Bundeswirtschaftsministerium sagte zu, bei der innerhalb der nächsten zwei Jahre zu erwartenden GWB-Novelle werde es auch die Regelung des § 34 GWB in

den Blick nehmen. Derzeit sei eine Änderung des § 34 GWB jedoch nicht sachdienlich. Der Bundesrechnungshof erwartet, dass sich das Bundeswirtschaftsministerium dabei mit den in dieser Prüfungsmitteilung aufgezeigten Problemen ausführlich auseinandersetzt (Tz. 5).

1 Vorbemerkung

Das Bundeskartellamt ist eine selbstständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Bundeswirtschaftsministerium). Seine Aufgaben und Befugnisse ergeben sich aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und den Artikeln 101ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Das Bundeskartellamt trägt dazu bei, den Ordnungsrahmen des deutschen und europäischen Rechts zur Sicherung eines fairen Wettbewerbs durchzusetzen.

Das Bundeskartellamt kann gegen Kartellabsprachen zwischen Wettbewerbern, die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung oder sonstige wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen vorgehen.



Quelle: Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für die Jahre 2011/2012 vom 29. Mai 2013, BT-Drs. 17/13675, S. 134f.

Dafür stehen ihm verschiedene Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Es liegt in seinem Ermessen, ob und ggf. in welcher Form es gegen einen Kartellrechtsverstoß vorgeht. So kann es Verstöße durch die Festsetzung von Geldbußen ahnden, den durch den Kartellverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteil entziehen und gesetzeswidriges Verhalten untersagen. Den wirtschaftlichen Vorteil kann es entweder zusammen mit der Festsetzung einer Geldbuße (§ 81 Absatz 4 und 5 GWB) oder gesondert in einem Verwaltungsverfahren abschöpfen (§ 34 GWB). Die so erlangten Beträge fließen dem Bundeshaushalt zu. Wirtschaftliche Vorteile können auch durch erfolgreiche Schadensersatzforderungen der Geschädigten ausgeglichen werden.

Die Einnahmen des Bundeskartellamts sind in Kapitel 0917 in den Titeln 111 01, 112 01 und 119 99 veranschlagt. Bis zum Juli 2014 hatte das Bundeskartellamt nach

eigenen Angaben noch keine Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB in den seit 1. Juli 2005 gültigen Fassungen vorgenommen und hieraus keine Einnahmen für den Bundeshaushalt aufgrund dieser Sanktionsmöglichkeit generiert.

Die vorliegende Abschließende Prüfungsmitteilung konzentriert sich auf die Vorteilsabschöpfung durch das Bundeskartellamt nach § 34 GWB in den ab 1. Juli 2005 (7. und 8. GWB-Novelle) geltenden Fassungen. Dabei hat der Bundesrechnungshof Wechselwirkungen mit den Abschöpfungsmöglichkeiten durch das Bundeskartellamt gemäß § 81 Absatz 5 GWB i. V. m. § 17 Absatz 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) und durch zivilrechtliche Schadensersatzforderungen einbezogen. Ziel der Prüfung war es festzustellen, ob dem Bundeshaushalt durch die Nichtanwendung der Vorschrift Einnahmen entgangen sind und ob dies mit dem geltenden Recht vereinbar war. Dazu hat der Bundesrechnungshof Erhebungen beim Bundeswirtschaftsministerium und dem Bundeskartellamt durchgeführt.

Die Ergebnisse seiner Prüfung hat der Bundesrechnungshof in der vorläufigen Prüfungsmitteilung vom 4. August 2014 dargestellt. Das Bundeswirtschaftsministerium hat mit Schreiben vom 4. November 2014 nach Abstimmung mit dem Bundeskartellamt Stellung zu dem Prüfungsergebnis genommen, auf das der Bundesrechnungshof am 12. Dezember 2014 geantwortet hat. Eine weitere Stellungnahme des Bundeswirtschaftsministeriums folgte mit Schreiben vom 30. Januar 2015. Unter Einbeziehung beider Stellungnahmen stellt der Bundesrechnungshof nachfolgend das Prüfungsergebnis im Sinne von § 96 Absatz 4 BHO abschließend fest.

2 Entwicklung der gesetzlichen Regelungen zur Vorteilsabschöpfung

Die Vorteilsabschöpfung ermöglicht es dem Bundeskartellamt, Unternehmen Vorteile zu entziehen, die sie aus wettbewerbswidrigem Verhalten erlangt haben. Sie steht selbstständig neben der Ahndung der Tat mittels einer Geldbuße.

2.1 Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB

Das Bundeskartellamt erhielt erstmals im Jahr 1980 durch die 4. GWB-Novelle¹ das Recht, in bestimmten Fällen durch Abschöpfung zu verhindern, dass der durch unrechtmäßiges Verhalten erworbene Vermögensvorteil bei einem Unternehmen verbleibt. Der Gesetzgeber beschränkte die Abschöpfung damals auf die Fälle missbräuchlicher Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen, da er diese als besonders gravierende Störungen des Wettbewerbs erachtete. Er wollte damit neben der Ahn-

¹ BGBl. I 1980, S. 1761.

dung der Ordnungswidrigkeit einen wirtschaftlichen Unrechtstatbestand im öffentlichen Interesse korrigieren. Die sogenannte Mehrerlösabschöpfung sollte die Fälle abdecken, bei denen zivilrechtliche Schadensersatzansprüche aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht geltend gemacht werden konnten.² Der Wirtschaftsausschuss des Bundestages betonte in seiner Beschlussempfehlung zu diesem Gesetzesentwurf die Schutzfunktion der Kartellbehörden für die von der missbräuchlichen Ausnutzung der Marktmacht betroffenen Verbraucher und Unternehmen. Die Regelungen zu Schadensersatz und Mehrerlösabschöpfung seien notwendig, um eine „Sanktionslücke“ zu schließen.³

Seit der 7. GWB-Novelle vom 1. Juli 2005 ist die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch die Kartellbehörde möglich, wenn Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift des GWB, gegen Artikel 101 oder 102 AEUV (vor dem 1. Juli 2013 Artikel 81 bzw. 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft) oder eine Verfügung des Bundeskartellamts verstoßen und dadurch einen Vorteil erlangt haben. Der wirtschaftliche Vorteil umfasst dabei nicht nur einen in Geld bestehenden Gewinn, sondern auch sonstige wirtschaftliche Vorteile, wie die Verbesserung der Marktposition.⁴ Die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils kann geschätzt werden (§ 34 Absatz 4 GWB).

Die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils ist subsidiär gegenüber

- Geldbußen, die ausdrücklich auch der Vorteilsabschöpfung und nicht nur der Ahndung dienen,
- individuellen Schadensersatzansprüchen,
- der Anordnung des Verfalls oder
- der Rückerstattung⁵.

Bei § 34 GWB handelt es sich um ein verwaltungsrechtliches, nicht um ein straf- oder bußgeldrechtliches Instrument. Das Bundeskartellamt kann den wirtschaftlichen Vorteil nach § 34 GWB auch abschöpfen, wenn es das (vorgeschaltete) Verfahren zur Ahndung des Kartellverstoßes nicht selbst geführt hat, sondern es von der Euro-

² Gesetzesbegründung zur 4. GWB-Novelle, BT-Drs. 8/2136 vom 27. September 1978, S. 26.

³ Beschlussempfehlung und Bericht des 9. Ausschusses für Wirtschaft vom 21. Februar 1980, BT-Drs. 8/3690, S. 28.

⁴ Lübbig in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 2, München 2008, § 34 Rn. 14.

⁵ Ergänzt durch die 8. GWB-Novelle mit Wirkung ab 1. Juli 2013, BGBl. Teil I 2013 vom 26. Juni 2013, S. 1738.

päischen Kommission oder von Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union durchgeführt worden ist.

Mit der 7. GWB-Novelle sollte die Abschöpfung als eigenständiges Instrument größere Bedeutung erhalten. Sie sollte sicherstellen, dass die durch Kartellverstöße erlangten Vorteile nicht beim „Täter“ verbleiben. Ziel war es, eine Abschreckungswirkung zu entfalten, die darauf beruht, dass der „Täter“ keine oder nur geringe Chancen sieht, dass er einen Gewinn, den er aus dem Kartellrechtsverstoß erlangt hat, dauerhaft behalten kann. Dazu sei es laut Gesetzesbegründung wichtig, dass die „Kartellrendite“ abgeschöpft wird. Im Regelfall sollten dies die Geschädigten durch die Geltendmachung von Schadensersatz erreichen. Das Gesetz sehe aber ergänzende Regelungen für den Fall vor, dass der Schaden durch den Geschädigten nicht geltend gemacht werde. Um zu vermeiden, dass in diesen Fällen die „Rendite“ aus dem Wettbewerbsverstoß bei den betreffenden Unternehmen verbleibe, würden die Möglichkeiten der Kartellbehörden zur Vorteilsabschöpfung deutlich erweitert. Dies habe Bedeutung insbesondere für die Fälle, in denen ein Ausgleich der entstandenen Schäden aus praktischen Gründen nicht möglich oder sinnvoll ist oder aus sonstigen Gründen unterbleibt.⁶

Das GWB wurde im Jahr 2012 erneut überarbeitet. Die Neufassung vom 26. Juni 2013 trat am 1. Juli 2013 in Kraft. Die Vorteilsabschöpfung wurde nicht grundlegend geändert. Es wurden redaktionelle Anpassungen sowie eine Folgeänderung aus der Einfügung von § 32 Absatz 2a GWB vorgenommen und die Regelungen zur Verjährung verbessert.

2.2 Vorteilsabschöpfung nach § 81 Absatz 5 GWB i. V. m. § 17 Absatz 4 OWiG

Neben der Abschöpfung nach § 34 GWB besteht die Möglichkeit, den wirtschaftlichen Vorteil gleichzeitig mit der Festsetzung der Geldbuße, also im Bußgeldverfahren, abzuschöpfen. Bis zur 7. GWB-Novelle hatten die Bußgelder sowohl Ahndungs- als auch Abschöpfungsfunktion. Dies ergab sich aus der Anwendung des § 17 Absatz 4 OWiG.

§ 81 Absatz 5 GWB ist mit der 7. GWB-Novelle als Sonderregelung zu § 17 Absatz 4 OWiG eingefügt worden. Demnach ist dieser mit der Maßgabe anzuwenden, dass der wirtschaftliche Vorteil auch durch die Geldbuße abgeschöpft wer-

⁶ Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs zur 7. GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 36.

den kann. Die Bestimmung macht aus der „Soll“-Vorschrift des § 17 Absatz 4 OWiG eine „Kann“-Vorschrift und ermöglicht so eine reine Ahndungsbuße. Der erzielte Vorteil ist nunmehr nur einer der möglichen Bemessungsfaktoren für Geldbußen, wird aber durch die Geldbuße nicht mehr zwingend abgeschöpft.⁷ Das Bundeskartellamt kann den wirtschaftlichen Vorteil aber auch wie bisher zusammen mit der Geldbuße abschöpfen. Zudem kann es außerhalb der straf- und bußgeldrechtlichen Sanktionen von den erweiterten Möglichkeiten des § 34 GWB Gebrauch machen.⁸

Der Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle hatte an der Vorschrift zur Bußgeldbemessung bis auf die Anpassung der Höchstsätze nichts geändert. Es sollte bei einer Zumessung basierend auf dem Mehrerlös aus dem ordnungswidrigen Verhalten bleiben.⁹ Bei reinen Ahndungsgeldbußen sollte sich die Buße um den Betrag mindern, der nach bisherigem Recht der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils diene.¹⁰ Wesentlich später im Gesetzgebungsverfahren hat sich der Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit des Deutschen Bundestages mit der Bußgeldzumessung beschäftigt.¹¹ Dies hat dazu geführt, dass der mehrerlösbezogene Bußgeldrahmen abgeschafft wurde und gemäß § 81 Absatz 4 Satz 2 GWB der im letzten Geschäftsjahr erzielte Gesamtumsatz des Unternehmens für die Bußgeldbemessung herangezogen wird.¹² Dadurch sollte sichergestellt werden, dass – in Anlehnung an die Bußgeldbemessung der Europäischen Kommission – bei schweren Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht ausreichend hohe und abschreckende Bußgelder gegen Unternehmen verhängt werden können.¹³ Die Ermittlung des Mehrerlöses sei mit erheblichen Unsicherheiten belastet gewesen. Die Rechtsprechung habe hohe Anforderungen an den Nachweis eines Mehrerlöses und an die für seine Schätzung erforderlichen Grundlagen gestellt, sodass im Zweifel auch bei schweren Fällen nur ein Rückgriff

⁷ Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs der 7. GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 42.

⁸ Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs der 7. GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 42.

⁹ Das Bußgeld gegen Unternehmen konnte nach dem Mehrerlös, den die Unternehmen durch den Kartellrechtsverstoß erlangt hatten, bemessen werden. So waren Bußgelder bis zur Höhe des dreifachen Mehrerlöses zulässig.

¹⁰ Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs der 7. GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 42.

¹¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drs. 15/5049 vom 9. März 2005.

¹² Als relativer Höchstbetrag ist statt des dreifachen Mehrerlöses nunmehr bei Geldbußen gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zur Anpassung an die Regelungen der Europäischen Kommission ein Betrag bis zur Höhe von 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes zugelassen.

¹³ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drs. 15/5049 vom 9. März 2005, S. 50.

auf den Regelbußgeldrahmen möglich gewesen sei.¹⁴ Der Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit stellte sich im Übrigen nicht gegen die vorgesehenen Möglichkeiten der Vorteilsabschöpfung und deren Erweiterung.

3 Regelungen des Bundeskartellamts

Mit der 7. GWB-Novelle wurde das Bundeskartellamt ermächtigt, allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung seines Ermessens bei der Bemessung der Geldbußen festzulegen (§ 81 Absatz 7 GWB). Es hat hierzu

- die Bekanntmachung Nummer 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Absatz 4 Satz 2 GWB gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – Bußgeldleitlinien – vom 15. September 2006 (im Folgenden: Bußgeldleitlinien 2006) und
- die Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 25. Juni 2013 (im Folgenden: Bußgeldleitlinien 2013),

veröffentlicht.

In den Bußgeldleitlinien stellt das Bundeskartellamt die Kriterien dar, die es der Bemessung seiner Geldbußen für sogenannte schwere Kartellordnungswidrigkeiten¹⁵ zugrunde legt. Die Bußgeldleitlinien gelten nur für den ahndenden Teil der Geldbuße.¹⁶ Das Bundeskartellamt behält sich ausdrücklich vor, neben der Ahndung durch die Geldbuße die Vorteile aus der Tat im Rahmen des Bußgeldverfahrens oder eines gesonderten Verfahrens gemäß §§ 32, 34 GWB zu entziehen.¹⁷ Die Bußgeldleitlinien 2006 sahen in Ziffer 22 vor, dass das Bundeskartellamt „im Rahmen des Bußgeldverfahrens oder eines gesonderten Verfahrens (§ 34 GWB) den wirtschaftlichen Vorteil im Sinne des § 17 Absatz 4 OWiG“ abschöpfen kann. Bei einer Abschöpfung im Rahmen des Bußgeldverfahrens könne die Geldbuße gemäß § 17 Absatz 4 Satz 2 OWiG den Höchstbetrag¹⁸ überschreiten.¹⁹

¹⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drs. 15/5049 vom 9. März 2005, S. 50.

¹⁵ Ordnungswidrigkeiten nach § 81 Absatz 1, Absatz 2 Nummern 1 und 2a) und Absatz 3 GWB.

¹⁶ Ziffer 1 der Bußgeldleitlinien 2013.

¹⁷ Ziffer 17 der Bußgeldleitlinien 2013.

¹⁸ Bei Geldbußen gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen 10 % von deren weltweitem Gesamtumsatz im vorangegangenen Geschäftsjahr.

¹⁹ Ziffer 22 der Bußgeldleitlinien vom 15. September 2006.

4 Vorteilsabschöpfung durch das Bundeskartellamt

4.1 Feststellungen

Das Bundeskartellamt hat bisher keine Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB vorgenommen. Unter der Rechtslage vor der 7. GWB-Novelle hatte es in drei Fällen den Vorteil (Mehrerlös) im Bußgeldverfahren nach § 17 Absatz 4 OWiG abgeschöpft.

Das Bundeskartellamt begründete die fehlende Vorteilsabschöpfung damit, dass es sehr aufwendig sei, die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils gerichtsfest zu ermitteln. Im Übrigen liege der Schwerpunkt des Bundeskartellamts auf der Abschreckungswirkung seiner Tätigkeit, die durch die Aufdeckung vieler Kartelle und die Ahndung durch Geldbußen in ausreichendem Maße erreicht werde. Mit der Änderung der Bußgeldzumessung vom Mehrerlös zu einem umsatzbezogenen Zumessungskriterium habe der Gesetzgeber ein effizienteres Mittel zur Verfügung gestellt, welches bei entsprechender Bußgeldhöhe und Öffentlichkeitswirkung einen mindestens gleichwertigen Abschreckungseffekt erziele. Generalpräventive Wirkungen seien eher durch eine höhere Aufdeckungs- und Aufklärungsquote zu erzielen, als durch besonders hohe Strafen gegenüber einzelnen Tätern. Studien, die dies belegen, gibt es bisher nicht.

Das Bundeskartellamt sah bei der Anwendung des § 34 GWB mehrere Problemfelder.

- Die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils müsste in den meisten Fällen eigens für das Abschöpfungsverfahren ermittelt werden. Dies sei je nach Art des Verstoßes sehr schwierig, insbesondere, wenn er gerichtsfest nachgewiesen oder geschätzt werden solle. Die Geschehnisse, wie sie sich infolge des Kartellverstoßes gestaltet haben, müssten mit einem rein hypothetischen Alternativszenario verglichen werden. Dafür sei die empirische Isolation der Auswirkungen des teilweise jahrelangen Verstoßes auf Größen wie Umsatz, Gewinn, Preise und Mengen erforderlich. Erforderlich sei zudem eine hinreichende Datenbasis. Die entsprechenden Daten würden im Zuge des Verfahrens zum Nachweis des Verstoßes nicht benötigt und müssten separat und unter Einsatz hoheitlicher Ermitt-

lungsbefugnisse und erheblichen Ressourcenaufwands von den Unternehmen zwecks Durchführung der Abschöpfung beschafft werden.

In der Vergangenheit (bei Verfahren unter Anwendung der Rechtslage vor der 7. GWB-Novelle) hätte die Rechtsprechung zudem hohe Anforderungen an die Ermittlung des Mehrerlöses in Kartellbußgeldverfahren gestellt. Es sei zu erwarten, dass die gleichen hohen Maßstäbe auch an die Schätzung eines wirtschaftlichen Vorteils anlegt würden.

- Zusätzlich zu den Schwierigkeiten bei der Benennung des wirtschaftlichen Vorteils sei es nicht immer einfach, das gemäß § 34 GWB erforderliche Verschulden nachzuweisen, so beispielsweise in Verfahren wegen Preishöhenmissbrauchs. Im Gesetzgebungsverfahren hatte sich das Bundeskartellamt ohne Erfolg dafür ausgesprochen, das Verschuldenserfordernis bei § 34 GWB zu streichen.
- Die Subsidiarität der Abschöpfung sei ein weiterer Grund gegen die Anwendung des § 34 GWB. So würden zivilrechtliche Schadensersatzklagen zunehmen. In diesen Fällen die behördliche Abschöpfung vorzunehmen sei nicht angezeigt, da nur der den geleisteten Schadensersatz übersteigende Vorteil abgeschöpft werden könne und ggf. der abgeschöpfte Betrag in Höhe des Schadensersatzes wieder an das Unternehmen zurückerstattet werden müsste. Trotz des großen Aufwands, den das Bundeskartellamt für die Berechnung von Abschöpfungsbeträgen im Bußgeldverfahren oder nach § 34 GWB leisten müsste, verbliebe so im Ergebnis kein Ertrag für die Bundeskasse. Zudem müsste das Bundeskartellamt vor einer Rückerstattung durch weitere Ermittlungen verifizieren, dass Schadensersatz tatsächlich geleistet wurde.
- Auch die bis zur 8. GWB-Novelle geltende Verjährungsregelung habe angesichts der üblichen Dauer von Ermittlungsverfahren in Kartellsachen die erfolgreiche Durchführung von Abschöpfungsverfahren erschwert, da die eigenen Ermittlungen grundsätzlich nicht zu einer Verlängerung der Verjährungsfrist geführt hätten.

Die Vorteilsabschöpfung sowohl nach § 34 GWB als auch nach § 81 GWB liegt im Ermessen des Bundeskartellamts. Es lege dar, dass spezial- und generalpräventive Gesichtspunkte zwar generell für ein Abschöpfungsverfahren sprechen, da illegales Verhalten sich nicht lohnen sollte. Dennoch hätten der oben dargestellte hohe Aufwand, der für die Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils notwendig sei,

die Subsidiarität der Vorteilsabschöpfung und die umsatzbezogene Ahndungsgeldbuße als effizienteres Mittel zur Abschreckung bisher dazu geführt, das Abschöpfungsverfahren nach § 34 GWB als unzweckmäßig anzusehen und daher von der Abschöpfung abzusehen.

Nach Auffassung des Bundeskartellamts dürfen fiskalische Erwägungen nicht von tragendem Belang für die Ermessensausübung sein. Im Übrigen sei jedoch auch diesem Aspekt durch eine höhere Zahl von Bußgeldverfahren besser gedient als durch Abschöpfungsverfahren nach § 34 GWB zur Vertiefung der Sanktionswirkung bereits durch Bußgelder sanktionierter Verstöße.

In den vom Bundesrechnungshof eingesehenen Bußgeldbescheiden seit dem Jahr 2008 stellte das Bundeskartellamt jeweils in einem kurzen Absatz dar, dass es sein Ermessen nach § 81 Absatz 5 GWB i. V. m. § 17 OWiG dahingehend ausübe, dass es keine Vorteilsabschöpfung vornehme. Grund seien die erheblichen Schwierigkeiten bei der Ermittlung eines wirtschaftlichen Vorteils. Weitere Begründungen fanden sich nicht.

Um das Bußgeld zu bemessen, muss das Bundeskartellamt nach seinen Bußgeldleitlinien u. a. den tatbezogenen Umsatz ermitteln. In Ziffer 4 der Bußgeldleitlinien 2013 (ähnlich in den Bußgeldleitlinien 2006) führt das Bundeskartellamt dazu aus:

„Neben der Berücksichtigung der Ahndungsempfindlichkeit des Unternehmens muss die Sanktion in Bezug zu weiteren tat- und täterbezogenen Umständen angemessen und auch unter spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten zu rechtfertigen sein. Insbesondere soll die Sanktion nicht außer Verhältnis zu den Möglichkeiten stehen, durch die konkrete Tat Vorteile im Wettbewerb zu erzielen und für Dritte bzw. die Volkswirtschaft insgesamt Nachteile zu bewirken (im Folgenden: Gewinn- und Schadenspotential). Das Gewinn- und Schadenspotential lässt sich aus dem mit den Produkten bzw. Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, während des Tatzeitraums erzielten Inlandsumsatz des Unternehmens ableiten (im Folgenden: tatbezogener Umsatz).“

Tatbezogener Umsatz ist der mit den Produkten bzw. Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, während des gesamten Tatzeitraums

erzielte Inlandsumsatz des Unternehmens. Soweit aufgrund der Art der Zuwiderhandlung oder eines planwidrigen Tatverlaufs kein entsprechender Umsatz erzielt wurde, werden die Umsatzerlöse zugrunde gelegt, die ohne die Zuwiderhandlung oder ohne den planwidrigen Tatverlauf vermutlich erzielt worden wären.²⁰

Daten, anhand derer es gezielt den wirtschaftlichen Vorteil von Kartellanten aus deren wettbewerbswidrigem Verhalten feststellen oder zumindest – ggf. mit einem Mindestbetrag – schätzen könnte,²¹ erhob das Bundeskartellamt nicht. Es verfügte über keine vollständigen Informationen über zivilrechtliche Schadensersatzleistungen aus Kartellordnungswidrigkeiten und Abschöpfungen durch Verbände. Das Bundeskartellamt hat zwar in privaten Rechtsstreitigkeiten über Schadensersatz nach § 90 GWB Beteiligungsrechte.²² Es wird von den Gerichten über zivilrechtliche Streitigkeiten aus Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht informiert (§ 90 Absatz 1 i. V. m. § 87 Absatz 1 GWB). Die Daten nutzte es aber nicht, um zu entscheiden, in welchen Fällen es selbst die Vorteilsabschöpfung vornehmen sollte. Vielmehr stützte es sich hierfür nach eigenen Angaben in der Regel auf den entsprechenden Vortrag potenziell Geschädigter, die Akteneinsichtsansprüche zur Vorbereitung oder Unterstützung von Schadensersatzklagen stellen. Dies war jedoch nicht dokumentiert.

Ähnlich ist die Situation bei Geldbußen, die die Europäische Kommission und die Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedsstaaten der Europäischen Union verhängen. Das Bundeskartellamt hatte keine umfassenden Informationen über die Betroffenheit von deutschen Unternehmen durch solche Verfahren. Die Bußgelder der Europäischen Kommission enthalten nach herrschender Ansicht keinen Abschöpfungsanteil. Wie die rechtliche Lage und die tatsächliche Verfahrensweise zur Abschöpfung von Vorteilen in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind, hat der Bundesrechnungshof nicht erhoben. Auch aus solchen Verfahren kann Raum für Abschöpfungen durch das Bundeskartellamt entstehen.

4.2 Würdigung und Empfehlungen

Der Bundesrechnungshof hat darauf hingewiesen, der Gesetzgeber habe mit der Ausweitung der Abschöpfungsmöglichkeiten durch die 7. GWB-Novelle sicherstel-

²⁰ Ziffer 11 der Bußgeldleitlinien 2013.

²¹ Z. B. geschädigte Abnehmer oder Grundlagen zur Berechnung von Mehreinnahmen/-gewinn aus den Wettbewerbsverstößen.

²² Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2011/2012 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung (BT-Drs. 17/13675), S. 42.

len wollen, dass die durch Kartellverstöße erlangten Vorteile nicht beim „Täter“ verbleiben, und dadurch die Abschreckungswirkung erhöht werden sollte. Der Gesetzgeber habe zwar durch die Entkoppelung von Ahndung und Vorteilsabschöpfung bei der Geldbuße die Bußgeldbemessung vereinfacht. Das bedeute jedoch nicht, dass auf die Vorteilsabschöpfung in der Regel verzichtet werden sollte. Die Gesetzesbegründung zeige vielmehr, welch große Bedeutung der Vorteilsabschöpfung zugemessen worden ist. Insbesondere dürfe nicht unter Hinweis auf einen hohen Ermittlungsaufwand oder die spätere Verpflichtung zur Rückerstattung gänzlich von einer Anwendung der Vorschrift abgesehen werden, da dadurch die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele nicht erreicht werden könnten.

Für eine Verengung der Durchsetzung des Kartellverbots allein auf eine große Anzahl an Bußgeldverfahren und die Festsetzung hoher Geldbußen hat der Bundesrechnungshof keine gesetzliche Grundlage gesehen. Zwar handele es sich bei der Entscheidung für oder gegen die Vorteilsabschöpfung um eine Ermessensentscheidung. Das Ermessen müsse jedoch ausgeübt werden. Dies fehle gänzlich, wenn das Bundeskartellamt sich dafür entscheide, der Ahndung von Kartellverstößen den Vorzug zu geben.

Zusätzlich hat der Bundesrechnungshof darauf hingewiesen, dass die größere Abschreckungswirkung von Bußgeldverfahren nicht belegt werden könne. Eine Untersuchung des Bruegel-Instituts zur Abschreckungswirkung der Kartellgeldbußen der Europäischen Kommission habe ergeben, dass die Geldbußen für eine bedeutende Zahl von Kartellen keine vollständige Abschreckung erreichten. Dies liege zum Teil daran, dass Geldbußen vielfach erheblich unter den Obergrenzen des Bußgeldrahmens und hinter den Gewinnen aus den Kartellen zurückblieben, weil sie aus den verschiedensten Gründen, z. B. Kronzeugenregelungen, reduziert würden. Eine optimale Abschreckung werde bei Geldbußen erwartet, die das 6,7fache der Gewinne aus den Wettbewerbsverstößen ausmachen.²³

Der Bundesrechnungshof hat beanstandet, dass die Einlassung des Bundeskartellamts, es würde dem Bundeshaushalt durch eine höhere Zahl von Bußgeldverfahren mehr Einnahmen bringen als durch Abschöpfungsverfahren, nicht belegt ist. Presseverlautbarungen zu einigen Kartellverfahren ließen vermuten, dass die wirtschaft-

²³ Mario Mariniello, Do European Union Fines Deter Price Fixing? in: bruegelpolicybrief Ausgabe 2013/04 aus Mai 2013, abrufbar über <http://www.bruegel.org/publications/publication-detail/publication/780-do-european-union-fines-deter-price-fixing/>.

lichen Vorteile die Geldbußen bei Weitem übersteigen.²⁴ Da in den dort genannten Fällen die Verbraucher geschädigt waren und ihren Schaden wahrscheinlich nicht geltend machen, liege es nahe, dass sich die Kartelle mangels Abschöpfung trotz der Bußgelder „gelohnt haben“. Schätzungen, z. B. zum Kaffeerösterkartell, gingen von einem etwa dreißigmal höheren wirtschaftlichen Vorteil im Vergleich zum verhängten Bußgeld aus. Zwar werde hier eingewandt, dass der wirtschaftliche Vorteil nicht nach den Regelungen des GWB beziffert worden sei. Aber selbst wenn er nur ein Bruchteil davon wäre, handelte es sich immer noch um eine beträchtliche Summe, die ggf. zu so hohen Einnahmen führen könnte, wie mehrere Bußgeldverfahren zusammen. Die pauschale Ablehnung der Vorteilsabschöpfung hat der Bundesrechnungshof daher nicht für gerechtfertigt gehalten.

Die Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes enthielten zwar einen Hinweis auf die Vorteilsabschöpfung. In den vom Bundesrechnungshof eingesehenen Bescheiden handelte es sich dabei jedoch um eine standardisierte Ablehnung der Vorteilsabschöpfung unter Hinweis auf die damit verbundenen Schwierigkeiten. Der Bundesrechnungshof hat darauf hingewiesen, dass das Ermessen in jedem Einzelfall ausgeübt und dokumentiert werden müsse. Eine Ermessensausübung im Einzelfall müsse eine Abwägung enthalten, die die konkret vorhandenen Daten und daraus folgend die Möglichkeiten und Aufwände für eine Abschöpfung beleuchte. Dabei sei auch zu berücksichtigen, inwieweit wirtschaftliche Vorteile anderweitig bereits entzogen worden seien oder dieser Entzug noch zu erwarten sei. Der Umfang, in dem Schadensersatzforderungen an Kartellanten zu erwarten seien, hänge auch von den Möglichkeiten der Geschädigten ab, Erkenntnisse für die Durchsetzung ihrer Ansprüche aus den Verfahren des Bundeskartellamtes und anderen Wettbewerbsbehörden zu erlangen. Diese Erkenntnismöglichkeiten seien in Abhängigkeit von den Umständen der Tat und der Art des Verfahrensabschlusses unterschiedlich. Der Verweis des Bundeskartellamtes zur Abschöpfung auf den zivilrechtlichen Schadensersatz greife insoweit nicht, als den Geschädigten vielfach die Grundlagen fehlten, diesen geltend zu machen. Im Übrigen berücksichtige diese Argumentation

²⁴ Z. B. Bierkartell Geldbußen 338 Mio. Euro, geschätzter Schaden für die Verbraucher pro Jahr 400 Mio. Euro, Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 2. April 2014, FAZ vom 21. Januar 2014; Kaffeeröster: Geldbußen 160 Mio. Euro, geschätzter Schaden für die Verbraucher insgesamt rund 4,8 Mrd. Euro, Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 21. Dezember 2009, SpiegelOnline vom 22. Dezember 2009.

nicht, dass der wirtschaftliche Vorteil begrifflich mehr umfassen könne als den Schaden, der anderen entstanden ist, und daher durchaus Schadensersatzansprüche übersteigen könne.

Der Bundesrechnungshof hat angemerkt, dem Bundeskartellamt sei zudem weitgehend nicht bekannt gewesen, ob im Einzelfall tatsächlich Schadensersatz gefordert worden sei oder werde. Der allgemeine Hinweis auf die grundsätzliche Zunahme von Schadensersatzklagen sei nicht ausreichend, um von der Vorteilsabschöpfung abzu-
sehen. Um mehr Informationen darüber zu erlangen, könne das Bundeskartellamt beispielsweise prüfen, inwiefern es möglich wäre, von den betroffenen Unternehmen selbst Auskunft über ihre Inanspruchnahme durch Geschädigte zu erlangen. Zusammen mit den Informationen der Gerichte über Schadensersatzklagen und den Angaben Geschädigter in Akteneinsichtsverfahren bekäme das Bundeskartellamt auf diese Weise einen besseren Überblick über die Inanspruchnahme der Unternehmen. Möglich sei, dass ein Unternehmen, das einen Kartellverstoß begangen hat, von den Geschädigten nicht in Anspruch genommen werde. Dies sollte das Bundeskartellamt dann – auch aus Gründen der Gleichbehandlung – dazu veranlassen, den Vorteil selbst abzuschöpfen.

Die Tatsache, dass der abgeschöpfte Vorteil unter Umständen wieder ausgekehrt werden müsse, obwohl das Bundeskartellamt ihn mit viel Aufwand ermittelt und eingetrieben habe, dürfe ebenfalls kein Grund dafür sein, die Vorschrift nicht anzuwenden. Der Bundesrechnungshof hat darauf hingewiesen, dass dies vom Gesetzgeber so vorgesehen und umzusetzen sei.

Zur Bußgeldbemessung benötigt das Bundeskartellamt verschiedenste Daten, z. B. zum tatbezogenen Umsatz. Zwar entspricht der tatbezogene Umsatz regelmäßig nicht dem wirtschaftlichen Vorteil. Der Vorteil, der aus Kartellvergehen erzielt wurde, ist jedoch von zentraler Bedeutung für den Schuldumfang und die Bußgeldbemessung und muss daher mit berücksichtigt werden.²⁵ Der Bundesrechnungshof hat es demnach für durchaus vorstellbar gehalten, dass das Bundeskartellamt aus seinen Daten mit vertretbarem Aufwand Werte zumindest zur näherungsweisen Bemessung des wirtschaftlichen Vorteils oder seines Mindestbetrages entwickeln kann. Es könne zudem prüfen, ob es bereits im Bußgeldverfahren weitere Daten erheben könnte, die für die Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils relevant sind. Ausreichend sei nach

²⁵ Rolf Raum, Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht - Viele Wege zu einem Ziel, in: Festschrift für Günther Hirsch zum 65. Geburtstag, München, 2008, S. 308, 309.

§ 34 Absatz 4 GWB eine Schätzung des wirtschaftlichen Vorteils. Die Anforderungen an die Schätzung des wirtschaftlichen Vorteils nach der 7. GWB-Novelle – insbesondere im Verwaltungsverfahren – müssten nicht zwingend denen entsprechen, die die Rechtsprechung bisher für die Feststellung des Mehrerlöses im Ordnungswidrigkeitsverfahren entwickelt habe. Wenn das Bundeskartellamt jedoch per se keine Vorteilsabschöpfung vornehme, werde sich keine Möglichkeit ergeben, die Maßstäbe der Rechtsprechung dazu kennenzulernen.

Der Bundesrechnungshof hat gebeten, unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens zu prüfen, inwieweit es möglich sei, den Vorteil mit angemessenem Aufwand zu ermitteln und Erkenntnisse über die Vorteilsabschöpfung durch andere zu gewinnen. Er hat vorgeschlagen, von den Kartellanten eine Erklärung mit Angaben über den Umfang des bereits geleisteten Schadensersatzes und anhängige Forderungen in Zusammenhang mit dem Kartell anzufordern. Zudem hat er gefordert, bei der Ermessensausübung solle das Bundeskartellamt alle relevanten Kriterien würdigen und gegeneinander abwägen sowie die Entscheidung dokumentieren.

4.3 Stellungnahme des Bundeswirtschaftsministeriums

Das Bundeswirtschaftsministerium hat betont, die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils sei eine Ermessensentscheidung des Bundeskartellamtes. Aus dem Willen des Gesetzgebers ergebe sich keine generelle Verengung des Ermessens auf eine bestimmte Handlungsoption. Ziel der 7. GWB-Novelle sei gewesen, eine Abschreckungswirkung zu entfalten. Dieses Kriterium finde in der Ermessensausübung des Bundeskartellamts stets Berücksichtigung.

Es gebe beim Bundeskartellamt keine generelle Entscheidung gegen die Anwendung des § 34 GWB. Die Entscheidungen gegen eine Abschöpfung seien immer im Einzelfall unter Abwägung aller relevanten Kriterien getroffen worden. Insbesondere sei die Bonusregelung keine generelle Entscheidung gegen die Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB. Sie ordne lediglich einen „Gleichlauf von Bußgeld und Abschöpfung“ an. Dies sei unverzichtbar, um vor dem Hintergrund des hohen Risikos zivilrechtlicher Schadenersatzklagen einen hinreichend starken Anreiz für die Anzeige von Kartellen zu setzen.

Das Bundeswirtschaftsministerium hat an seiner Auffassung festgehalten, dass in aller Regel allein durch die Bemessung des Ahndungsbußgeldes nach den gesetzlichen Zumessungskriterien verhindert werde, dass sich Kartelle dadurch wirtschaft-

lich lohnen, dass den Unternehmen Teile der Kartellrendite belassen werden. Dies sei durch die forensische Erfahrung des Bundeskartellamts belegt. Aufgedeckte Kartelle „lohten“ sich daher nicht. Einer Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit sei der Vorzug vor einer weiteren Vertiefung der Sanktionierung im Einzelfall durch Vorteilsabschöpfung zu geben.

Das Bundeswirtschaftsministerium hat ausgeführt, das Bundeskartellamt werde „in geeigneten Fällen“ ergänzende Erwägungen zur flankierenden Durchführung von Verfahren nach § 34 GWB anstellen und dokumentieren. Geeignete Fälle seien solche, in denen das Bundeskartellamt ausnahmsweise Zweifel haben müsse, ob von den verhängten Bußgeldern eine hinreichende general- und spezialpräventive Wirkung ausgehe, was bei den gesetzlichen Zumessungskriterien nur selten der Fall sei. Als Beispiele hat das Bundeswirtschaftsministerium unzureichende Anknüpfungspunkte für die Haftung der Gesellschaft und Gestaltungen genannt, mit der sich Unternehmen der Sanktionierung entziehen. Verfahren nach § 34 GWB seien dann angebracht, wenn Zweifel daran bestünden, dass ein verhängtes Bußgeld den Verstoß hinreichend ahnde. In solchen Fällen werde das Bundeskartellamt prüfen, ob sich das Durchsetzungsdefizit hinsichtlich des Bußgeldes durch die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils nach § 34 GWB begrenzen lasse.

4.4 Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Der Bundesrechnungshof sieht es als unstreitig an, dass die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils eine Ermessensentscheidung des Bundeskartellamtes ist. Unstreitig ist auch das Ziel der 7. GWB-Novelle, eine Abschreckungswirkung dadurch zu entfalten, dass der Täter keine oder nur eine geringe Möglichkeit sieht, einen kartellbedingten Gewinn dauerhaft zu behalten. § 34 GWB ist neben der Festsetzung von Geldbußen und Schadensersatz ein Instrument, um dieses Ziel zu erreichen.

Die Geldbuße dient der Ahndung eines Fehlverhaltens, die Vorteilsabschöpfung hingegen ist ein Mittel zur „Entreicherung“ unrechtmäßig erworbener wirtschaftlicher Vorteile. Der Bundesrechnungshof teilt daher die Auffassung des Bundeswirtschaftsministeriums nicht, § 34 GWB sei eine flankierende Maßnahme zum Bußgeldverfahren. Er erkennt nicht, dass es gute Gründe geben kann, von der Abschöpfung abzusehen. Dabei soll das Ermessen des Bundeskartellamtes auch nicht auf die Durchführung der Abschöpfung „verengt“ werden. Er sieht es allerdings nicht als hinreichend belegt an, dass allein eine hohe Zahl von Bußgeldverfahren und hohe

Geldbußen die beste präventive Wirkung zum Schutz des Wettbewerbs entfalten. Die Festsetzung von ahndenden Geldbußen steht neben dem Entzug der Kartellrendite im Wege der Abschöpfung, soweit dies nicht durch Schadenersatzleistungen geschieht. Das Bundeswirtschaftsministerium hat nicht dargelegt, dass konkrete Überlegungen vorliegen, um die Hinderungsgründe für die Anwendung des § 34 GWB abzubauen. Auf die Vorschläge des Bundesrechnungshofes ist es nicht eingegangen.

Die vom Bundeswirtschaftsministerium für die Anwendung des § 34 GWB als geeignet angesehenen Sachverhalte sind solche, bei denen Zweifel an der hinreichenden Sanktionierung durch Ahndungsbußen bestehen. Der Bundesrechnungshof weist ausdrücklich darauf hin, dass die hinreichende Sanktionierung von Kartellverstößen allein durch das Bußgeldverfahren abgedeckt werden muss. Die Vorteilsabschöpfung dient nicht dazu, Unzulänglichkeiten bei den Ahndungsgeldbußen auszugleichen. Der Bundesrechnungshof hält solche Fälle für die Anwendung des § 34 GWB geeignet, bei denen zweifelhaft ist, ob der wirtschaftliche Vorteil vollständig durch zivilrechtlichen Schadenersatz abgeschöpft worden ist bzw. werden wird. Den Zusammenhang zwischen Schadenersatz und Abschöpfung sieht zwar auch das Bundeswirtschaftsministerium und weist auf die starke Zunahme zivilrechtlicher Schadenersatzklagen hin. Es erkennt jedoch Fälle, in denen Schadenersatzansprüche letztlich nicht erfolgreich durchgesetzt werden können, nicht als einschlägig für Verfahren nach § 34 GWB.

Durch die Bonusregelung hat sich das Bundeskartellamt dahingehend gebunden, dass es bei einer Reduzierung der Geldbuße entsprechend die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils – sofern es diese überhaupt in Erwägung zieht – reduziert. Diese Regelung nimmt ihm die Möglichkeit weiterer Ermessenserwägungen. Für diese Fälle hat es nach Auffassung des Bundesrechnungshofes somit eine generelle Entscheidung getroffen, die die Vorteilsabschöpfung im Gleichlauf zur Bußgelder-mäßigung ausschließt.

Der Bundesrechnungshof hält es für erforderlich, dass sich das Bundeskartellamt in jedem Fall mit der Frage der Vorteilsabschöpfung befasst, das Ermessen pflichtgemäß ausübt und seine Entscheidung dokumentiert. Die Einschätzung, welche Fälle für die Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB geeignet sind, hält er für nicht sachgerecht.

5 Gesetzesfolgenabschätzung

5.1 Feststellungen

Werden neue gesetzliche Regelungen eingeführt, so muss das Bundeswirtschaftsministerium im Rahmen einer Ex-post-Evaluierung beobachten, ob die damit verfolgten Ziele auch erreicht werden. Ex-post-Evaluierungen sind Bestandteil der Gesetzesfolgenabschätzung im weiteren Sinne.

In der Gesetzesbegründung zur 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 war – ausgehend von §§ 43 Absatz 1 Nummer 5, 44 Absatz 7 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien – ein Kapitel „Evaluierung“ enthalten. Dort hieß es: „Mit der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden und durch Verbände und Einrichtungen werden neugestaltete Instrumente zur Abschöpfung der „Kartellrendite“ geschaffen. Die Bundesregierung wird daher verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2008 den gesetzgebenden Körperschaften über die Erfahrungen mit diesen Regelungen zu berichten und bei Bedarf gesetzgeberische Vorschläge zu machen. Auch darüber hinausgehend wird die Bundesregierung die Auswirkungen der Gesetzesnovelle sorgfältig beobachten und – wie nach den vergangenen GWB-Novellen auch – erforderlichenfalls Änderungen vorschlagen.“²⁶

Das Bundeswirtschaftsministerium hatte die geforderten Erfahrungsberichte nicht vorgelegt. Bei der 8. GWB-Novelle in den Jahren 2012 und 2013 hatte es sich damit nicht befasst. Es hatte keine Maßnahmen ergriffen, um zu prüfen, warum die Regelungen zur Vorteilsabschöpfung ihr Ziel nicht erreichen, und ggf. Änderungen auf den Weg zu bringen.

Dem Bundeswirtschaftsministerium war bekannt, dass das Bundeskartellamt den wirtschaftlichen Vorteil bei den Unternehmen nicht abschöpft. Es war sich nach eigenen Angaben bewusst, dass die Regelungen dazu ins Leere laufen. Es verwies darauf, dass durch die geplante neue EU-Richtlinie zum Schadensersatz,²⁷ durch die die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen vereinfacht werden soll, der § 34 GWB noch mehr an Bedeutung verlieren werde.

²⁶ Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs der 7. GWB-Novelle, BT-Drs 15/3640 vom 12. August 2004, S. 43.

²⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union vom 11. Juni 2013, COM (2013) 404, 2013/0185 (COD); Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. April 2014, (COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD)).

Das Bundeswirtschaftsministerium bestätigte die Darstellung des Bundeskartellamts, dass die Vorteilsabschöpfung gegenüber der Kartellaufdeckung und Bebußung der Verstöße nachrangig sei. Diese Tendenz werde sich durch die vermehrte Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen noch verstärken. Auch das Bundeswirtschaftsministerium war der Überzeugung, dass die hohen Bußgelder abschreckend wirken, auch wenn das durch Studien nicht belegt sei. § 34 GWB sollte dennoch nicht abgeschafft werden, da er als „Drohmittel“ in Bußgeldverfahren dienen könne. Zudem würde seine Abschaffung ein falsches Signal an die Verbraucherschutzverbände senden.

5.2 Würdigung und Empfehlungen

Die Regelungen zur Vorteilsabschöpfung wurden vom Bundeskartellamt nicht angewendet und ihre beabsichtigten Wirkungen wurden daher nicht erreicht. Der Bundesrechnungshof hat beanstandet, dass dies dem Bundeswirtschaftsministerium bekannt war. Anstatt es hinzunehmen, hätte das Bundeswirtschaftsministerium hinterfragen müssen, was die Gründe dafür sind. Es hätte untersuchen müssen, welche Änderungen notwendig wären, um den Willen des Gesetzgebers zu erfüllen. Im Rahmen der 8. GWB-Novelle wäre Raum gewesen, die Probleme, die die Vorteilsabschöpfung sowohl nach § 34 GWB als auch nach § 81 Absatz 5 GWB i. V. m. § 17 Absatz 4 OWiG mit sich bringen, dem Parlament darzulegen und Lösungsmöglichkeiten zu diskutieren. Der Bundesrechnungshof hat ausgeführt, es könne letztlich nicht sein, dass eine Norm aus guten Gründen geschaffen und dann nie angewendet werde.

Auch das stillschweigende Akzeptieren der Strategie des Bundeskartellamts, statt den Vorteil abzuschöpfen die Ressourcen für mehr Bußgeldverfahren zu nutzen, hat der Bundesrechnungshof angesichts der gesetzlichen Regelungen, des fehlenden Nachweises der höheren Abschreckungswirkung und der Möglichkeit zusätzlicher Bundeseinnahmen für nicht hinnehmbar gehalten.

Er hat dem Bundeswirtschaftsministerium empfohlen, sich umgehend damit auseinanderzusetzen, wie mit der Nichtanwendung der Vorschrift auf Dauer umzugehen sei. Er hat vorgeschlagen, gemeinsam mit dem Bundeskartellamt zu diskutieren, ob und wie man den Willen des Gesetzgebers mit vertretbarem Aufwand erfüllen könne. Dazu müsste das Bundeswirtschaftsministerium ggf. für zusätzliche Ressourcen sorgen oder hinnehmen, dass im Gegenzug zur Vorteilsabschöpfung möglicherweise weniger Bußgeldverfahren durchgeführt werden.

Das Ergebnis dieser Erörterungen könne sein, dass die Vorschriften zur Vorteilsabschöpfung trotz der großen Erwartungen, mit denen sie in das Gesetz eingebracht worden sind, nicht handhabbar sind. Für diesen Fall hat der Bundesrechnungshof empfohlen, dies dem Parlament zu berichten und ggf. eine Änderung oder Aufhebung der Vorschriften zu erwirken.

5.3 Stellungnahme des Bundeswirtschaftsministeriums

Das Bundeswirtschaftsministerium hat darauf verwiesen, dass sich seit der Neufassung des § 34 GWB durch die 7. GWB-Novelle mit der Erhöhung des Bußgeldrahmens und der Zunahme von Schadensersatzforderungen das Umfeld verändert habe. Dies sei bei der Neufassung des § 34 GWB so für den Gesetzgeber nicht absehbar gewesen. Zudem bestehe derzeit eine wettbewerbspolitische Umbruchphase. Auf europäischer Ebene stünden durchgreifende Änderungen des Rechtsrahmens hin zu einer weiteren Fokussierung auf die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch zivilrechtlichen Schadensersatz an, die auch in Deutschland umzusetzen seien.

Angesichts einer innerhalb der nächsten zwei Jahre zu erwartenden GWB-Novelle, bei der auch die Regelung des § 34 GWB in den Blick genommen werde, sei eine Änderung des § 34 GWB derzeit nicht sachdienlich. Abgeschafft werden solle er hingegen ebenfalls nicht. Dies würde ein negatives wettbewerbliches Signal senden. Auch wenn die Bedeutung des § 34 GWB gering sei, könne er im Einzelfall Defizite in der Sanktionierung ausgleichen. Er solle bis auf weiteres beibehalten werden.

5.4 Abschließende Bewertung des Bundesrechnungshofes

Der Bundesrechnungshof erwartet, dass das Bundeswirtschaftsministerium den § 34 GWB hinsichtlich seiner Anwendbarkeit und Wirkung untersucht.²⁸ Dies kann in Anbetracht des absehbaren Zeitraums bei der nächsten GWB-Novelle geschehen.

Das „Vorhalten“ der Regelung zum Ausgleich von möglichen Defiziten bei der Ahndung durch Bußgelder und zur Vermeidung eines negativen Signals hält der Bundesrechnungshof für fragwürdig. Sollte die Vorschrift und deren Umsetzung in der jetzigen Form beibehalten werden, erwartet der Bundesrechnungshof eine schlüssige Begründung, die sich mit den in dieser Prüfungsmitteilung aufgezeigten Punkten auseinandersetzt.

²⁸ Zur Vorgehensweise siehe u. a. die Ausführungen in der Abschließenden Prüfungsmitteilung des Bundesrechnungshofes u. a. an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie über die Prüfung der Evaluierung von Gesetzen vom 2. November 2014, Az. I 3 - 2013 - 5820.

Wegen der Nachrangigkeit der Abschöpfung nach § 34 GWB gegenüber dem Schadensersatz empfiehlt der Bundesrechnungshof, eine Verlängerung der Verjährungsfristen für die Vorteilsabschöpfung in Erwägung zu ziehen. Je länger das Bundeskartellamt die Möglichkeit hat, Bescheide zur Vorteilsabschöpfung zu erlassen, desto geringer ist das Risiko, dass abgeschöpfte Beträge wegen der Leistung von Schadensersatz an Geschädigte wieder ausgekehrt werden müssen. Der Verwaltungsaufwand könnte dadurch reduziert werden. Gleichwohl müsste das Bundeskartellamt Vorsorge treffen, dass ihm alle notwendigen Daten für den Fall zur Verfügung stehen, dass es § 34 GWB anwendet.

Der Bundesrechnungshof bittet, ihn über das Ergebnis der Überlegungen zu § 34 GWB zu gegebener Zeit zu unterrichten.

Bur

Ehmann