

Lena-Marie Nath

Schadenersatz bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Eine Studie über das Private Enforcement
unter Berücksichtigung der digitalen Märkte



Nomos

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

herausgegeben von
Prof. Dr. Florian Bien
Prof. Dr. Ulrich Schwalbe
Prof. Dr. Heike Schweitzer

begründet von
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker

Band 307

Lena-Marie Nath

Schadensersatz bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Eine Studie über das Private Enforcement
unter Berücksichtigung der digitalen Märkte



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.: Kiel, Univ., Diss., 2021

u.d.T.: „Schadensersatz bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung – Eine Studie über das Private Enforcement unter Berücksichtigung der digitalen Märkte“

ISBN 978-3-8487-8442-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2825-6 (ePDF)

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.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis einschließlich Juni 2021 berücksichtigt werden.

Ein ganz besonderer Dank gebührt zuvörderst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Joachim Jickeli, der mir seit dem dritten Semester zunächst als studentische Hilfskraft und später als wissenschaftliche Mitarbeiterin eine lehrreiche und schöne Zeit an seinem Lehrstuhl ermöglicht hat. Er hat mich stets gefördert und auch die vorliegende Untersuchung angeregt. Als Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl wurde mir großzügig Zeit und Freiraum gelassen, um dieses Dissertationsprojekt zu realisieren.

Herrn Professor Dr. Haimo Schack, LL.M. (Berkeley) danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die Förderung in lehrreichen Seminaren und Exkursionen, an denen ich während des Studiums teilnehmen durfte.

Danken möchte ich zudem Herrn Professor Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille III), Frau Professorin Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale) und Herrn Professor Dr. Ulrich Schwalbe für die Aufnahme meiner Arbeit in die Reihe „Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik“. Für den großzügigen Druckkostenzuschlag danke ich der Studienstiftung *ius vivum*.

Großen Dank schulde ich Anna Louisa Jeworrek für die kritische Durchsicht meines Manuskripts und auch meinen anderen lieben Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl, die mich während dieses Projekts stets begleitet und mitgefiebert haben. Außerdem bedanken möchte ich mich bei Fabian Gräf und Philipp Zelmer, mit denen ich schon als Lerngruppe die Vorbereitung für das erste Staatsexamen gemeinsam bestritten habe. Sie haben mir nicht nur mit ihrem juristischen Rat ausgeholfen, sondern sind von Kollegen und Kommilitonen zu sehr guten und verlässlichen Freunden für mich geworden. All diese Personen, die wie eine kleine, zweite Familie für mich waren, haben den Alltag am Lehrstuhl und im Büro ungemein bereichert und waren der Grund dafür, dass ich jeden Tag gern an den Lehrstuhl gekommen bin und an diese Zeit immer mit Freude zurückdenken werde.

Vorwort

Meinen Eltern, Petra und Thorsten Nath, die mich stets liebevoll und vorbehaltlos auf allen meinen Lebenswegen unterstützt haben, ist diese Arbeit gewidmet.

Kiel, im September 2021

Lena-Marie Nath

Inhaltsübersicht

Einführung, Problemstellung und Gang der Darstellung	19
1. Teil: Notwendigkeit eines effizienten <i>Private Enforcement</i> bei Marktmachtmissbrauch	23
Kapitel 1: Steigende Bedeutung des Missbrauchstatbestandes in der digitalen Wirtschaft	23
Kapitel 2: Zweck und Ziele privater Rechtsdurchsetzung	54
Kapitel 3: Schutzzwecke des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen	67
Kapitel 4: Vergleich von Kartell- und Missbrauchsverbot	83
Kapitel 5: Probleme bei der Rechtsdurchsetzung in Missbrauchsfällen	87
Ergebnis zum 1. Teil	95
2. Teil: Haftungstatbestand	99
Kapitel 1: Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen im Überblick	99
Kapitel 2: Die Missbrauchstatbestände	101
Kapitel 3: Aktivlegitimation – mögliche Anspruchsinhaber	128
Kapitel 4: Passivlegitimation und gesamtschuldnerische Haftung	139
Kapitel 5: Verjährung	167
3. Teil: Haftungsausfüllung – Schaden	186
Kapitel 1: Schadensumfang und Anspruchsinhalt	186
Kapitel 2: Mögliche Schadensposten bei Verstößen gegen das Missbrauchsverbot	215
Kapitel 3: Schadensvermutung	235
Kapitel 4: Schadensabwälzung, § 33c GWB	294
4. Teil: Prozessuale Durchsetzung	307
Kapitel 1: <i>Stand-alone</i> - und <i>Follow-on</i> -Klagen	307

Inhaltsübersicht

Kapitel 2: Bindungswirkung nach § 33b GWB	312
Kapitel 3: Verfahren vor Schiedsgerichten und Schiedsgutachten	337
Gesamtfazit	344
Literaturverzeichnis	353

Inhaltsverzeichnis

Einführung, Problemstellung und Gang der Darstellung	19
1. Teil: Notwendigkeit eines effizienten <i>Private Enforcement</i> bei Marktmachtmissbrauch	23
Kapitel 1: Steigende Bedeutung des Missbrauchstatbestandes in der digitalen Wirtschaft	23
A. Entwicklung der Unternehmenskonzentration	24
B. Digitale Marktmacht	26
I. „MAGAF-Unternehmen“	27
1. <i>Microsoft</i>	28
2. <i>Amazon</i>	28
3. <i>Google</i>	29
a. <i>Public Enforcement</i>	29
b. <i>Private Enforcement – Idealo gegen Google</i>	32
4. <i>Apple</i>	33
5. <i>Facebook</i>	34
6. Zwischenfazit	36
II. „Datenmacht“ bewirkt Marktmacht – Intermediationsmacht und Netzwerkeffekte	37
1. Informationsmediäre – Plattformen und Netzwerke	37
2. „ <i>The winner takes it all</i> “ – Auswirkungen der Netzwerkeffekte	39
3. „ <i>Tipping</i> “	41
4. Ausdehnung der Marktmacht auf Nachbarmärkte	43
5. „ <i>Lock-in-Strategien</i> “: Behinderung von „ <i>Multihoming</i> “ und „ <i>Switching</i> “	44
6. „Dienste gegen Daten“ – Daten als „digitale Währung“	47
III. 10. GWB-Novelle	49
C. Zwischenfazit	52

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 2: Zweck und Ziele privater Rechtsdurchsetzung	54
A. Entwicklung des <i>Private Enforcement</i>	54
I. <i>Courage vs. Creban</i>	54
II. Die Schadensersatzrichtlinie und die 9. GWB-Novelle	55
B. Zwei Säulen zur Durchsetzung des Missbrauchsverbots	57
I. Gleichstellung beider Säulen	57
II. Verhinderung eines <i>Over-enforcement</i> – Verhältnis von Bußgeldern und Schadensersatz beim Marktmachtmissbrauch	58
III. Ergänzung hoheitlichen Handelns	62
C. Kompensation der Schäden	63
D. Spezial- und Generalprävention	64
Kapitel 3: Schutzzwecke des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen	67
A. Schutz des freien Wettbewerbs als Institution	67
I. Wettbewerbsbegriff und die Gefahren von Machtkonzentration	69
II. Antimonopolrecht	72
III. Antimissbrauchsrecht	74
B. Schutz der Marktteilnehmer	77
I. Förderung des <i>Private Enforcement</i> durch direkten Schutz der Marktteilnehmer	77
II. Direkter Verbraucherschutz	79
III. Direkter Wettbewerberschutz	80
C. Zwischenfazit	82
Kapitel 4: Vergleich von Kartell- und Missbrauchsverbot	83
A. Verbotene Verhaltensweisen – Abgrenzungsprobleme	83
B. Freistellungen und Rechtfertigung	85
C. Anwendungskonkurrenz	86
Kapitel 5: Probleme bei der Rechtsdurchsetzung in Missbrauchsfällen	87
A. <i>Public Enforcement</i>	87
I. Lange Verfahren	87
II. Hohe Nachweisanforderungen	88
III. Knappe Ressourcen der Wettbewerbsbehörden	89
IV. Zusammenfassung	89

B. <i>Private Enforcement</i>	90
I. Rechtsunsicherheit	90
II. Beweisschwierigkeiten	91
III. Waffengleichheit	92
IV. Unterlassung und Beseitigung als ausreichende Klageziele?	94
Ergebnis zum 1. Teil	95
2. Teil: Haftungstatbestand	99
Kapitel 1: Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen im Überblick	99
Kapitel 2: Die Missbrauchstatbestände	101
A. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV und §§ 18, 19 GWB	101
I. Marktbeherrschung	101
1. Einzelmarktbeherrschung	103
2. Kollektive Marktbeherrschung – Oligopole	104
II. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	106
1. Ausbeutungsmissbrauch	109
2. Behinderungsmissbrauch	110
3. Strukturmissbrauch	111
4. Missbräuchliches Verhalten im Oligopol	112
B. Marktbeherrschungsvermutungen, § 18 Abs. 4, 6 und 7 GWB	115
I. Einzelmarktbeherrschung, § 18 Abs. 4 GWB	115
1. Wirtschaftsausschuss, Rechtsausschuss und BGH: Keine Vermutungswirkung im Zivilrecht	116
2. Unionsrechtlicher Einfluss	118
3. Begründung einer gesetzlichen Vermutung i.S.v. § 292 ZPO im deutschen Schadensersatzrecht	119
II. Oligopolvermutung, § 18 Abs. 6 und 7 GWB	122
III. Ergebnis	122
C. Verhalten relativ marktstarker Unternehmen i.S.v. § 20 GWB	123
I. Anwendungsbereich	123
II. <i>Private Enforcement</i>	126

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 3: Aktivlegitimation – mögliche Anspruchsinhaber	128
A. Jedermann-Formel und Betroffenheit i.S.v. § 33 Abs. 3 GWB	128
B. Wettbewerber	131
C. Unmittelbare Abnehmer und Lieferanten	133
D. Mittelbare Abnehmer und Lieferanten	134
E. Preisschirmeffekte	135
F. Sonstige Anspruchsinhaber	137
Kapitel 4: Passivlegitimation und gesamtschuldnerische Haftung	139
A. Überblick	139
B. Marktbeherrschende Konzerne	140
I. Haftungsadressaten	141
1. Unternehmensbegriff – Wirtschaftliche Einheit	141
2. Konzernhaftung im Bußgeldrecht	143
3. Übertragbarkeit auf Schadensersatzansprüche	144
a. <i>Skanska</i> -Entscheidung und deren Übertragbarkeit ins nationale Recht	144
b. Kritik	146
c. Vorteil der Effektivierung des <i>Private Enforcement</i> und Besonderheiten beim Missbrauchsverbot	148
II. Gesamtschuldnerische Haftung	150
1. Geltendmachung des Anspruchs	150
2. Innenregress, § 33d Abs. 2 GWB	152
3. Privilegierungen	154
C. Oligopole	155
I. Haftungsadressaten und Gesamtschuld	155
1. Haftung für gemeinsamen Missbrauch	155
a. „Gemeinschaftlich“ – nationales Verständnis	156
b. Gesamtschuld bei Nebentäterschaft	157
aa. Vorgaben der Richtlinie und des primären Unionsrechts	157
bb. Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber	160
c. Ergebnis	162
2. Keine Zurechnung der Haftung bei Einzelmissbrauch eines Oligopolunternehmens	163
II. Privilegierung gemäß § 33d Abs. 3 GWB	164

D. Relative Marktmacht	166
Kapitel 5: Verjährung	167
A. Verjährung in Marktmissbrauchsfällen vor der 9. GWB-Novelle	167
I. Wettbewerbsverstöße mit Dauercharakter	167
II. Kenntnis des Anspruchsinhabers	168
1. Allgemeine Anforderungen an die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände	168
2. Probleme beim Missbrauchsverbot im Vergleich zum Kartellverbot	170
B. Effektivierung des Privatrechtsschutzes durch § 33 h Abs. 2 Nr. 2 GWB	172
I. Längere Fristen	173
II. Tatsachenkenntnis	174
1. Kennnismaßstab	174
2. Tatsächliche Umstände als Gegenstand der Kenntnis	175
a. „Verhalten“ des Rechtsverletzers	175
b. Schadensentstehung	176
c. Identität des Rechtsverletzers	176
III. Rechtliche Würdigung als Gegenstand der Kenntnis	178
1. Formell- und materiell-rechtliche Erweiterung der Ausnahme zu § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB	178
2. Vorliegen eines Marktmachtmissbrauchs als „Tatsache“	179
3. Kennnismaßstab	181
IV. Beendigung des Wettbewerbsverstoßes	184
C. Ergebnis	185
3. Teil: Haftungsausfüllung – Schaden	186
Kapitel 1: Schadensumfang und Anspruchsinhalt	186
A. Vollständiger Ersatz des entstandenen Schadens	186
I. Totalreparation und Bereicherungsverbot	187
II. Grundsatz der Naturalrestitution	188
III. Schadensersatz in Geld und entgangener Gewinn	189

Inhaltsverzeichnis

B. Probleme der Schadensberechnung im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen	191
I. Feststellung eines hypothetischen Wettbewerbsszenarios	191
II. Die Berechnung des entgangenen Gewinns als größte Schwierigkeit	193
III. Kosten- und zeitintensive Sachverständigengutachten	194
IV. Zusammenfassung und Auswirkungen auf die effektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen	195
C. Schadensschätzung	197
I. Richterliche Überzeugung bei der Bestimmung der Schadenshöhe	197
II. Erleichterung im Rahmen des Beweismaßes	198
1. Schadensbemessung nach § 33a Abs. 3 S. 1 GWB i.V.m. § 287 ZPO	198
2. Berücksichtigung des Verletzergewinns, § 33a Abs. 3 S. 2 GWB	200
3. Entgangener Gewinn, § 252 S. 2 BGB	201
D. Berechnungsarten im Überblick	205
I. Vergleichsmarktmethoden	206
II. Simulationsmethoden	210
III. Kosten- und finanzbasierte Schadensschätzung	211
IV. Zusammenfassung	213
Kapitel 2: Mögliche Schadensposten bei Verstößen gegen das Missbrauchsverbot	215
A. Schäden bei Ausbeutungsmissbrauch	215
I. Preiseffekt	215
II. Mengeneffekt („ <i>deadweight loss</i> “) und entgangener Gewinn	217
III. Vertragsanpassung	218
B. Schäden bei Behinderungsmissbrauch und Diskriminierung	219
I. Preiseffekte	219
II. Reaktionsmaßnahmen und Wertverlust	221
III. Entgangener Gewinn	222
1. Kundenabwanderung und Marktanteilsverlust	222
2. <i>Sunk Costs</i>	225

3. Verlorene Innovationen für mittelbar Geschädigte	227
4. Entgangener Gewinn durch Mengeneffekte („ <i>deadweight loss</i> “)	227
5. Digitale Märkte – Datenverlust	228
a. Entgangener Gewinn mangels Werbeeinnahmen	228
b. Entgangener Gewinn an Benutzer-Daten	228
IV. Besonderheiten beim Ausgleich von Diskriminierungen	231
C. Schadensersatz bei immateriellen Schäden	232
I. Nutzungsausfallschaden	232
II. Datenmissbrauch	234
Kapitel 3: Schadensvermutung	235
A. Anscheinsbeweis und Vermutungen im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen	236
B. Die Schadensvermutung in § 33a Abs. 2 S. 1 bis 3 GWB	240
I. Wirkung, Hintergrund und Zweck der Vermutung	240
II. Anwendungsbereich von § 33a Abs. 2 S. 1 bis 3 GWB	243
1. Kartellverbot	243
a. Art des Kartellverstoßes – Horizontale Kartelle	243
b. Umfang der Vermutung – Schadensentstehung	246
2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	248
a. Wortlaut der Richtlinie und § 33a Abs. 2 S. 1 bis 3 GWB	248
b. Analogie	248
c. Vermutungsähnliche Wirkung durch § 33b GWB	250
III. Übertragbarkeit der Vermutung auf das Missbrauchsverbot <i>de lege ferenda</i>	255
1. Vergleichbare Interessenlage	255
a. Geheimhaltung von Kartellen als sachlicher Grund	255
b. Beweisnot der Geschädigten hinsichtlich der Schadensentstehung	257

Inhaltsverzeichnis

c.	Zugrundeliegender Erfahrungssatz	258
aa.	Erfahrungssätze im Wettbewerbsrecht als Beweisgrundlage	258
bb.	Ausbeutungsmisbräuche	262
cc.	Behinderungsmisbrauch und insbesondere Verdrängungspraktiken	263
	(1) Preisanstieg	264
	(2) Verdrängung von Wettbewerbern und Marktverschluss	266
	(a) Verdrängung bereits vorhandener Wettbewerber	266
	(b) Potenzielle Wettbewerber	271
	(c) Erfahrungssätze aus dem Lauterkeitsrecht	271
	(3) Zusammenfassung zu Behinderungsmisbräuchen	273
dd.	Misbräuchliche Diskriminierungen	274
ee.	Ergebnisse – Erfahrungssätze bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	275
d.	Vergleichbarkeit der Wirkungen von Machtmissbrauch und Kartellverbot	276
2.	<i>Effet Utile</i> und Übermaßverbot	277
a.	Zweck des <i>Private Enforcement</i> – <i>Effet Utile</i>	277
b.	Waffengleichheit im Zivilprozess	281
c.	Übermaßverbot und Verhältnismäßigkeit	283
3.	Ergebnis	285
4.	Gesetzgebungsvorschlag	288
C.	Die Betroffenheitsvermutung in § 33a Abs. 2 S. 4 GWB	290
I.	Anwendungsbereich der Vermutung <i>de lege lata</i>	290
II.	Erweiterung der Vermutung auf das Missbrauchsverbot <i>de lege ferenda</i>	291
1.	Ausbeutungsmisbrauch	292
2.	Diskriminierung durch Lieferbeschränkungen/ -verweigerungen	292
3.	Behinderungsmisbrauch	293
4.	Ergebnis	293

Kapitel 4: Schadensabwälzung, § 33c GWB	294
A. Rechtsentwicklung und Rechtsstand der Schadensabwälzung	294
I. Verteidigungssituation	295
II. Angriffssituation	297
B. Anwendbarkeit auf Marktmachtmissbräuche	299
I. Beweiserleichterung für mittelbare Abnehmer	299
II. Verteidigung durch das marktbeherrschende Unternehmen	302
III. Ergebnis	303
C. Anwendbarkeit in Fällen von § 20 GWB	304
4. Teil: Prozessuale Durchsetzung	307
Kapitel 1: <i>Stand-alone</i> - und <i>Follow-on</i> -Klagen	307
A. Zwei „Klagearten“ im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen	307
B. Das Problem der Beweiserhebung	308
C. Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften nach § 33g GWB	309
Kapitel 2: Bindungswirkung nach § 33b GWB	312
A. Wirkung und Zweck von § 33b GWB	312
B. Bußgeldentscheidungen und Abstellungsverfügungen	314
C. Zusagenentscheidungen	316
I. Praktische Relevanz beim Missbrauchsverbot	316
II. Keine Feststellungswirkung von Zusagenentscheidungen	318
III. Berücksichtigung von Drittinteressen im Verwaltungsverfahren	321
IV. Alternative Berücksichtigung einer Zusagenentscheidung im Zivilprozess	324
1. Probleme der Berücksichtigung einer Zusagenentscheidung als Beweiserleichterung	324
2. Notwendigkeit der Berücksichtigung der Zusagenentscheidung	326
3. Berücksichtigung der Zusagenentscheidung durch Beweiserleichterungen	327
a. Beweislastumkehr	328

Inhaltsverzeichnis

b. Freie Beweiswürdigung durch das Zivilgericht, § 286 ZPO	328
aa. Anscheinsbeweis bzw. tatsächliche Vermutung	330
bb. Indizwirkung	331
cc. Beispiele aus der Praxis	332
D. Ergebnis	336
Kapitel 3: Verfahren vor Schiedsgerichten und Schiedsgutachten	337
A. Schiedsgerichtsbarkeit	338
B. Schiedsgutachten	339
C. Vor- und Nachteile im Rahmen des Missbrauchsverbots	339
I. Vorteile	339
II. Nachteile	341
D. Möglichkeiten der Schiedsvereinbarung bei Schadensersatzansprüchen aus § 33a Abs. 1 GWB	341
Gesamtfazit	344
Literaturverzeichnis	353