

---

## Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle

---

### **1 Anpassung an die Digitalisierung**

- 1.1 Sicherstellung einer effektiven Missbrauchsaufsicht
- 1.2 Sicherstellung einer effektiven Fusionskontrolle
- 1.3 Ausschluss des deutschen Kartellverbotes bei Pressekooperationen
- 1.4 Verbesserung der behördlichen Zusammenarbeit

### **2 Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU**

- 2.1 Die Rolle des Schadenersatzes bei der Kartellrechtsdurchsetzung
- 2.2 Regelungsziele und Inhalte der Richtlinie
- 2.3 Offenlegung von Beweismitteln
- 2.4 Verjährung
- 2.5 Gesamtschuldnerische Haftung
- 2.6 Abwälzung des Preisaufschlags
- 2.7 Ermittlung des Schadensumfangs
- 2.8 Weitergehender Regelungsbedarf

### **3 Erweiterung der Haftung auf das Unternehmen bei Kartellrechtsverletzungen**

### **4 Änderungen im Missbrauchskartellrecht**

- 4.1 Anpassung des „Anzapfverbots“ an EU-Recht
  - 4.2 Untereinstandspreisverbot für Lebensmittel
-

## Kurz gefasst

Das Gesetzgebungsverfahren zur Neunten GWB-Novelle dauert derzeit noch an. Am 1. Juli 2016 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie einen Referentenentwurf für ein Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG) vorgelegt, der nun als Ausgangspunkt für die Abstimmung innerhalb der Regierung und die parlamentarische Debatte dienen wird. Die Monopolkommission untersucht in diesem Kapitel die einzelnen Regelungsvorschläge des Referentenentwurfs. Aus der Analyse ergeben sich Empfehlungen, wo und wie die geplanten Regelungen im Gesetzgebungsverfahren noch verbessert werden können.

Ein Schwerpunkt des Referentenentwurfs bildet die Anpassung an die voranschreitende Digitalisierung der Wirtschaft. Der Entwurf sieht Änderungen bei der Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht, Erleichterungen bei Pressekooperationen sowie Möglichkeiten zu einer verbesserten behördlichen Zusammenarbeit vor. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem Sondergutachten 68 zu Wettbewerbsproblemen auf digitalen Märkten geäußert und eine Reihe von Empfehlungen erarbeitet. Der Referentenentwurf greift unter anderem ihren Vorschlag auf, den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle zu erweitern und sich dabei am Wert der Transaktion zu orientieren. Dadurch werden Schutzlücken der Fusionskontrolle geschlossen, die nach geltender Rechtslage dadurch entstehen, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bestimmte Umsatzschwellen erreicht haben müssen, damit eine Kontrollmöglichkeit seitens der Kartellbehörden eröffnet ist. Das neue Aufgreifkriterium ist nach Auffassung der Monopolkommission auch so formuliert, dass keine Gefahr besteht, die Entwicklung deutscher Start-ups zu behindern. Die geplanten Änderungen im Bereich der Missbrauchsaufsicht sind nach Ansicht der Monopolkommission vertretbar. Kritischer bewertet sie die Erleichterung von Kooperationsmöglichkeiten im Pressesektor. Allerdings dürfte der Anwendungsbereich der geplanten Regelung wegen des Vorrangs des europäischen Wettbewerbsrechts eng begrenzt bleiben. Positiv zu beurteilen ist hingegen die vorgesehene Möglichkeit des Datenaustauschs zwischen Kartellbehörden einerseits und Datenschutzbehörden sowie Landesmedienanstalten andererseits.

Ein weiterer zentraler Inhalt des Referentenentwurfs ist die Umsetzung der europäischen Schadenersatzrichtlinie in das deutsche Recht. Die Schadenersatzrichtlinie zielt darauf ab, die Durchsetzung von Schadenersatzklagen durch Kartellgeschädigte zu erleichtern und so die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu verbessern. Außerdem sollen durch die Regelungen der Richtlinie die öffentliche und private Rechtsdurchsetzung koordiniert werden. Die Monopolkommission analysiert in diesem Kapitel, wo im deutschen Recht Umsetzungsbedarf besteht. Unter Berücksichtigung des Referentenentwurfs stellt sie dar, wie die Regelungen der Richtlinie so umgesetzt werden können, dass ein ökonomisch sinnvolles und konsistentes Regelungssystem entsteht. Mit der Offenlegung von Beweismitteln, der Verjährung, der gesamtschuldnerischen Haftung, der Abwälzung des Preisaufschlags und der Ermittlung des Schadensumfangs werden Themen behandelt, die im Zivilverfahren von höchster praktischer Relevanz sind. Die Monopolkommission geht außerdem der Frage nach, ob der in der Richtlinie verwendete Begriff des „Unternehmens“ im Widerspruch zu den Haftungsgrundsätzen des deutschen Zivilrechts steht. Abschließend macht die Monopolkommission Empfehlungen zur Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes im Wettbewerbsrecht.

Weiterhin sieht der Referentenentwurf vor, dass die bußgeldrechtliche Haftung für Kartellrechtsverstöße im deutschen Recht weiter an die Haftungsgrundsätze des europäischen Rechts angeglichen wird. Eine Abkehr vom einheitlichen Regelungssystem des deutschen Bußgeldrechts soll nach dem Entwurf vermieden werden. In der Sache führt die vorgeschlagene Rechtsänderung allerdings dazu, dass die bußgeldrechtliche Haftung für Kartellrechtsverstöße weitgehend auf das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit erstreckt wird. Die Rechtsänderung entspricht insofern einer Empfehlung im Sondergutachten 72 der Monopolkommission und ist aus ihrer Sicht zu begrüßen.

Im Referentenentwurf finden sich Platzhalter für eine mögliche Anpassung der Regelungen zum Anzapfverbot und zu dem Verbot von Untereinstandspreisen im Lebensmitteleinzelhandel. Die Monopolkommission spricht sich für eine Aufhebung des Kausalitätserfordernis beim Anzapfverbot und gegen eine Entfristung des Untereinstandspreisverbots für Lebensmittel aus. Auch eine Definition von Untereinstandspreisen im Gesetz sieht sie kritisch.

## Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle

1. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat am 1. Juli 2016 einen Referentenentwurf für ein Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG) vorgelegt.<sup>1</sup> Der Referentenentwurf dient der Umsetzung der europäischen Schadenersatzrichtlinie, die bis zum Jahresende 2016 zu erfolgen hat.<sup>2</sup> Daneben enthält er Änderungen in verschiedenen Bereichen des deutschen Kartellrechts, mit denen auch mehrere Empfehlungen der Monopolkommission umgesetzt werden.<sup>3</sup> Mit Blick auf die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft sieht der Referentenentwurf insbesondere Anpassungen der Missbrauchs- und der Fusionskontrolle vor.<sup>4</sup> Weitere Regelungen sollen verbliebene Rechtslücken im Bereich der Konzernhaftung und Rechtsnachfolge bei kartellrechtlichen Geldbußen schließen.<sup>5</sup> In Umsetzung des Koalitionsvertrages enthält der Referentenentwurf außerdem neue Regelungen zur kartellrechtlichen Behandlung von Kooperationen von Presseunternehmen.<sup>6</sup> Schließlich trifft er eine Regelung zur Verbesserung der Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit den Landesmedienanstalten, der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und den Datenschutzbehörden. Die Monopolkommission nimmt im Folgenden zu den Neuregelungen Stellung.<sup>7</sup>

2. Die Monopolkommission würdigt zunächst die Neuregelungen zur Anpassung an die Digitalisierung (Abschnitt 1), thematisch untergliedert in die Bereiche der Missbrauchsaufsicht (Abschnitt 1.1), der Fusionskontrolle (Abschnitt 1.2), der Behandlung von Pressekooperationen (Abschnitt 1.3) und der behördlichen Zusammenarbeit (Abschnitt 1.4). Im Anschluss analysiert sie die Regelungsvorschläge zur Umsetzung des EU-Rechts in Bezug auf Schadenersatzklagen (Abschnitt 2) und die Erweiterung der Haftung auf das Unternehmen bei Kartellrechtsverletzungen (Abschnitt 3).

### 1 Anpassung an die Digitalisierung

3. Ein Schwerpunkt des Referentenentwurfs (Ref-E) liegt auf der Anpassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) an die voranschreitende Digitalisierung der Wirtschaft. Die damit einhergehende Entwicklung neuer internet- und datenbasierter Geschäftsmodelle mit erkennbaren Konzentrationstendenzen in bestimmten Geschäftsfeldern habe einen gewissen Anpassungsbedarf im GWB erkennen lassen. Im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft sollen durch die 9. GWB-Novelle eine wirksame Fusionskontrolle und der Schutz vor Missbrauch von Marktmacht sichergestellt werden. Die Novelle soll darüber hinaus den Handlungsspielraum von Presseunternehmen angemessen erweitern. Schließlich sollen die Möglichkeiten der behördlichen Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden einerseits und den Datenschutzbeauftragten von Bund und Ländern sowie den Landesmedienanstalten und der KEK andererseits verbessert werden.<sup>8</sup>

#### 1.1 Sicherstellung einer effektiven Missbrauchskontrolle

4. Der Gewährleistung einer effektiven Missbrauchskontrolle soll die gesetzliche Klarstellung, dass ein Markt auch bei einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung bestehen kann, dienen. Daneben ist die Aufnahme von Kriterien zur Bewer-

<sup>1</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG), <http://www.bmwi.de/DE/Themen/wirtschaft,did=772498.html>, Abruf am 5. Juli 2016.

<sup>2</sup> Richtlinie 2014/104/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. vom 5. Dezember 2014 L 349/1. Dazu §§ 33 bis 33h, 89b bis 89e des Referentenentwurfs.

<sup>3</sup> Siehe insbesondere Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015; Sondergutachten 72, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Baden-Baden 2015.

<sup>4</sup> §§ 18, 35 bis 39, 43a GWB in der Fassung des Referentenentwurfs.

<sup>5</sup> §§ 81 bis 81b, 186 GWB in der Fassung des Referentenentwurfs.

<sup>6</sup> § 30 GWB in der Fassung des Referentenentwurfs; dazu: Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S. 13; <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>, Abruf am 5. Juli 2016.

<sup>7</sup> § 50c GWB in der Fassung des Referentenentwurfs.

<sup>8</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 1, 36 ff.

tung der Marktstellung von Unternehmen geplant, welche bei Vorliegen mehrseitiger Märkte und Netzwerke besonders zu berücksichtigen seien. Zudem ist eine Evaluation der neuen Vorschriften durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorgesehen.<sup>9</sup>

**5.** § 18 Abs. 2a Ref-E enthält eine Klarstellung, wonach ein Markt auch bei einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung bestehen kann. Laut der Begründung zum Referentenentwurf werden somit Geschäftsmodelle erfasst, bei denen Leistungen unentgeltlich angeboten werden, wie dies häufig bei mehrseitigen Märkten der Fall sei. Eine Trennung der unentgeltlichen von der entgeltlichen Seite bei der Marktabgrenzung werde der wirtschaftlichen Realität nicht gerecht. Auch bei der Erbringung unentgeltlicher Leistungen könnten Unternehmen eine starke Marktstellung erlangen. Eine nur mittelbare Erfassbarkeit der unentgeltlichen Austauschseite und die isolierte Betrachtung von Teilbereichen könnten die effektive kartellrechtliche Prüfung erschweren. Eine ausdrückliche Klarstellung sei notwendig, weil die Marktqualität der unentgeltlichen Seite in der kartellbehördlichen und -gerichtlichen Praxis bisher zum Teil verneint worden sei.

**6.** Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Sondergutachten 68 zu digitalen Märkten deutlich gemacht, dass die Unentgeltlichkeit von Leistungsbeziehungen der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht.<sup>10</sup> Dies ist insbesondere im Hinblick auf mehrseitige Plattformen relevant, wo häufig eine Nutzergruppe kein monetäres Entgelt zu entrichten hat, weil die Finanzierung des Dienstes z. B. über Online-Werbung erfolgt. Zwar haben die Kartellbehörden in ihrer jüngeren Fallpraxis das Vorliegen eines Marktes auch bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen bejaht. Im Hinblick auf die Rechtsprechung, die die Annahme eines Marktes in derartigen Fällen in der Vergangenheit verneint hatte, scheint eine gesetzliche Konkretisierung aber sachgerecht.

**7.** Gemäß § 18 Abs. 3a Ref-E sind bei Vorliegen von mehrseitigen Märkten und von Netzwerken bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zudem in besonderer Weise 1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte, 2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer, 3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, 4. sein Zugang zu Daten sowie 5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen. Bei den genannten Kriterien handelt es sich laut Referentenentwurf um spezielle Kriterien, die insbesondere für mehrseitige Märkte und Netzwerke kennzeichnend seien und diese von traditionellen Märkten unterschieden. Diese Kriterien müssten in Zukunft im Rahmen der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigt werden. Ihnen könne im Einzelfall eine größere Aussagekraft als den in § 18 Abs. 3 GWB aufgezählten Kriterien zukommen. Allerdings müsse wie bisher die Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller gegebenen Umstände erfolgen.

**8.** Auch nach Auffassung der Monopolkommission sollten die genannten Faktoren im Rahmen einer Gesamtbetrachtung von den Kartellbehörden beachtet werden, sofern die zu prüfenden Sachverhalte dazu Anlass geben.<sup>11</sup> Eine ausdrückliche Festlegung im Gesetz erscheint zwar nicht zwingend, da bereits mehrere der im bestehenden § 18 Abs. 3 GWB enthaltenen Kriterien eine Berücksichtigung von Merkmalen mehrseitiger Märkte und Netzwerke erlauben. Zu nennen sind hier z. B. § 18 Abs. 3 Nr. 5 (rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen), Nr. 6 (der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb) und Nr. 8 (die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen). Davon abgesehen ist der Kriterienkatalog des § 18 Abs. 3 GWB nicht abschließend, sodass die Kartellbehörden weitere Kriterien bei der Prüfung heranziehen können. Eine gesetzliche Konkretisierung ist dennoch vertretbar, sofern durch die ausdrückliche Aufzählung einzelner Kriterien die Berücksichtigung weiterer wichtiger Kriterien nicht ausgeschlossen wird.

**9.** Die im Referentenentwurf vorgeschlagene Aufzählung erscheint allerdings nicht gänzlich überzeugend. Zwar geben die ersten drei genannten Kriterien wesentliche der nach Evans/Schmalensee (2007) für Plattformmärkte relevanten Kriterien für eine Marktkonzentration wieder.<sup>12</sup> Ebenfalls bedeutende Kriterien wie Nutzungsbeschränkungen, z. B. in

<sup>9</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 47 ff.

<sup>10</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 56, 471.

<sup>11</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 488 f.

<sup>12</sup> Evans, D. S./Schmalensee, R., *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, *Competition Policy International* 3 (1), 2007, S. 151-179.

Form der Heterogenität der Nutzer, sowie der Grad der Differenzierung von Plattformen werden jedoch nicht ausdrücklich, sondern lediglich in der Entwurfsbegründung genannt.<sup>13</sup> Darüber hinaus ist zwar eine stärkere Berücksichtigung des Zugangs zu Daten aufgrund ihrer zunehmenden Bedeutung als Einsatzfaktor insbesondere im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten sinnvoll. Vergleichbares gilt für das Kriterium des innovationsgetriebenen Wettbewerbsdrucks, da die Marktmacht von digitalen Unternehmen aufgrund des häufig hohen Innovationsdrucks im Internet begrenzt sein kann. Beide Kriterien sind indes nicht ausschließlich in Bezug auf mehrseitige Märkte und Netzwerke bedeutsam. Daher könnte es sich im Hinblick auf die künftige Entscheidungspraxis als problematisch erweisen, dass sie nur in diesem Zusammenhang und nicht in § 18 Abs. 3 GWB ausdrücklich genannt werden.

**10.** Nach § 18 Abs. 8 Ref-E soll das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie den gesetzgebenden Körperschaften nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten der Regelungen in § 18 Abs. 2a und 3a Ref-E über die Erfahrungen mit diesen Vorschriften berichten. Auch die Monopolkommission hält eine Evaluierung der geplanten Vorschriften für sinnvoll. Der Zeitraum von drei Jahren erscheint angesichts der schnellen Entwicklungen in der digitalen Ökonomie sachgerecht, um erste kartellbehördliche Erfahrungen zu bewerten. Die vorgesehene Frist dürfte allerdings zu kurz bemessen sein, um auch relevante kartellgerichtliche Entscheidungen zu erfassen.

## 1.2 Sicherstellung einer effektiven Fusionskontrolle

**11.** Neben Änderungen der Regelungen zur Missbrauchsaufsicht sollen die Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle um ein zusätzliches Kriterium in Form des „Wertes der Gegenleistung für den Zusammenschluss“ erweitert werden. Folgeänderungen betreffen die Anschluss- und die Bagatellmarktklausel sowie den Begriff des Zusammenschlusstatbestands. Außerdem werden die Informationspflichten im Rahmen der Anmelde- und Anzeigepflicht sowie das Auskunftsrecht des Bundeskartellamtes ausgedehnt. Bezüglich der geplanten Änderungen soll – wie bei der Missbrauchskontrolle – eine Evaluierung durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie erfolgen. Schließlich wird ein Informationsaustausch zwischen dem Bundeskartellamt und den Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder und mit der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und den Landesmedienanstalten ermöglicht.<sup>14</sup>

**12.** Das angesprochene neue Aufgreifkriterium ist in § 35 Abs. 1a Ref-E enthalten. Nach dieser Regelung sollen die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle auch Anwendung finden, wenn 1. die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als EUR 500 Mio. erzielt haben, 2. mindestens ein beteiligtes Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von mehr als EUR 25 Mio., aber kein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als EUR 5 Mio. erzielt hat, 3. der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als EUR 350 Mio. beträgt und 4. mindestens eines der anderen Unternehmen nach Nummer 2 im Inland tätig ist oder voraussichtlich tätig werden wird.

**13.** Durch die Einführung des Kriteriums der Gegenleistung soll eine Lücke im System der Fusionskontrolle geschlossen werden, die dadurch entstehe, dass die bisherigen Aufgreifkriterien keine Kontrolle von Erwerbsvorgängen erlaube, bei denen das erworbene Unternehmen noch keine oder nur ganz geringe Umsätze erziele, aber über erhebliches Marktpotenzial verfüge. Laut Referentenentwurf geht es insoweit darum, Innovationen zu schützen und Märkte vor strukturellen Verschließungen zu bewahren. Daher werde mit dem Kriterium der Gegenleistung für einen Zusammenschluss eine ergänzende, subsidiäre Aufgreifschwelle eingeführt. Sie erlaube die wettbewerbliche Prüfung von bestimmten Typen von Zusammenschlüssen, bei denen Unternehmen zu einem hohen Preis gekauft würden, aber nur Umsätze unterhalb der geltenden sogenannten zweite Inlandsumsatzschwelle in Höhe von EUR 5 Mio. aufwiesen. Der hohe Kaufpreis sei in solchen Fällen häufig ein Zeichen für das Vorhandensein innovativer Geschäftsideen mit einem hohen wettbewerblichen Marktpotenzial. Neben Zusammenschlüssen in der digitalen Wirtschaft wird als Beispiel, in dem ein noch fehlender Umsatz das vorhandene Marktpotenzial falsch wiedergeben könne, der Bereich privater Forschung und Entwicklung, etwa im Pharma- und Technologiesektor, genannt.

<sup>13</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 50.

<sup>14</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 72 ff.

**14.** Die Beibehaltung der – bereits in § 35 Abs. 1 GWB enthaltenden – weltweiten Umsatzschwelle in Höhe von EUR 500 Mio. soll sicherstellen, dass zumindest ein umsatzstarkes, mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits am Markt etabliertes Unternehmen am Zusammenschluss beteiligt ist. Mit dem ebenfalls weiterhin geltenden Erfordernis von mindestens EUR 25 Mio. erwirtschafteten Umsatzes in Deutschland (sogenannte erste Inlandsumsatzschwelle) sei zugleich sichergestellt, dass ein Erwerberunternehmen bereits in nennenswertem Umfang in Deutschland tätig sei.

**15.** Die Höhe des Schwellenwerts von EUR 350 Mio. sei so gewählt, dass nur gesamtwirtschaftlich bedeutendere Fälle der Fusionskontrolle unterworfen werden und dabei hinreichend Spielräume im Spannungsfeld zwischen Innovationsförderung und notwendigem Schutz vor einer Vermachtung von Märkten verbleiben. Es entstünden dadurch weder unangemessene Bürokratiekosten für Unternehmen, insbesondere für Start-ups, noch werde der Venture Capital-Markt beeinträchtigt. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie geht davon aus, dass der neue Aufgreifbestand dazu führen wird, dass in Zukunft zusätzliche Zusammenschlussvorhaben im niedrigen einstelligen Bereich einer Anmelde- und Kontrollpflicht unterliegen werden. Es legt seinen weiteren Überlegungen, z. B. zu den Kosten der Gesetzesänderung für Unternehmen und Kartellbehörden, eine Zahl von drei Fällen pro Jahr zugrunde.<sup>15</sup>

**16.** Der Verzicht auf das Erreichen der Inlandsumsatzschwelle in Höhe von EUR 5 Mio. wird damit begründet, dass fehlende oder geringe Umsätze sich insbesondere im digitalen Wirtschaftsbereich nicht mehr stets mit geringer wettbewerblicher Bedeutung des Unternehmens gleichsetzen lassen. Ursächlich hierfür seien vielfach ökonomische Besonderheiten innovativer Geschäftsmodelle, für deren erfolgreiche Markteinführung ein unentgeltliches oder preiswertes Angebot förderlich oder gar zwingend sei. Entgelte würden erst mit zeitlicher Verzögerung, nur für einzelne Funktionalitäten oder ab einer hinreichenden Nutzerzahl eingeführt. Auf mehrseitigen Märkten könne das Geschäftsmodell auch dauerhaft so konzipiert sein, dass ein Angebot an eine Nutzergruppe unentgeltlich erbracht werde und mittelbar über die Zahlungen anderer Nutzergruppen finanziert werde. Aus verschiedenen Gründen könnten sich aber auch diese Zahlungen erst mit zeitlicher Verzögerung einstellen.

**17.** Die Monopolkommission begrüßt die geplante Ergänzung der Aufgreifkriterien um ein am Transaktionsvolumen orientiertes Kriterium, weil sie Schutzlücken im bestehenden Fusionskontrollrecht schließt. Sie hat die Einführung eines derartigen Kriteriums bereits in ihrem Sondergutachten 68 – sowohl für das deutsche Recht als auch für die europäische Fusionskontrolle – empfohlen.<sup>16</sup> Maßgeblicher Grund hierfür ist der Umstand, dass ein hoher Wert der (Gegen-)Leistung ein wichtiges Indiz für das mit einem Unternehmen verbundene wettbewerbliche Potenzial darstellt. Auch nach Auffassung der Monopolkommission können wettbewerbliche Risiken dadurch entstehen, dass etablierte Unternehmen eine Strategie verfolgen, auf deren Grundlage potenzielle Wettbewerber mit hohem Innovationspotenzial aufgekauft werden. Der Erwerber kann dann entweder das eigene Angebotsportfolio erweitern oder auf die Nutzung des hinzu gewonnenen Innovationspotenzials verzichten, um die Attraktivität des eigenen Angebots nicht zu gefährden. Positiv ist ferner zu bewerten, dass der Referentenentwurf – dem Vorschlag der Monopolkommission entsprechend – eine branchenübergreifende und keine auf die digitale Wirtschaft beschränkte Regelung vorsieht. Denn die oben skizzierten Wettbewerbsrisiken können sich ebenso in anderen forschungsgetriebenen Branchen ergeben. Außerdem werden auf diese Weise möglicherweise auftretende Abgrenzungsprobleme vermieden.

**18.** Abweichend vom Vorschlag im Referentenentwurf hatte die Monopolkommission bei ihrer Empfehlung auf das Erfordernis eines weltweiten Gesamtumsatzes verzichtet und stattdessen eine höhere Schwelle – EUR 500 Mio. – für den Wert der Leistung eines der beteiligten Unternehmen angesetzt. Mit dieser Schwelle hatte sie sich an den bestehenden Aufgreifschwelle orientiert, da der Transaktionswert ein Indiz für von den Parteien erwartete Umsätze darstellen kann. Allerdings ist kaum möglich zu prognostizieren, welche Schwellenwerte sich in der Praxis als angemessener erweisen werden, um die festgestellten Schutzlücken zu füllen. Dies gilt umso mehr in Anbetracht der Tatsache, dass von dem neuen Aufgreifkriterium nicht nur Zusammenschlussvorhaben in der digitalen Wirtschaft, sondern auch z. B. in der Pharmabranche, betroffen sein werden. Vor diesem Hintergrund hält die Monopolkommission die im Referentenentwurf enthaltenen Wertschwellen für vertretbar.

<sup>15</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 2, 41 ff., 43 ff., 45.

<sup>16</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 451 ff.

**19.** Sowohl der Referentenentwurf als auch der Vorschlag der Monopolkommission verzichtet auf die zweite Inlandsumsatzschwelle in Höhe von EUR 5 Mio. Dies resultiert nach übereinstimmender Auffassung zwangsläufig aus dem Umstand, dass die zu schließende Schutzlücke gerade darin besteht, dass eines der beteiligten Unternehmen bislang keine oder sehr geringe Umsätze erwirtschaftet hat. Im Unterschied zum Vorschlag der Monopolkommission sieht § 35 Abs. 1a Nr. 4 Ref-E jedoch als weitere Bedingung für eine Anwendbarkeit der Zusammenschlussregeln eine Inlandstätigkeit des erworbenen Unternehmens voraus. Die Monopolkommission hatte auf eine entsprechende Bedingung verzichtet, weil ihrer Ansicht nach ein ausreichender Bezug zu Inlandsfällen aufgrund der ersten Inlandsumsatzschwelle und des in § 185 Abs. 2 GWB verankerten Auswirkungsprinzips gewährleistet ist. Die Situation hätte somit für den begrenzten Anwendungsbereich des neuen Aufgreifkriteriums der Situation vor Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle im Jahr 2009 entsprochen. Inwieweit das im Referentenentwurf vorgesehene Kriterium der Inlandstätigkeit zu einer weitergehenden Einschränkung des Anwendungsbereichs des deutschen Fusionskontrollrechts führen wird, bleibt insbesondere angesichts der sehr weit gefassten Formulierung, die sowohl aktuelle als auch voraussichtliche Tätigkeiten umfasst, abzuwarten.

**20.** Teilweise vorgebrachte Bedenken, dass durch das geplante Aufgreifkriterium die Entwicklung von Start-ups in Deutschland behindert und ein Anti-Exit-Gesetz geschaffen werde, welches Investoren abschrecke, sind nach Einschätzung der Monopolkommission unbegründet. Das neue Kriterium gilt branchenübergreifend, sodass alle Unternehmen mit nicht aussagekräftigem Umsatz einheitlich erfasst werden. Daneben werden Fälle mit Inlandsauswirkungen einheitlich erfasst, unabhängig davon, ob die beteiligten Unternehmen im In- oder Ausland tätig sind. Ferner liegen vergleichbare Schwellenwerte in ausländischen Rechtsordnungen, z. B. in den USA, noch unter den für die deutsche Fusionskontrolle vorgeschlagenen Werten.<sup>17</sup> Darüber hinaus erinnert die Monopolkommission daran, dass sie eine entsprechende Erweiterung der Aufgreifkriterien auch für die europäische Fusionskontrolle empfohlen hat. Die Bundesregierung sollte auf eine entsprechende Änderung der Verordnung 139/2004 hinwirken.<sup>18</sup>

**21.** Eine Abschreckung von Investoren ist nach Ansicht der Monopolkommission angesichts der Höhe der gewählten Schwellenwerte ebenso wenig zu befürchten. Diese führen dazu, dass nur wenige zusätzliche Transaktionen – nach der Prognose im Referentenentwurf eine Anzahl im niedrigen einstelligen Bereich – überhaupt in den Anwendungsbereich des GWB fallen werden. Zudem eröffnet das neue Aufgreifkriterium lediglich die Möglichkeit zur Überprüfung eines Zusammenschlussvorhabens seitens der Kartellbehörden, ohne dass ein bestimmtes Untersuchungsergebnis vorgegeben wäre. Erfahrungsgemäß legt das Bundeskartellamt den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nur in wenigen Fällen Abhilfemaßnahmen auf, noch weitaus geringer ist die Zahl der Verbotsentscheidungen.

**22.** Die vom Referentenentwurf vorgesehenen Ergänzungen in § 35 Abs. 2 Satz 1 und § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB dienen dem Ausschluss der Anschluss- und der Bagatellmarktklausel in den Fällen des neuen Aufgreifkriteriums. Sie folgen unmittelbar aus der Einführung des § 35 Abs. 1a Ref-E.<sup>19</sup> Die Ergänzung in § 35 Abs. 2 Satz 1 Ref-E, wonach die Anschlussklausel in Fällen des § 35 Abs. 1a Ref-E nicht anwendbar ist, ist deshalb notwendig, weil das neue Aufgreifkriterium gerade wegen der fehlenden oder ganz geringen Umsätze des erworbenen Unternehmens eingeführt wird. Blicke die Anschlussklausel unverändert, liefe das neue Kriterium unweigerlich ins Leere.

**23.** Die Ergänzung in § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Ref-E, wonach die Bagatellmarktklausel nicht anzuwenden ist, wenn es sich um einen Markt im Sinne von § 18 Abs. 2a Ref-E handelt, ist laut Entwurfsbegründung deshalb vorzunehmen, weil der betroffene Markt ein Markt sein könne, auf dem Leistungen unentgeltlich erbracht werden. Daneben ist nach Ansicht der Monopolkommission zu bedenken, dass mit dem Erwerb eines Unternehmens in diesen Fällen oftmals gerade ein Innovationspotenzial übergeht, das sich noch nicht in marktreifen Produkten und Dienstleistungen niedergeschlagen hat.

<sup>17</sup> In den USA besteht eine Anmeldepflicht grundsätzlich schon ab einem Transaktionswert von derzeit USD 312,6 Mio. (USD 312,6 Mio. entsprechen etwa EUR 280 Mio.). Diese Schwelle wird jährlich der Entwicklung des Bruttoinlandsprodukts in den USA angepasst. Federal Register/Vol. 81, No. 16/Tuesday, January 26, 2016/Notices, S. 4299, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/federal\\_register\\_notices/2016/01/160126claytonact7afn.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/federal_register_notices/2016/01/160126claytonact7afn.pdf), Abruf am 5. Juli 2016.

<sup>18</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 458 ff., 461. Vgl. auch Tz. 950 ff. in diesem Gutachten.

<sup>19</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 461.

**24.** Laut Referentenentwurf werden die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB jeweils um eine Formulierung ergänzt, wonach ein Zusammenschluss auch dann vorliegt, wenn das Unternehmen, an dessen Vermögen Eigentumsrechte erworben werden bzw. dessen Vermögen erworben wird, noch keine Umsatzerlöse erzielt hat. Die Ergänzungen sind – auch nach Ansicht der Monopolkommission – erforderlich, weil die Rechtsprechung in der Vergangenheit insbesondere den Vermögenserwerb nicht als Zusammenschlusstatbestand erfasst hat, wenn damit keine aktuelle Marktposition verbunden ist.<sup>20</sup>

**25.** Der Begriff der Gegenleistung für den Zusammenschluss im Sinne des § 35 Abs. 1a Ref-E wird in § 38 Abs. 4a Ref-E definiert. Hiernach umfasst die Gegenleistung 1. alle Vermögensgegenstände und sonstigen geldwerten Leistungen, die der Veräußerer vom Erwerber im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss nach § 37 Abs. 1 erhält (Kaufpreis), zuzüglich 2. des Wertes etwaiger vom Erwerber übernommener Verbindlichkeiten. Die Begründung enthält weitere Konkretisierungen zur Bestimmung der Gegenleistung. Insbesondere ist danach der Begriff des Vermögensgegenstands weit zu verstehen und schließt alle Geldzahlungen, die Übertragung von Stimmrechten, Wertpapieren, von Sachanlagen sowie immateriellen Vermögensgegenständen ein, außerdem den Wert der Verbindlichkeiten. Dem Anmelder soll es nach dem Referentenentwurf grundsätzlich freistehen, welche – anerkannte – Methode zur Wertbestimmung er anwendet. Im Regelfall bedürfe es auch keiner Testate etwa durch Wirtschaftsprüfer.

**26.** Die Monopolkommission begrüßt es, dass der Referentenentwurf sich auf eine knapp gehaltene Legaldefinition beschränkt und Erläuterungen nur in die Gesetzesbegründung aufgenommen worden sind. Umfangreiche Konkretisierungen im Gesetzestext selbst würden das Risiko von Umgehungsstrategien vonseiten betroffener Unternehmen befördern. Positiv bewertet die Monopolkommission ebenfalls die in der Gesetzesbegründung enthaltene Empfehlung an das Bundeskartellamt, bei in der Praxis auftretenden größeren Schwierigkeiten mit der Wertbestimmung die Veröffentlichung entsprechender Leitlinien zu erwägen.

**27.** Die vorgeschlagene Ergänzung in § 38 Abs. 5 Satz 3 Ref-E für den Fall mehrerer Erwerbsakte resultiert ebenfalls unmittelbar aus der Einführung eines neuen Aufgreifkriteriums. Dasselbe trifft auf die geplante Erweiterung der Informationspflichten in § 39 Abs. 3 und 3a Ref-E zu, die den Wert der Gegenleistung einschließlich der Grundlagen für seine Berechnung sowie Angaben zu Art und Umfang der Tätigkeit im Inland betreffen. Dementsprechend kann das Bundeskartellamt gemäß § 39 Abs. 5 Ref-E Auskunft über die Tätigkeit eines Unternehmens im Inland verlangen.

**28.** Laut § 43a Ref-E berichtet das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie den gesetzgebenden Körperschaften nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten der Vorschrift über die Erfahrungen mit den Regelungen der §§ 35 Abs. 1a, 37 Abs. 1 Nummer 1 und 38 Abs. 4a Ref-E. Wie die geplante Evaluierung zu den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen in der Missbrauchsaufsicht hält die Monopolkommission auch eine Bewertung der geplanten Regelungen im Fusionskontrollrecht für sinnvoll. Im Hinblick auf den vorgesehenen Zeitraum von drei Jahren dürften jedenfalls die Kartellbehörden erste Erfahrungen mit dem neuen Aufgreifkriterium und damit zusammenhängenden Gesetzesänderungen gesammelt haben. Eine Auseinandersetzung mit entsprechenden Entscheidungen der Kartellgerichte wird indes aller Wahrscheinlichkeit nach erst zu einem späteren Zeitpunkt möglich sein.

### **1.3 Ausschluss des deutschen Kartellverbots bei Pressekooperationen**

**29.** Der Referentenentwurf sieht eine Ergänzung von § 30 GWB um einen neuen Absatz 2b vor, der die Anwendung des deutschen Kartellverbots (§ 1 GWB) für Vereinbarungen zwischen Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen über eine verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit (sogenannte Pressekooperationen) ausschließt. Diese Ausnahme soll jedoch nicht für eine Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich gelten, ebenso wenig für Kooperationen zwischen Unternehmen, die Presseprodukte nur vertreiben.<sup>21</sup> Außerdem sollen die unter die gesetzliche Privilegierung fallenden Unternehmen einen Anspruch auf eine kartellbehördliche Entscheidung haben, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht, wenn das

<sup>20</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 455 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 10. Oktober 2006, KVR 32/05 – National Geographic I, BGHZ 170, 130 (zit. nach Juris), Rz. 462.

<sup>21</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 53. Mit dem letztgenannten Aspekt dürften insbesondere Unternehmen der bestehenden Pressegrößen-Systeme gemeint sein, zu denen der bestehende § 30 Abs. 2a GWB eine Sonderregelung enthält; siehe hierzu noch Tz. 1023 in diesem Gutachten.



europäische Kartellverbot (Art. 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)) nicht eingreift und die Unternehmen ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an dieser Entscheidung haben. Dadurch soll den Unternehmen Rechtssicherheit gegeben werden.<sup>22</sup> Die Regelungen des Missbrauchskartellrecht bleiben unberührt.

**30.** Der Regelung liegt eine Absichtserklärung im Koalitionsvertrag der aktuellen Regierungskoalition zugrunde.<sup>23</sup> Ziel der Neuregelung ist es, den beteiligten Presseverlagen durch die Kooperation eine Stärkung ihrer wirtschaftlichen Grundlagen zu ermöglichen, um besser im Wettbewerb mit anderen Medien zu bestehen. Sie ergänzt insofern die moderaten Erleichterungen in der Fusionskontrolle, die im Zuge der 8. GWB-Novelle eingeführt worden waren.<sup>24</sup>

**31.** Die der Neuregelung zugrunde liegende Absichtserklärung im Koalitionsvertrag begründet die Notwendigkeit der Neuregelung mit Gefahren für die Pressevielfalt im Umbruch der digitalen Medienlandschaft. Die Neuregelung soll insofern nicht nur einem Schutz der Wettbewerbsfähigkeit der privilegierten Unternehmen dienen, sondern auch dem Schutz der Meinungsvielfalt. Die Nichtgeltung im Fall der redaktionellen Zusammenarbeit ist aus Sicht der Monopolkommission positiv zu werten. Zu beachten ist freilich, dass Medienprodukte über das Internet im gesamten deutschsprachigen Raum vertrieben werden können, sodass bei Kooperationen in Bezug auf solche Produkte häufig ein Binnenmarktbezug gegeben sein dürfte. In derartigen Fällen hat das europäische Recht Anwendungsvorrang vor dem deutschen Recht. Der praktische Anwendungsbereich der Neuregelung dürfte somit nur gering sein.

**32.** Mit der Neuregelung wird nach der Begründung des Referentenentwurfs speziell die Freistellung solcher Kooperationen angestrebt, die mit Rationalisierungen und Synergiegewinnen einhergehen.<sup>25</sup> Insofern erscheint die Erforderlichkeit der Neuregelung fraglich, da wirtschaftlich effiziente Kooperationen bereits nach § 2 GWB freistellungsfähig sind. Hiervon weichen die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen die neue Ausnahme eingreift („soweit [...] ermöglicht, ihre wirtschaftliche Basis für den intermedialen Wettbewerb zu stärken.“), dem Wortlaut nach ab, jedoch ohne dass sich notwendigerweise eine inhaltliche Divergenz ergibt. Zugunsten der Neuregelung mag angeführt werden, dass sie den Prüfungsschwerpunkt hinsichtlich einer Freistellung von der Prüfung der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen durch kurzfristige Effizienzen weg und auf die langfristige Förderung des Wettbewerbsprozesses hin verlagert.

**33.** Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist zu bedauern, dass der Referentenentwurf in seiner jetzigen Fassung den in der 7. Novelle (2005) erreichten weitgehenden Gleichlauf zwischen dem deutschen und europäischen Kartellverbot weiter einschränkt und zusätzliche Ausnahmen vom deutschen Kartellverbot verankert. Diese Ausnahmen haben einerseits einen nur geringen praktischen Anwendungsbereich, senden andererseits jedoch das wettbewerbspolitisch fragwürdige Signal in den Markt, dass der politische Wille zum Schutz des unverfälschten Wettbewerbs begrenzt ist.

#### **1.4 Verbesserung der behördlichen Zusammenarbeit**

**34.** Der Referentenentwurf ergänzt den bestehenden § 50c GWB, um einen weitergehenden Informationsaustausch zwischen deutschen Behörden zu ermöglichen. Die Vorschrift stellt eine Ausnahme von den bisher geltenden Vorschriften zum Schutz von Persönlichkeitsrechten sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dar, soweit diese einem Informationsaustausch zwischen den jeweils zuständigen Behörden entgegenstehen. Der Vertraulichkeitsschutz gegenüber Dritten wird durch diese Ausnahmeregelung nicht berührt.

**35.** Nach dem bestehenden § 50c Abs. 1 GWB können Kartellbehörden, Regulierungsbehörden sowie die zuständigen Behörden im Sinne des § 2 des EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetzes unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart untereinander Informationen einschließlich personenbezogener Daten und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse austauschen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist, sowie diese in ihren Verfah-

---

<sup>22</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 53.

<sup>23</sup> Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S. 13; <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>, Abruf am 5. Juli 2016.

<sup>24</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 52.

<sup>25</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 53.

ren verwerten. Diese Befugnisse werden zukünftig auf den Austausch mit dem Bundesbeauftragten und den Landesbeauftragten für den Datenschutz erweitert. Außerdem wird den Kartellbehörden durch eine Ergänzung von § 50c Abs. 2 GWB die Befugnis eingeräumt, mit den Landesmedienanstalten und der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich gegenseitig Erkenntnisse auszutauschen, soweit dies für die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist, und die daraus resultierenden Erkenntnisse mit den anderen, zuvor genannten Behörden zu teilen.

**36.** Die Ergänzung des § 50c Abs. 1 GWB stellt damit einen rechtlichen Rahmen für die Kooperation zwischen den Kartell- und den Datenschutzbehörden her, wie ihn die Monopolkommission im Zwanzigsten Hauptgutachten und im Sondergutachten 68 empfohlen hatte.<sup>26</sup> Die Monopolkommission hatte in dem Sondergutachten 68 ferner herausgearbeitet, dass in der digitalen Ökonomie auch Datenschutzverstöße marktmächtiger Unternehmen durch die Wettbewerbsregeln erfasst werden dürften.<sup>27</sup> Das Bundeskartellamt hat im Nachgang zu diesem Sondergutachten ein Verfahren eingeleitet, in dem es einen Missbrauch durch die Verwendung rechtswidriger Nutzungsbedingungen für ein soziales Netzwerk untersuchen will.<sup>28</sup> Die neu eingeführte Vorschrift dürfte das Verfahren in solchen Fällen erheblich vereinfachen.

**37.** Die Ergänzung des § 50c Abs. 2 GWB trägt dem Umstand Rechnung, dass unternehmerische Maßnahmen im Medienbereich Auswirkungen sowohl auf den Wettbewerb wie auch auf die Verbreitung von Meinungen und damit die Meinungsvielfalt haben können.<sup>29</sup> Die privaten Rundfunkanbieter unterliegen bei Zusammenschlussvorgängen deshalb, anders als die öffentlich-rechtlichen Anstalten, einer im Rundfunkstaatsvertrag festgeschriebenen medienrechtlichen Konzentrationskontrolle, die eine ausgewogene Meinungsvielfalt gewährleisten soll.<sup>30</sup> Die Überwachung der Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags zur Sicherung der Meinungsvielfalt ist Aufgabe der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und der Landesmedienanstalten.<sup>31</sup> Die Ergänzung des § 50c GWB könnte zu einer Effektivierung der Medienkonzentrationskontrolle beitragen.

## 2 Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU

**38.** Ende 2014 ist die sogenannte Kartellschadenersatzrichtlinie<sup>32</sup> in Kraft getreten. Die europarechtlichen Vorgaben aus dieser Richtlinie müssen in nationales Recht umgesetzt werden.<sup>33</sup> Der deutsche Gesetzgeber ist nach europäischem Primärrecht verpflichtet, die unmittelbare Geltung von europäischen Verordnungen und die fristgemäße und zielkonforme Umsetzung von europäischen Richtlinien sicherzustellen.<sup>34</sup> Die Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie hat bis zum 27. Dezember 2016 zu erfolgen.<sup>35</sup>

**39.** Änderungsbedarf für die gesetzlichen Regelungen in Deutschland besteht freilich nur, soweit die Richtlinienvorgaben vom derzeitigen deutschen Regelungsrahmen abweichen. Dort wo eine Umsetzung notwendig ist, wird der gesetzgeberische Umsetzungsspielraum von der Richtlinie vorgegeben. So sind einige Themen in der Richtlinie abschließend oder

<sup>26</sup> Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 66; Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 533.

<sup>27</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. (Fn. 26), Tz. 515 ff.

<sup>28</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 2. März 2016, Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts auf Marktmissbrauch durch Datenschutzverstöße.

<sup>29</sup> Dazu siehe zuletzt Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 26), Tz. 1046 ff.

<sup>30</sup> §§ 29 ff. des Staatsvertrags für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag - RStV -) vom 31. August 1991, in der Fassung des Achtzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrags vom 15./17.12.2010; konsolidierte Fassung, [http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Rechtsgrundlagen/Gesetze\\_aktuell/RStV\\_18.pdf](http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Rechtsgrundlagen/Gesetze_aktuell/RStV_18.pdf), Abruf am 30. Juni 2016.

<sup>31</sup> Dazu Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Baden-Baden 2006, Tz. 792 ff.

<sup>32</sup> Richtlinie 2014/104/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. vom 5. Dezember 2014 L 349/1.

<sup>33</sup> Art. 288 Abs. 3 AEUV.

<sup>34</sup> Vgl. Art. 288 AEUV.

<sup>35</sup> Art. 21 Richtlinie 2014/104/EU.

nahezu abschließend geregelt. Bei anderen Themen können die nationalen Gesetzgeber mitunter Regelungen vorsehen, die über die Richtlinie hinausgehen. Außerdem könnten sich Spielräume für den nationalen Gesetzgeber dort ergeben, wo die Richtlinie mit der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte in Konflikt steht.<sup>36</sup>

**40.** Die folgenden Ausführungen gehen über eine bloße Würdigung des Referentenentwurfs hinaus. Sie zielen darauf ab, zu einer europarechtskonformen Umsetzung der Richtlinie beizutragen. Außerdem macht die Monopolkommission Empfehlungen, wie die Neuregelungen so in den bestehenden Regelungsrahmen eingebettet werden können, dass ein ökonomisch sinnvolles und konsistentes Regelungssystem entsteht. Dazu wird zunächst auf die grundsätzliche Bedeutung zivilrechtlicher Ansprüche bei der Durchsetzung des Kartellrechts eingegangen. Im Anschluss werden die Regelungsziele der Richtlinie und dann die einzelnen Regelungsbereiche analysiert. Schließlich werden Vorschläge entwickelt, wie die private Rechtsdurchsetzung des Kartellrechts über die Richtlinie hinaus verbessert werden kann.

## 2.1 Die Rolle des Schadenersatzes bei der Kartellrechtsdurchsetzung

**41.** Bei den rechtlichen Folgen einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ist zwischen der öffentlichen und der privaten Rechtsdurchsetzung zu unterscheiden. Die öffentliche Rechtsdurchsetzung liegt in der Hand der Europäischen Kommission sowie der nationalen Wettbewerbsbehörden. Sie umfasst die Abstellungsanordnungen von Zuwiderhandlungen, einstweilige Maßnahmen, die Annahme von Verpflichtungszusagen und die Sanktionierung, beispielsweise durch Geldbußen.<sup>37</sup> Gleichzeitig entstehen durch einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht auch zivilrechtliche Rechte und Pflichten. Insbesondere haben Geschädigte ein Recht auf den Ersatz des ihnen entstandenen Schadens, das sie vor nationalen Gerichten geltend machen können.

**42.** Die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts wird nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) durch den Kartellschadenersatz verstärkt:

*„Ein solcher Schadenersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadenersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.“<sup>38</sup>*

**43.** Die europäische Rechtsprechung enthält daher die Vorgabe, dass jeder Geschädigte ein Recht auf Ersatz des durch einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht entstandenen Schadens hat. Der EuGH weist darauf hin, dass insbesondere die volle Wirksamkeit des Kartellverbots beeinträchtigt wäre, „wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“<sup>39</sup> Sofern zwischen dem Schaden und einem verbotenen Kartell oder Verhalten „ein ursächlicher Zusammenhang“ bestehe, kann ein Geschädigter nach Auffassung des EuGH Schadenersatz verlangen.<sup>40</sup>

**44.** Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen Geschädigte neben dem Ersatz des Vermögensschadens auch den entgangenen Gewinn sowie die Zahlung von Zinsen verlangen können. Diese Anforderung folge aus dem Effektivitätsgrundsatz und dem Recht einer jeden Person auf Ersatz des Schadens, der durch eine wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise entstanden ist.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> Vertiefend dazu Tz. 68 f. in diesem Gutachten.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 5 VO 1/2003.

<sup>38</sup> EuGH, Urteil vom 20. September 2001, C-453/99 – Courage und Crehan, Slg. 2001 I-06297, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 27.

<sup>39</sup> EuGH, Urteil vom 20. September 2001, C-453/99 – Courage und Crehan, Slg. 2001 I-06297, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 26. Bestätigt in EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, C-295/04 – Manfredi, Slg. 2006 I-06619, ECLI:EU:C:2006:461, Rz. 60. EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – Pfeiderer, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 28 sowie EuGH, Urteil vom 6. November 2012, C-199/11 – Otis u. a., veröffentlicht in der digitalen Sammlung, ECLI:EU:C:2012:684, Rz. 41.

<sup>40</sup> EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, C-295/04 – Manfredi, Slg. 2006 I-06619, ECLI:EU:C:2006:461, Rz. 61.

<sup>41</sup> EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, C-295/04 – Manfredi, Slg. 2006 I-06619, ECLI:EU:C:2006:461, Rz. 95. EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie u. a., veröffentlicht in der digitalen Sammlung, ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 24.

**45.** Die öffentliche und private Rechtsdurchsetzung sollen einander ergänzen und so die Wirkung der Wettbewerbsvorschriften verstärken. Dabei existieren Berührungspunkte, an denen das Zusammenspiel zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung geregelt werden muss. Solche Berührungspunkte ergeben sich insbesondere hinsichtlich des Zugangs zu Beweismitteln, die im behördlichen Verfahren ermittelt wurden und für die private Schadenersatzklagen relevant sind, und hinsichtlich der Anrechnung behördlich verhängter Geldbußen auf den Umfang des privaten Schadenersatzes (und umgekehrt).

**46.** Hinsichtlich des erstgenannten Berührungspunktes kam der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Pfleiderer* zu dem Schluss, dass die nationalen Gerichte im Rahmen des nationalen Rechts im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte der Rechtssache zwischen den Interessen der mutmaßlich Kartellgeschädigten und der effektiven Wirkung von Kartellschadenersatzklagen sowie dem Schutz der im behördlichen Verfahren vom Kronzeugen freiwillig vorgelegten Informationen abzuwägen haben.<sup>42</sup>

**47.** Die Notwendigkeit einer solchen Einzelfallprüfung hat der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Donau Chemie* bestätigt.<sup>43</sup> Der EuGH hat hier festgestellt, dass es zu dieser Frage keine abschließenden europarechtlichen Regelungen gebe.<sup>44</sup> Kronzeugenprogramme seien nützliche Instrumente, um Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht effizient aufzudecken und zu beenden.<sup>45</sup> Die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen könne jedoch durch die Übermittlung von Kronzeugenunterlagen an Personen, die eine Schadenersatzklage erheben wollen, beeinträchtigt werden, da Kartellbeteiligte dadurch davon abgehalten werden könnten, ein Kronzeugenprogramm zu nutzen.<sup>46</sup> Gleichwohl entspreche es ständiger Rechtsprechung, dass jedermann Ersatz des ihm entstandenen Kartellschadens verlangen könne.<sup>47</sup>

## 2.2 Regelungsziele und Inhalte der Richtlinie

**48.** Die Schadenersatzrichtlinie zielt darauf ab, die zivilrechtliche Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften in der europäischen Union zu stärken. Nach Auffassung der Richtlinienverfasser ergeben sich die privaten Ansprüche auf Schadenersatz unmittelbar aus den Artikeln 101 und 102 AEUV und damit aus dem Primärrecht der Europäischen Union:

*„Die Artikel 101 und 102 AEUV erzeugen in den Beziehungen zwischen Einzelpersonen unmittelbare Wirkungen und lassen für diese Einzelpersonen Rechte und Pflichten entstehen, die die nationalen Gerichte durchzusetzen haben. Die nationalen Gerichte haben daher bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften eine gleichermaßen wichtige Rolle zu spielen (private Rechtsdurchsetzung). In Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen schützen sie die sich aus dem Unionsrecht ergebenden subjektiven Rechte, indem sie beispielsweise den durch Zuwiderhandlungen Geschädigten Schadenersatz zuerkennen. [...]“<sup>48</sup>*

Die volle praktische Wirkung der Verbote der genannten Artikel werde allerdings nur erzielt, wenn Geschädigte den Ersatz des entstandenen Schadens auch durchsetzen könnten. In jedem Mitgliedstaat müssten daher Verfahrensvorschriften bestehen, „die gewährleisten, dass dieses Recht wirksam geltend gemacht werden [könne].“<sup>49</sup>

**49.** Solche Vorschriften sollen in der Richtlinie festgelegt werden. Ein gleichwertiger Schutz in der ganzen Union fördere auch den unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt und beseitige Hindernisse für sein reibungsloses Funktionieren.<sup>50</sup> Laut Art. 1 der Richtlinie handelt es sich um Vorschriften,

<sup>42</sup> EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – *Pfleiderer*, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 30 f.

<sup>43</sup> EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – *Donau Chemie u. a.*, veröffentlicht in der digitalen Sammlung, ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 34.

<sup>44</sup> EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – *Pfleiderer*, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 20 ff.

<sup>45</sup> EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – *Pfleiderer*, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 25.

<sup>46</sup> EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – *Pfleiderer*, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 26 f.

<sup>47</sup> EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – *Pfleiderer*, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 28.

<sup>48</sup> Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2014/104/EU.

<sup>49</sup> Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/104/EU.

*„die erforderlich sind, um zu gewährleisten, dass jeder, der einen durch eine Zuwiderhandlung [...] gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, das Recht, den vollständigen Ersatz dieses Schadens [...] zu verlangen, wirksam geltend machen kann“.*

In Art. 1 der Richtlinie werden damit das „Jedermann-Recht“ sowie das „Recht auf vollständigen Ersatz des entstandenen Schadens“ aufgegriffen. Diese beiden Anforderungen an eine wirksame private Wettbewerbsrechtsdurchsetzung wurden bereits in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt und mehrfach bestätigt.

**50.** Nach der – nicht zuletzt von Deutschland in den EU-Gesetzgebungsprozess eingebrachten – Auffassung des europäischen Gesetzgebers sollen sowohl eine Unterkompensation wie auch eine Überkompensation der Geschädigten vermieden werden. Das ergibt sich auch aus der Definition des vollständigen Schadenersatz in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie: „Der vollständige Ersatz versetzt eine Person, die einen Schaden erlitten hat, in die Lage, in der sie sich befunden hätte, wenn die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nicht begangen worden wäre.“ Neben der Vermögenseinbuße sei daher auch der entgangene Gewinn zuzüglich der Zahlung von Zinsen zu ersetzen. Die Regelungen entsprechen insofern den oben genannten Vorgaben der EU-Rechtsprechung. Gleichzeitig stellen die Richtlinienverfasser in Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 13 klar, dass die Regelungen der Richtlinie nicht zu einer Überkompensation des Schadens führen dürfen. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich dabei um Strafschadenersatz, Mehrfachentschädigung oder andere Arten von Schadenersatz handle. Der Verweis auf Strafschadenersatz dürfte hier lediglich der Klarstellung dienen, da sich in der Richtlinie ohnehin ausschließlich Regelungen zum kompensatorischen Schadenersatz und nicht zum Strafschadenersatz finden. Eine Mehrfachentschädigung könnte durch die Richtlinienregelungen zur Abwälzung des Preisaufschlags<sup>51</sup> hingegen entstehen. Das soll durch entsprechende Einschränkungen dieser Vorschriften in den Art. 12 Abs. 2 und Art. 15 verhindert werden.

**51.** Neben der Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung hat die Richtlinie außerdem die Zielsetzung, die öffentliche und private Rechtsdurchsetzung zu koordinieren. Diese Zielsetzung findet sich sowohl in Art. 1 Abs. 2 als auch in Erwägungsgrund 6 der Richtlinie. Eine Koordinierung bedeutet dabei zumeist eine Abwägung, ob die jeweilige Vorschrift die öffentliche Rechtsdurchsetzung zulasten privater Schadenersatzklagen stärken soll oder umgekehrt.

**52.** Im Folgenden werden die einzelnen Regelungsbereiche der Richtlinie genauer untersucht. Die Untersuchung orientiert sich dabei an der Struktur der Richtlinie. In dem ersten Kapitel der Richtlinie 2014/104/EU finden sich eine Bestimmung ihres Gegenstands und Anwendungsbereichs sowie Begriffsbestimmungen. Im zweiten Kapitel wird die Offenlegung von Beweismitteln behandelt. Das dritte Kapitel enthält Regelungen zur Wirkung nationaler Entscheidungen, zur Verjährung und zur gesamtschuldnerischen Haftung. Daran anschließend wird im vierten Kapitel die Abwälzung des (durch einen Wettbewerbsverstoß bedingten) Preisaufschlags behandelt. Das fünfte Kapitel betrifft die Ermittlung des Schadensumfangs. Die einvernehmliche Streitbeilegung ist im sechsten Kapitel geregelt. Die Richtlinie endet mit allgemeinen Schlussbestimmungen im siebten Kapitel.

## 2.3 Offenlegung von Beweismitteln

**53.** Der Ausgang von gerichtlichen Auseinandersetzungen über Schadenersatzklagen und damit auch die Wirksamkeit der privaten Rechtsdurchsetzung hängen maßgeblich davon ab, inwiefern die Entstehung eines Schadens sowie dessen Umfang nachgewiesen werden können. Da sich die dazu notwendigen Beweismittel häufig ausschließlich im Besitz der gegnerischen Partei oder Dritter (z. B. anderer Marktteilnehmer) befinden, sind sie dem Kläger nicht ohne Weiteres frei zugänglich.<sup>52</sup> Ohne den Zugang zu derartigen Beweismitteln wäre die Durchsetzung von Kartellschadenersatzklagen allerdings deutlich erschwert.

**54.** Der Zugang zu Beweismitteln kann über zwei Wege erfolgen. Zum einen kann der Kläger im Falle eines vorausgegangenen behördlichen Verfahrens versuchen, Beweismittel im Wege der Akteneinsicht bei der Behörde zu identifizieren.

<sup>50</sup> Art. 1 Richtlinie 2014/104/EU.

<sup>51</sup> Art. 12 ff. Richtlinie 2014/104/EU.

<sup>52</sup> Siehe Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2014/104/EU.

Zum anderen können beide Prozessparteien im Gerichtsverfahren die Offenlegung von Beweismitteln durch die jeweils andere Partei verlangen. Die Richtlinie betrifft unmittelbar nur den zweiten Regelungsbereich.

### 2.3.1 Die Regelungen der Richtlinie

**55.** Die Offenlegung von Beweismitteln wird in den Art. 5 bis 8 der Richtlinie geregelt. Ausgangspunkt ist, dass nationale Gerichte auf Antrag eines Klägers die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch den Beklagten oder einen Dritten anordnen können müssen. Dazu hat der Kläger eine substantiierte Begründung vorzulegen, die mit zumutbarem Aufwand zugängliche Tatsachen und Beweismittel enthält, die die Plausibilität seines Schadenersatzanspruchs ausreichend stützen. Ebenso müssen die Gerichte auf Antrag des Beklagten die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch den Kläger oder einen Dritten anordnen können. Die einzelnen Beweismittel oder relevanten Kategorien von Beweismitteln müssen in der substantiierten Begründung so genau und so präzise abgegrenzt sein, wie dies auf der Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist.

**56.** Die Offenlegung muss überdies verhältnismäßig sein. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung gemäß Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie sind die berechtigten Interessen aller Parteien und betroffenen Dritten zu berücksichtigen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, (erstens) inwieweit die Klage oder die Klageerwiderung durch zugängliche Tatsachen und Beweismittel gestützt wird, (zweitens) der Umfang und die Kosten der Offenlegung und (drittens) ob die offenzulegenden Beweismittel vertrauliche Informationen enthalten und welche Vorkehrungen zum Schutz dieser vertraulichen Informationen bestehen. Die nationalen Gerichte müssen dabei grundsätzlich befugt sein, auch die Offenlegung von Beweismitteln, die vertrauliche Informationen enthalten, anzuordnen, wenn sie diese als sachdienlich für die Schadenersatzklage erachten. Bei der Offenlegung solcher Informationen müssen die nationalen Gerichte über wirksame Maßnahmen für deren Schutz verfügen.

**57.** Ein spezielles Thema ist die Offenlegung von Beweismitteln, die sich im Besitz einer Wettbewerbsbehörde befinden. Zunächst ist festzuhalten, dass die beschriebenen allgemeinen Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln aus Art. 5 der Richtlinie auch für die Offenlegung von Beweismitteln von Wettbewerbsbehörden gelten, da diese „Dritte“ im Sinne der Richtlinie sind.<sup>53</sup> Darüber hinaus enthält Art. 6 der Richtlinie weitere Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln, die in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind. Art. 6 Abs. 6 verbietet die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen. Art. 6 Abs. 5 legt für einzelne Kategorien von Beweismitteln fest, dass diese erst nach Beendigung des Verfahrens der Wettbewerbsbehörde offengelegt werden dürfen. Aus Art. 6 Abs. 4 ergibt sich außerdem eine strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Unterlagen von Wettbewerbsbehörden.

**58.** Die nationalen Gerichte müssen schließlich die Möglichkeit haben, Sanktionen zu verhängen, wenn eine Offenlegungsanordnung nicht befolgt oder Beweismittel vernichtet werden. Sanktionen müssen auch erfolgen können, wenn gegen die vorgesehenen Beschränkungen der Beweisverwertung verstoßen wird. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

### 2.3.2 Umsetzungsbedarf

#### 2.3.2.1 Beweismittel bei der Gegenpartei

**59.** Der Umfang des Umsetzungsbedarfs hinsichtlich der vorgenannten Richtlinienvorgaben ist insofern nicht eindeutig. Das deutsche Recht eröffnet den Prozessparteien bereits heute verschiedene Möglichkeiten, eine Offenlegung von Beweismitteln durch die Gegenpartei zu erreichen. Die Parteien können unter den von der nationalen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen einen materiellen Anspruch auf Auskunftserteilung geltend machen (z. B. nach § 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). Dieser Anspruch kann prozessual im Rahmen einer Stufenklage (§ 254 Zivilprozessordnung (ZPO)) geltend gemacht werden. Außerdem haben die Gerichte nach § 142 ZPO die Möglichkeit anzuordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden vorlegt. Schließlich besteht die Möglich-

<sup>53</sup> Dies ergibt sich aus Richtlinie 2014/104/EU, Erwägungsgrund 15: „[...] Die nationalen Gerichte sollten auch die Offenlegung von Beweismitteln durch Dritte, einschließlich Behörden, anordnen können. [...]“. Siehe auch Richtlinie 2014/104/EU, Art. 6 Abs. 1.

keit eines selbstständigen Beweisverfahrens für Beweismittel, die verloren gehen können oder deren Nutzung erschwert werden kann (§§ 485 ff. ZPO).<sup>54</sup> Alle diese Instrumente stehen, wie von der Richtlinie gefordert, sowohl dem Kläger als auch dem Beklagten offen.

**60.** Der Umfang des materiellen Anspruchs auf Auskunftserteilung nach § 242 BGB bei Schadenersatzverfahren bzgl. Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht ist noch nicht abschließend geklärt. Aus dem Wortlaut dieser Generalklausel ergeben sich dazu auch keine Anhaltspunkte, sodass auf die Aussagen der Rechtsprechung zurückzugreifen ist. Auf Grundlage der wenigen dazu vorhandenen Urteile<sup>55</sup> kann jedoch keine abschließende Aussage darüber getroffen werden, ob die aus § 242 BGB abgeleiteten Ansprüche den Vorgaben der Richtlinie genügen.

**61.** Positiv hervorzuheben ist, dass das deutsche Prozessrecht Klägern bereits heute die Möglichkeit bietet, sich ohne großes Prozesskostenrisiko zur Offenlegung von Beweismitteln an Gerichte zu wenden. Im Rahmen von Stufenklagen nach § 254 ZPO können Auskünfte und Richtigkeitsversicherungen in Form von Hilfsansprüchen eingeholt werden. Dabei besteht ein gesetzmäßiger Anspruch auf Prüfung durch das Gericht. Da sich die Prozesskosten nach dem Wert des Streitgegenstands<sup>56</sup> bemessen, ist das Prozesskostenrisiko bei diesen Hilfsansprüchen überschaubar.

**62.** Eine Anordnung nach § 142 ZPO liegt nach deutschem Recht im alleinigen Ermessen des Gerichts. Das entspricht den Vorgaben des Art. 5 der Richtlinie, der es lediglich erforderlich macht, eine gerichtliche Ermessensentscheidung über die Offenlegung vorzusehen. Den Prozessparteien wird auch durch die Richtlinie kein allgemeiner Anspruch auf Offenlegung eingeräumt. Allerdings enthält Art. 5 Abs. 3 konkretisierende Vorgaben für die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Umsetzungsbedarf dürfte sich insoweit auf kleinere Anpassungen beschränken. Diese ermessensbeschränkenden Vorgaben an die Gerichte könnten als prozessrechtliche (Sonder-)Regelungen umgesetzt werden.

**63.** In § 33g GWB-E werden die Vorgaben der Richtlinie im Rahmen von materiellrechtlichen Ansprüchen umgesetzt. Ein solcher Spielraum besteht, weil die deutschen Regelungen über die Anforderungen der Richtlinie hinausgehen können.<sup>57</sup> Die Regelung der Richtlinie selbst ist jedoch prozessrechtlicher Natur, auch entsprechen die Vorgaben der Richtlinie, abgesehen von der Konkretisierung bezüglich der Verhältnismäßigkeitsprüfung, den Regelungen in § 142 ZPO. Eine prozessrechtliche Umsetzung wäre daher naheliegend gewesen. Die materiellrechtliche Regelung birgt zudem das Risiko, Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete zu haben. Entscheidungen über den speziellen materiellen Anspruch auf Offenlegung von Beweismitteln im Wettbewerbsrecht könnten zur Auslegung des § 242 BGB herangezogen werden. Gerade im Wettbewerbsrecht gestaltet sich die Abwägung über die Offenlegung aber sehr schwierig, da den Ansprüchen bisweilen komplexe Sachverhalte zugrunde liegen. Wettbewerbsrechtliche Einzelfallentscheidungen zur Offenlegung sollten deshalb keinen Eingang in andere Rechtsgebiete finden. Zumindest führt die Gewährung materiellrechtlicher Ansprüche jedoch zu einer Stärkung der Geschädigten, die über die Vorgaben der Richtlinie hinausgeht.

**64.** Der Gesetzgeber hat die Anforderung einer substantiierten Begründung eines Antrags auf Offenlegung von Beweismitteln nicht aus der Richtlinie übernommen. Er dürfte sich damit innerhalb seines Umsetzungsspielraums bewegen. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Richtlinie grundsätzlich auf eine Stärkung der Geschädigten abzielt. Außerdem sieht die Richtlinie ohnehin eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, die auch im Wesentlichen in den Referentenentwurf übernommen wurde. Die Abschwächung der Begründungsanforderungen ist zu begrüßen, da die in der Richtlinie geforderte substantiierte Begründung Klägern bisweilen schwer fallen dürfte. Belege dafür, dass ein Schadenersatzanspruch gerechtfertigt ist, können sich mitunter erst aus der Offenlegung von Beweismitteln ergeben.

---

<sup>54</sup> Das selbstständige Beweisverfahren steht nur bei bestimmten Beweismitteln, nämlich der Einnahme des Augenscheins, der Vernehmung von Zeugen und der Begutachtung von Zeugen zur Verfügung. Es dürfte im vorliegenden Kontext kaum relevant sein.

<sup>55</sup> Beispielsweise OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Juni 1998, U (Kart) 15/97, Rz. 95 f.

<sup>56</sup> § 3 Gerichtskostengesetz.

<sup>57</sup> Siehe Art. 5 Abs. 8 Richtlinie 2014/104/EU.

### 2.3.2.2 Beweismittel in behördlichen Akten

**65.** Ein besonderer Fall der Offenlegung von Beweismitteln liegt vor, wenn die Akten des Bundeskartellamtes bzw. die Gerichtsakten eines Kartellbußgeldverfahrens betroffen sind. § 142 ZPO gilt nicht für Beweismittel bei den Wettbewerbsbehörden, wenn diese nicht selbst Prozessparteien sind. Für Verletzte kann aber im Rahmen des Bußgeldverfahrens ein Akteneinsichtsrecht nach § 406e Strafprozessordnung (StPO) bestehen. Diese strafrechtliche Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf das behördliche Verfahren und leistet keine umfassende Regelung der Akteneinsicht bei Kartellschadenersatzklagen, wie sie von der Richtlinie gefordert wird. Insofern besteht ein Umsetzungsbedarf. Um Rechtsunsicherheit zu vermeiden, sollten bei der Umsetzung der Richtlinie für die Akteneinsicht explizite prozessrechtliche Regelungen getroffen werden, die sich an den Vorgaben der Richtlinie orientieren.

**66.** Die Vorgaben der Richtlinie hinsichtlich der Beweismittel in behördlichen Akten sind vergleichsweise differenziert, da es sich hier um einen der Berührungspunkte zwischen behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung handelt. Beweismittel, die unabhängig von einem behördlichen Verfahren vorliegen (sogenannte „bereits vorhandene Informationen“), sind von diesen Regelungen nicht betroffen.<sup>58</sup> Gerade die Dokumente, die im Rahmen des behördlichen Verfahrens erstellt werden, enthalten jedoch mitunter zentrale Informationen über Existenz und Umfang des Schadens. Zum Schutz der Instrumente im behördlichen Verfahren wird in der Richtlinie jedoch der Zugang zu bestimmten Kategorien von Beweismitteln eingeschränkt. Insbesondere verbietet die Richtlinie in Art. 6 Abs. 6 die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen.

**67.** Diese Regelung unterscheidet insofern nicht zwischen der Offenlegung von Beweismitteln aus Verfahren der Europäischen Kommission und der Offenlegung von Beweismitteln aus Verfahren einer nationalen Wettbewerbsbehörde. Sie führt zu einer Angleichung der Regeln für den Zugang zu den Akten der nationalen Behörden an die Regelungen, die für den Aktenzugang bei der Europäischen Kommission gelten.<sup>59</sup>

**68.** Die Umsetzung von Art. 6 Abs. 6 wird zugleich die Möglichkeiten von Klägern, Zugang zu relevanten Behördenunterlagen zu erhalten, beschränken. Nach der gegenwärtigen Rechtslage ist etwa in Bezug auf Kronzeugenanträge eine Abwägung der Schutzgüter im Einzelfall notwendig.<sup>60</sup> Vor diesem Hintergrund ist umstritten, ob die Richtlinienregelung mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist. Bei der Diskussion um die Richtlinienvorgaben wird allerdings zumeist ausgeklammert, dass sich der Regelungsrahmen mit Umsetzung der Richtlinie signifikant ändern wird. Die von den Kritikern der von Art. 6 Abs. 6 herangezogenen Aussagen des EuGH stammen aus der Zeit vor der Richtlinie<sup>61</sup> und lassen sich nicht zwangsläufig auf den neuen Regelungsrahmen übertragen. Die Position der Schadenersatzkläger soll mit der Richtlinie verbessert werden, wie sich schon aus Art. 1 der Richtlinie ergibt. Es ist deshalb nicht von vornherein auszuschließen, dass die Richtlinie eine vertretbare gesetzgeberische Abwägung zwischen dem Recht der Prozessparteien und dem Schutz des behördlichen Verfahrens enthält und somit die vom EuGH geforderte Abwägung im Einzelfall ausgeschlossen werden darf.

**69.** Für den nationalen Gesetzgeber besteht ohnehin kein Umsetzungsspielraum, sofern und solange der EuGH nicht die Primärrechtswidrigkeit der Regelung feststellt. Zudem gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die deutsche Rechtslage zumindest grundsätzlich den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Zu bedenken ist, dass das OLG Düsseldorf sich bereits in

<sup>58</sup> Erwägungsgrund 28 der Richtlinie 2014/104/EU.

<sup>59</sup> Siehe zur Umsetzung der Richtlinie in das EU-Recht: Europäische Kommission, Verordnung (EU) 2015/1348 vom 3. August 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. L 208, 5. August 2015, S. 3-6, eingefügter Art. 16a; sowie Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Änderung der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags (2015/C 256/04), ABl. C 256, 5. August 2015, S. 5.

<sup>60</sup> Siehe Tz. 46 ff. in diesem Gutachten.

<sup>61</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – Pfeleiderer, Slg. 2011 I-05161, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 20.



einem Urteil aus dem Jahr 2012 grundsätzlich gegen die Offenlegung von Kronzeugenanträgen und mit den Anträgen übermittelten Unterlagen und Beweisen ausgesprochen hat.<sup>62</sup>

**70.** Rechtspolitisch ist das uneingeschränkte Verbot der Offenlegung allerdings dennoch kritisch zu bewerten. Kartellgeschädigte haben ein legitimes Anrecht auf einen Ersatz des ihnen entstandenen Schadens. Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen enthalten wertvolle Beweise und Hinweise auf den entstandenen Schaden, die häufig aus keiner anderen Quelle gewonnen werden können. Das absolute Verbot der Offenlegung erschwert die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen deutlich und steht im Gegensatz zu der Zielsetzung der Richtlinie, Schadenersatzklagen zu vereinfachen. Die Haftung des Kronzeugen im Innen- und Außenverhältnis ist zudem von der Richtlinie in den meisten Fällen auf den von ihm unmittelbar verursachten Schaden beschränkt. Eine rechtliche Regelung, die es letztlich erschwert, dass Kronzeugen den von ihnen verursachten Schaden zu ersetzen haben, ist ordnungspolitisch fragwürdig.

**71.** Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass der Schutz von Kronzeugenerklärungen von Kartelltätern überstrapaziert wird. Von anwaltlicher Seite wird vorgetragen, dass Kronzeugen dazu tendieren, viele belastende Informationen in dem Kronzeugenantrag zu dokumentieren, um zu verhindern, dass diese in etwaigen Schadenersatzprozessen offengelegt werden. Die Europäische Kommission reagiere bereits auf diese Praxis, indem sie derartige Informationen in ihren Geldbußenentscheidungen veröffentlicht. Angesichts dieser Problematik ist zu begrüßen, dass in § 33e GWB-E der Begriff der Kronzeugenerklärung entsprechend der Vorgaben der Richtlinie<sup>63</sup> legaldefiniert wird.

**72.** Allerdings ist die Rechtslage auch soweit ein Aktenzugang durch die Richtlinie nicht ausgeschlossen wird verbesserungswürdig. Ein praktisches Problem der Offenlegung ergibt sich bereits heute mit Blick auf den Lauf der Verjährungsfristen. Sofern eine Partei die Offenlegung eines Beweismittels fordert, besteht für das Gericht keine Frist, in der es über den Antrag zu entscheiden hat. Die fehlende Frist könnte zur Folge haben, dass Gerichte mitunter nicht zeitnah über entsprechende Anträge entscheiden. Dies kann zu einer Verjährung der Schadenersatzansprüche führen, sofern der Kläger erst aufgrund der offenzulegenden Beweismittel erkennen kann, ob er geschädigt ist und welcher Schaden ihm entstanden ist. Die Einführung von Fristen für die gerichtliche Überprüfung insbesondere von Anträgen auf Offenlegung von Beweismitteln, die in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind, könnte hier die Position von Kartellgeschädigten verbessern.

**73.** Einzuräumen ist, dass Klägern auch Spielräume verbleiben, z. B. durch Kooperation mit einzelnen Teilnehmern eines Kartells, Informations- und Nachweisdefizite in Bezug auf Entstehung und Umfang des Schadens zu beheben. Aus Anwaltskreisen wird berichtet, dass potenzielle Kläger an Kartellteilnehmer herantreten, um belastende Informationen über andere Kartellteilnehmer zu erhalten. Im Gegenzug wird den Informationsgebern ein Verzicht auf die Geltendmachung der ihnen gegenüber entstanden Schadenersatzansprüche gewährt und gegebenenfalls sogar die Begleichung von Forderungen aus dem Innenregress zugesichert.

**74.** Kartellbeteiligte Unternehmen handeln bei Vereinbarung eines solchen Verzichts Informationen gegen eine finanzielle Besserstellung. Diese Informationen wurden durch den kooperierenden Kartellteilnehmer aufgrund seiner Beteiligung an der illegalen Absprache erlangt. Der Informationsgeber profitiert also im Nachhinein von seiner illegalen Handlung. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Informationsgeber vielfach überhaupt erst die zivilrechtliche Haftbarmachung seiner Mitkartellanten ermöglicht. Sein Nachtatverhalten verbessert effektiv die Situation der Geschädigten, der ohne eine solche Kooperation seine Ansprüche überhaupt nicht geltend machen könnte. Der Abschluss von derartigen Vereinbarungen dürfte daher aus allgemeiner rechtspolitischer Perspektive unbedenklich sein.

**75.** Es ist jedoch fraglich, ob solche Abmachungen eine Hinnahme der weiter oben beschriebenen rechtlichen Defizite rechtfertigen. Aus der wettbewerbspolitischen Perspektive der Monopolkommission gibt es trotz der Möglichkeit zu privatrechtlichen Vereinbarungen zwischen Klägern und Kartellteilnehmern durchgreifende Argumente dafür, Geschädigten den Zugang zu Beweismitteln in behördlichen Akten zu erleichtern. Ein Verzicht auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen mit nur einem Kartellbeteiligten bringt es mit sich, dass der Geschädigte letztlich nicht mehr die Möglichkeit hat, den Beklagten im Rahmen der Gesamtschuld aller Kartelltäter frei zu wählen. Eine Einsicht in die

<sup>62</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. August 2012, V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart 6/11 (OWi), 4 Kart 5/11 (OWi), 4 Kart 6/11 (OWi).

<sup>63</sup> Vgl. dazu die Begriffsbestimmung der „Kronzeugenerklärung“ in Art. 2 Nr. 16 der Richtlinie 2014/104/EU.

behördlichen Akten ist außerdem unter Umständen auch trotz der Kooperation eines Kartellteilnehmers unumgänglich, weil dieser dem Kläger Informationen vor allem zu seiner eigenen Kartellbeteiligung, aber nicht ohne Weiteres zu den Tatbeiträgen konkreter anderer Kartellmitglieder zur Verfügung stellen kann.

**76.** Die Sanktionsregeln des Art. 8 der Richtlinie wurden in den Referentenentwurf nur teilweise übernommen. In § 33g Abs. 9 GWB-E wird nur die Haftung für eine mangelhafte oder unterlassene Herausgabe von Beweismitteln bzw. Auskunfterteilung geregelt. Im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie wurde diskutiert, ob auch Wettbewerbsbehörden von der Sanktionsregelung betroffen sind. Aus den Erwägungsgründen der Richtlinie geht hervor, dass Wettbewerbsbehörden als „Dritte“ im Sinne der Richtlinie anzusehen sind.<sup>64</sup> Von besonderem Interesse ist dabei der Schutz vertraulicher Informationen. In diesem Zusammenhang bleibt es im Rahmen von § 33g GWB-E bei der bestehenden Rechtslage. Eine Sanktionierung dafür, dass vertrauliche Informationen durch die Kartellbehörden nicht ausreichend geschützt wurden, ist dort nicht geregelt. Insofern bleibt es zunächst bei den einschlägigen strafrechtlichen Vorschriften (§§ 201 ff. Strafgesetzbuch (StGB)). Darüber hinaus sind auch Schadenersatzansprüche möglich. Für diesen Fall gelten jedoch die hohen Anforderungen der Staatshaftung. Eine direkte Übernahme des Art. 8 der Richtlinie in das GWB hätte zu einheitlichen Voraussetzungen für die Sanktionierbarkeit geführt. Es ist unklar, ob die bestehende Rechtslage den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Zumindest aus wettbewerbspolitischer Sicht ist eine solche Regelung jedoch nicht zwingend erforderlich.

## 2.4 Verjährung

**77.** Die Verjährung hat im Wettbewerbsrecht eine größere Bedeutung als in anderen Rechtsgebieten. Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht finden häufig über einen längeren Zeitraum statt, der mehrere Jahre betragen kann. Darüber hinaus sind Schadenersatzklagen häufig erst nach Feststellung eines Verstoßes durch die Wettbewerbsbehörde oder sogar eine Rechtsmittelinstanz erfolgsversprechend.<sup>65</sup> Es muss daher sichergestellt werden, dass Schadenersatzansprüche zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt sind, da ansonsten die effektive zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts übermäßig behindert würde. Andererseits dienen die Vorschriften zur Verjährung dazu, Rechtssicherheit zu gewährleisten und Rechtsfrieden herzustellen. Die Verjährungsregelungen zu Kartellschadenersatzansprüchen sollten daher den Anforderungen an Rechtssicherheit und Rechtsfrieden genügen, aber dennoch die Durchsetzung von Ansprüchen nicht übermäßig erschweren.

### 2.4.1 Die Regelungen der Richtlinie

**78.** Die Verjährung wird in Art. 10 der Richtlinie behandelt. Die Regelungen betreffen zunächst Beginn und Dauer sogenannter subjektiver (kenntnisabhängiger) Verjährungsfristen. Die Verjährungsfrist darf demnach nicht beginnen, bevor die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beendet wurde und der Kläger von bestimmten Umständen Kenntnis erlangt hat oder diese Kenntnis vernünftigerweise erwartet werden kann. Damit die Verjährungsfrist beginnen kann, muss dem Geschädigten bekannt sein, dass mit dem relevanten Verhalten gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen wurde, dass ihm durch das Verhalten ein Schaden entstanden ist und wer den Verstoß begangen hat. Die Verjährungsfrist enthält auch konkrete Vorgaben zur Dauer der Verjährung. Außerdem muss nach den Vorgaben der Richtlinie die Verjährungsfrist bei einer Untersuchung oder einem Verfahren durch eine Wettbewerbsbehörde gehemmt oder unterbrochen werden. Die Hemmung/Unterbrechung darf frühestens ein Jahr, nachdem die Zuwiderhandlungsentscheidung bestandskräftig geworden oder das Verfahren auf andere Weise abgeschlossen worden ist, enden.

**79.** Zu absoluten (kenntnisunabhängigen) Verjährungsfristen werden in der Richtlinie keine expliziten Regelungen getroffen. In Erwägungsgrund 36 der Richtlinie wird den Mitgliedstaaten jedoch erlaubt, derartige absolute Verjährungsfristen einzuführen oder beizubehalten, sofern diese die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

<sup>64</sup> Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 2014/104/EU.

<sup>65</sup> Vgl. Erwägungsgrund 36 der Richtlinie 2014/104/EU.

## 2.4.2 Umsetzungsbedarf

**80.** Derzeit gelten für Schadenersatzansprüche aus Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht die allgemeinen Verjährungsregeln aus §§ 195 und 199 BGB. Diese Regelungen dürften jedoch nicht den Anforderungen der Richtlinie genügen, sodass es zukünftig einer speziellen Regelung der Verjährung im Wettbewerbsrecht bedarf.

### 2.4.2.1 Subjektive Verjährungsfristen

**81.** Hinsichtlich der subjektiven Verjährungsfristen sind sowohl Beginn als auch Dauer der Verjährungsfrist anzupassen. Nach der Richtlinie darf die Verjährungsfrist nicht vor Beendigung der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beginnen. Gemäß der aktuellen deutschen Rechtslage beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.<sup>66</sup> Nach § 33h Abs. 2 GWB-E wird die derzeitige Regelung dahin gehend ergänzt, dass die Verjährungsfrist erst nach Abstellung der Zuwiderhandlung einsetzt. Für fortgesetzte Zuwiderhandlungen bedeutet dies, dass die Verjährungsfrist dann erst nach der letzten Zuwiderhandlung beginnen kann.

**82.** Nach der Richtlinie muss die Verjährungsfrist mindestens fünf Jahre betragen. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt im deutschen Recht derzeit drei Jahre.<sup>67</sup> Die bestehende Frist im deutschen Recht wird nach § 33h Abs. 1 GWB-E auf fünf Jahre angehoben. Es wäre allerdings möglich gewesen, über die von der Richtlinie vorgegebene Untergrenze von fünf Jahren für eine subjektive Verjährungsfrist hinauszugehen. In anderen Mitgliedstaaten der EU (z. B. im Vereinigten Königreich) bestehen derzeit bereits längere Verjährungsfristen. Da Deutschland auch zukünftig hinter diesen Regelungen zurück bleibt, werden Anreize gesetzt, Schadenersatzprozesse in anderen Mitgliedstaaten zu führen. Eine Prozessführung im Ausland dürfte für deutsche Unternehmen, egal ob auf Kläger- oder Beklagenseite, sowie für Verbraucher zu höherer Rechtsunsicherheit und möglicherweise auch zu höheren Prozesskosten führen, ohne dass hiermit erkennbare wettbewerbspolitische Vorteile verbunden wären.

### 2.4.2.2 Absolute Verjährungsfristen

**83.** Absolute Verjährungsfristen sind nach der Richtlinie grundsätzlich möglich. Diese räumt den Mitgliedstaaten nämlich das Recht ein, derartige absolute Verjährungsfristen einzuführen oder beizubehalten, sofern diese die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.<sup>68</sup> Im deutschen Recht finden sich heute absolute Verjährungsfristen in § 199 Abs. 3 BGB. Demnach verjähren Schadenersatzansprüche erstens ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und zweitens ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. Maßgeblich ist die früher endende Frist.

**84.** Die Monopolkommission empfiehlt, auch zukünftig im deutschen Recht absolute Verjährungsfristen für Schadenersatzansprüche aus Wettbewerbsverstößen vorzusehen, schon um einen Gleichlauf zwischen den allgemeinen Verjährungsregeln im BGB und den besonderen Regelungen für Kartellschadenersatz zu erreichen.

**85.** Nach § 33h Abs. 3 GWB-E sind anders als in § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB für den Verjährungsbeginn nicht nur die Entstehung des Schadenersatzanspruchs, sondern auch die Beendigung der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen. Diese Regelung ist zu begrüßen. Da Kartellschadenersatzansprüche (anders als die Schadenersatzansprüche, auf die sich § 199 Abs. 3 BGB üblicherweise bezieht) zumeist aus geheimen Handlungen herrühren, wissen Geschädigte häufig nicht, dass ein Schadenersatzanspruch entstanden ist. Daher könnte das Abstellen auf die Entstehung des Schadenersatzanspruchs dazu führen, dass häufig Ansprüche vor Kenntnisnahme des Geschädigten verjähren. Zudem wäre es sinnvoll gewesen,

<sup>66</sup> § 199 Abs. 1 BGB.

<sup>67</sup> § 195 BGB.

<sup>68</sup> Erwägungsgrund 36 der Richtlinie 2014/104/EU.

für Kartellschadenersatzklagen eine absolute Verjährungsfrist von 15 Jahren statt der derzeitigen 10 Jahre anzusetzen, um die Effektivitätsforderung aus Erwägungsgrund 36 der Richtlinie zu erfüllen. Die unveränderte Übertragung von § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB könnte nämlich die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz behindern und somit im Widerspruch zu den Regelungen der Richtlinie stehen.

**86.** § 199 Abs. 3 Nr. 2 BGB konnte in dem Referentenentwurf hingegen ohne größere Änderungen auf die Kartellschadenersatzanspruchsverjährung übertragen werden. Auch eine Verjährung nach 30 Jahren birgt zwar bei langandauernden Kartellverstößen die Gefahr, dass Ansprüche aus den ersten Jahren des Verstoßes bei Aufdeckung bereits verjährt sind, wenn als Verjährungsbeginn der Zeitpunkt der Zuwiderhandlung herangezogen wird. Nach einer so langen Frist wie 30 Jahre ist nach Auffassung der Monopolkommission jedoch den Zielen Rechtsfrieden und Rechtssicherheit höhere Bedeutung beizumessen als dem Anspruch des Geschädigten auf vollen Ersatz des entstandenen Schadens.

### **2.4.2.3 Verjährung und indirekt Geschädigte**

**87.** Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen stellt für indirekt Geschädigte eine noch größere Gefahr dar als für direkt Geschädigte. Es liegt nahe, dass indirekte Abnehmer eines Kartells häufig später als direkte Abnehmer von Schadenersatzansprüchen erfahren, die sie geltend machen können. Eine wichtige Gelegenheit für indirekte Abnehmer, auf etwaige Ansprüche aufmerksam zu werden besteht darin, dass die direkten Abnehmer Schadenersatzansprüche geltend machen. Kartellbeteiligte Unternehmen könnten versucht sein, zivilrechtliche Klagen von direkten Abnehmern zu verzögern, um die Verjährung von Ansprüchen indirekter Abnehmer zu erreichen. Das Risiko von Verzögerungen besteht insbesondere im Fall von Vergleichsverhandlungen, da kartellbeteiligte Unternehmen versucht sein könnten, langwierige Vergleichsverhandlungen zu führen, um eine Klageerhebung zu verhindern.

**88.** Es sollte jedoch verhindert werden, dass derartige Verzögerungsmöglichkeiten von kartellbeteiligten Unternehmen genutzt werden, um sich effektiv der Haftung zu entziehen. Grundsätzlich wird dem schon dadurch vorgebeugt, dass für direkte Abnehmer die gleichen Verjährungsfristen gelten wie für indirekte Abnehmer. Es liegt nahe, dass direkte Abnehmer sobald die Verjährungsfrist näher rückt, ihre Ansprüche vor Gericht geltend machen, um einer Verjährung vorzubeugen.

**89.** Allerdings enthält der durch die Richtlinie vorgegebene Rechtsrahmen keine Regelung für Nachteile, die sich für indirekte Abnehmer aus einer Verjährungsverzichtsvereinbarung ergeben können. Es ist denkbar, dass kartellbeteiligte Unternehmen bei einer drohenden Klage durch einen direkten Abnehmer zu einer Verjährungsverzichtsvereinbarung bereit sind, etwa um die Verhandlungen um einen für sie günstigen Vergleich nicht zu gefährden. Diese würde bewirken, dass zwar der direkte Abnehmer nicht mehr gezwungen ist, vor Ablauf der Verjährungsfrist tätig zu werden. Ein solches Vorgehen könnte sich jedoch zum Nachteil der indirekten Abnehmer auswirken, da sie einer Möglichkeit beraubt werden, auf mögliche Schadenersatzansprüche aufmerksam zu werden. Da die direkten Abnehmer ohnehin nicht verpflichtet sind, Schadenersatzklagen zu erheben, kann man jedoch nicht von einer tatsächlichen Schlechterstellung sprechen.

**90.** Den beschriebenen negativen Effekten einer Verjährungsverzichtsvereinbarung könnte nach Auffassung der Monopolkommission dennoch dadurch begegnet werden, dass bei Abschluss einer solchen Vereinbarung industrielle Abnehmer und betroffene Verbraucherverbände in Kenntnis zu setzen sind.

## **2.5 Gesamtschuldnerische Haftung**

**91.** In einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht ist häufig mehr als ein Unternehmen verwickelt. Daher ist zu regeln, in welcher Höhe ein einzelnes am Wettbewerbsverstoß beteiligtes Unternehmen haften soll. Hierzu dient die Rechtsfigur der gesamtschuldnerischen Haftung, die sich im deutschen Recht in §§ 420 ff. BGB findet. Im Rahmen einer Gesamtschuld hat jedes einzelne beteiligte Unternehmen einem Geschädigten den vollständigen Ersatz des entstandenen Schadens zu leisten. Der Geschädigte kann freilich den Schadenersatz nur einmal einfordern. Sofern ein Unternehmen mehr als den ihm zurechenbaren Schaden ersetzt, entstehen ihm Ausgleichsansprüche gegenüber den anderen am Wettbewerbsverstoß beteiligten Unternehmen.

## 2.5.1 Die Regelungen der Richtlinie

**92.** Die gesamtschuldnerische Haftung wird in Art. 11 der Richtlinie geregelt. Unternehmen, die durch gemeinschaftliches Handeln gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen haben, haften mit der Wirkung, dass jedes dieser Unternehmen zum vollständigen Ersatz des Schadens verpflichtet ist. Der Geschädigte hat das Recht, von jedem von ihnen vollständigen Schadenersatz zu verlangen.

**93.** Kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) werden nach den Vorgaben der Richtlinie bei der gesamtschuldnerischen Haftung privilegiert. Sofern ein KMU kein Kartellführer oder Wiederholungstäter ist, haftet es lediglich gegenüber seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern, wenn sein Marktanteil während der Zuwiderhandlung stets weniger als fünf Prozent betrug und die Anwendung der normalen Regeln zur gesamtschuldnerischen Haftung seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit unwiederbringlich gefährden und seine Aktiva jeglichen Werts berauben würde.

**94.** Ebenso werden Kronzeugen bei der gesamtschuldnerischen Haftung privilegiert. Diese haften grundsätzlich nur gegenüber ihren unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten. Gegenüber anderen Geschädigten haften sie nur dann, wenn von den anderen Kartelltätern kein vollständiger Schadenersatz erlangt werden kann. Auch im Innenverhältnis darf der Ausgleichsbetrag, den ein Kronzeuge an andere Rechtsverletzer zu entrichten hat, nicht höher sein, als der Schaden, den er seinen eigenen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern und Lieferanten verursacht hat.

## 2.5.2 Umsetzungsbedarf

### 2.5.2.1 Unternehmensbegriff

**95.** Nach Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie haften Unternehmen, „die [...] gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen haben“. Auch nach Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie handelt es sich bei dem Rechtsverletzer um „das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung, das bzw. die die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat“.<sup>69</sup> Im Folgenden soll geklärt werden, inwiefern diese Regelungen auf europäischem Primärrecht beruhen und inwieweit dadurch ein Umsetzungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber entsteht.

**96.** Nach der europäischen Rechtsprechung zu Art. 101 f. AEUV leitet sich die Haftung des Unternehmens von dessen persönlicher Verantwortlichkeit für die kartellrechtliche Zuwiderhandlung ab.<sup>70</sup> Die persönliche Verantwortlichkeit trifft dabei das Unternehmen als wirtschaftliche und nicht als rechtliche Einheit. Das dürfte einheitlich im Bußgeld- und im Schadensrecht gelten.<sup>71</sup> Allerdings bedeutet die persönliche Verantwortlichkeit nicht, dass das Unternehmen selbst als haftbares Rechtssubjekt anzusehen wäre. Im Rechtsverkehr handeln vielmehr Personen im Rechtssinne oder teilrechtsfähige Organisationsstrukturen<sup>72</sup> für das Unternehmen, und zwar auch bei Zuwiderhandlungen, die eine persönliche Verantwortlichkeit des Unternehmens begründen können. Außerdem muss von der persönlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens die Möglichkeit abgeleitet werden, bestimmte Rechtsträger in Anspruch zu nehmen.

**97.** Nach der europäischen Rechtsprechung findet deshalb im Bußgeldrecht eine mehrfache Zurechnung statt: Zuerst wird das Verhalten des handelnden Vertreters dem direkt beteiligten Unternehmensteil (rechtliche Einheit) zugerechnet.<sup>73</sup> Außerdem kann, unter den von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen, das Verhalten eines Unternehmensteils (z. B. einer Tochtergesellschaft) anderen Unternehmensteilen zugerechnet werden (z. B. einer Mutterge-

---

<sup>69</sup> So auch Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2014/104/EU.

<sup>70</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 27 ff.

<sup>71</sup> Siehe zum Schadensrecht: EuGH, Urteil vom 5. Juni 2014, C-557/12 – Kone u. a., ECLI:EU:C:2014:1317, Rz. 37 und Tenor, wo wie im Bußgeldrecht auf die Haftung des „Unternehmens“ abgestellt wird.

<sup>72</sup> So z. B. Gesellschaften bürgerlichen Rechts.

<sup>73</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 73 m. Verweis auf EuGH, Urteil vom 7. Juni 1983, 100-103/80 – Musique Diffusion Française, ECLI:EU:C:1983:158, Slg. 1983, 1825, Rz. 97 f. u. a.

sellschaft).<sup>74</sup> Abgeleitet von der (materiellen) persönlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens werden umgekehrt diejenigen rechtlichen Einheiten, die Teil des Unternehmens sind, mit einem vollstreckbaren Rechtstitel als (formelle) Haftungsadressaten in Anspruch genommen.<sup>75</sup> Im EU-Bußgeldrecht wird also zwischen der persönlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit und der Frage unterschieden, welches rechtlich relevante Verhalten rechtlicher Einheiten wechselseitig zurechenbar ist bzw. welche rechtliche Einheiten (formell) in Anspruch genommen werden können.

**98.** Hinsichtlich des zivilen Schadensrechts hat die europäische Rechtsprechung – anders als im Bußgeldrecht – bisher keine eindeutigen Vorgaben dazu entwickelt, ob bzw. in welchem Umfang dies eine Haftung aller Teile eines Unternehmens erfordert. Zwar gilt der Grundsatz, dass jedermann von einem Unternehmen Ersatz des Schadens verlangen können muss, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist. Allerdings ist es Sache der nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Unionsrecht anzuwenden haben, die volle Wirkung dieses Rechts zu gewährleisten und die Rechte zu schützen, die das Unionsrecht dem Einzelnen verleiht.<sup>76</sup> Dies gilt auch in Hinblick auf die Frage, inwieweit der Umfang eines individuellen Verschuldens von rechtlich selbstständigen Teilen einer wirtschaftlichen Einheit zu berücksichtigen ist. Die europäische Rechtsprechung hat insoweit lediglich entschieden, dass das europäische Kartellrecht einer Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach es aus Rechtsgründen kategorisch ausgeschlossen ist, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für Schäden haften.<sup>77</sup>

**99.** Nach dem bestehenden deutschen Kartellschadensrecht wird das vorsätzliche oder fahrlässige Verschulden (d. h. die materielle Verantwortlichkeit) zugerechnet, und zwar sowohl von Vertretern (§§ 31, 89 BGB) wie auch in Konzernstrukturen (§ 831 BGB).<sup>78</sup> Mehrere Teile eines Konzerns haften bei gemeinschaftlicher Begehung (§ 830 BGB), wenn jedem von ihnen Verschulden zuzurechnen ist. Die Verschuldenszurechnung erfolgt stets zu Personen im Rechtssinn oder teilrechtsfähigen Organisationsstrukturen, d. h. rechtlichen und nicht wirtschaftlichen Einheiten. Damit ist ein eigenes oder zugerechnetes Verschulden jedes einzelnen Gliedes in der Haftungskette erforderlich. Weil aber bei jedem Glied der Haftungskette ein Verschuldensnachweis erforderlich ist, laufen – anders als im EU-Recht – die (materielle) Verantwortlichkeit und (formelle) Haftung im Ergebnis gleich.

**100.** Die Schadenersatzrichtlinie sieht nun zwar die Schadenersatzpflicht des Unternehmens vor, lässt aber nationale Zurechnungs- und Verschuldensnormen unberührt.<sup>79</sup> Wenn die Richtlinie eine Möglichkeit zur Inanspruchnahme des gesamten Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit vorschreiben würde, ginge sie über die europäische Rechtsprechung zu Art. 101 f. AEUV hinaus. Denn diese erfordert wie erwähnt nur eine „wirksame“ Durchsetzung des EU-Kartellrechts.<sup>80</sup> Damit lässt die Rechtsprechung einen gewissen Raum für die Berücksichtigung der Besonderheiten nationalen Rechts.

**101.** Bei einer Auslegung der Richtlinie auf Basis der europäischen Rechtsprechung dürfte die Vorgabe, dass der Geschädigte das Recht, vollständigen Ersatz seines Schadens von dem seine Rechte verletzenden „Unternehmen [...] zu verlangen, wirksam geltend machen kann“<sup>81</sup>, dahin gehend zu verstehen sein, dass die (materielle) Verantwortlichkeit

<sup>74</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 73 m. Verweis auf EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 57 f., 77.

<sup>75</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 91 m. w. N.

<sup>76</sup> EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie u. a., ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 21 f.

<sup>77</sup> EuGH, Urteil vom 5. Juni 2014, C-557/12 – Kone u. a., ECLI:EU:C:2014:1317, Rz. 37. In Ermangelung einer einschlägigen Unionsregelung bleibt es nach dieser Rechtsprechung jedoch hinsichtlich der Modalitäten für die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz bei den Grundsätzen des nationalen Rechts; siehe ebenda, Rz. 24. Siehe in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2014/104/EU; dazu sogleich unten Tz. 100.

<sup>78</sup> Siehe zum selben Gedanken im Schuldrecht auch §§ 276, 278 BGB.

<sup>79</sup> Art. 2 f. bzw. Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2014/104/EU.

<sup>80</sup> EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie u. a., ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 21 f.

<sup>81</sup> Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2014/104/EU.

das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit trifft und dass das Unternehmen in einem Rahmen in Anspruch genommen werden können muss, der gewährleistet, dass der Kläger seinen Schadenersatzanspruch „wirksam“ gelten machen kann. Diese grundsätzliche materielle Verantwortlichkeit muss dabei alle Personen im Rechtssinn oder teilrechtsfähigen Organisationsstrukturen treffen, die Teil derselben wirtschaftlichen Einheit sind.

**102.** Die Richtlinie schließt aber gleichwohl nicht aus, dass das nationale Recht es nur gestattet, einzelne Personen im Rechtssinn oder teilrechtsfähige Organisationsstrukturen in Anspruch zu nehmen, sofern die zusätzliche Voraussetzung erfüllt ist, dass jene Rechtsträger ein Verschulden trifft oder es ihnen zuzurechnen ist.<sup>82</sup> Eine Grenze ist lediglich dann überschritten, wenn eine solche zusätzliche Voraussetzung die wirksame Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vereitelt. Das ist nach den Verschuldensvoraussetzungen des deutschen Rechts indes nicht anzunehmen.

**103.** Einer derartigen Beschränkung der Haftung auf Fälle verschuldeter Zuwiderhandlungen dürfte auch die Feststellungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen nicht entgegenstehen.<sup>83</sup> Zwar stellen die Kartellbehörden bei einer Entscheidung auf Grundlage der EU-Kartellrechtsvorschriften (Art. 101 f. AEUV) die Zuwiderhandlung des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit fest. Die Feststellungswirkung einer Entscheidung geht aber nicht weiter als die in den genannten Vorschriften enthaltenen Vorgaben zum Umfang der persönlichen Haftung für Kartellrechtsverstöße. Damit steht sie einer verschuldensabhängigen Haftungsausgestaltung nicht entgegen.

**104.** Das bedeutet, dass im Rahmen der Richtlinienumsetzung zwar keine Regelung erforderlich sein dürfte, um die Schadenersatzpflicht verschuldensunabhängig auf das gesamte Unternehmen zu erstrecken. Insofern ist also nicht zu beanstanden, dass der Referentenentwurf hier keine Regelung vorsieht. Aus Gründen der Rechtsklarheit wäre allerdings eine Regelung zu begrüßen, die explizit vorsieht, dass neben dem Anspruchsverpflichteten, dem das Verhalten seiner Vertreter nach §§ 31, 89 BGB zuzurechnen ist, ein Schadenersatzanspruch auch in folgendem Fall gegeben ist:

*Natürliche und juristische Personen sowie Personenvereinigungen sind in gleicher Weise zum Ersatz des Schadens verpflichtet wie die juristischen Personen und Personenvereinigungen,*

- a) mit denen sie zur Zeit des Verstoßes ein Unternehmen gebildet haben und*
- b) mit denen sie durch die gemeinschaftliche vorsätzliche und fahrlässige Begehung des Verstoßes einen Schaden verursacht haben.*

**105.** Mit einer solchen Regelung würde klargestellt, dass die Schadenersatzpflicht in Fällen europarechtlicher Kartellrechtsverstöße zwei voneinander zu unterscheidende Grundlagen hat: die persönliche Verantwortlichkeit des Unternehmens (EU-Vorgabe) und die konkrete Haftung im Einzelfall, die durch ein eigenes Verschulden (nationales Recht) ausgelöst wird.

**106.** Auch im Falle einer Aufnahme einer solchen Regelung in das Gesetz verbleiben allerdings offene Fragen. Erstens hat aus Sicht der Monopolkommission die Entwicklung im Bußgeldrecht gezeigt, dass Unternehmen durch Umstrukturierung Haftungslücken gezielt ausnutzen.<sup>84</sup> Zweitens wäre es mit Blick auf die Sicherstellung einer einheitlichen Haftung konsequent, wenn der Gleichlauf bzgl. des persönlichen Haftungsumfangs im Kartellschadenersatz und im Kartellbußgeldrecht aufrechterhalten würde. Ein solcher Gleichlauf besteht bislang ausgehend von einer verschuldensabhängigen Haftung der rechtlichen Einheit. Die Änderungen, die der Referentenentwurf hinsichtlich der bußgeldrechtlichen Haftung vorsieht, werden zu einer Erweiterung der bußgeldrechtlichen Haftung und damit zur Aufgabe der Kohärenz der Haftung im Bußgeldrecht und im Schadenersatzrecht führen.

**107.** Gegen eine an das Bußgeldrecht angelehnte Erweiterung der Haftung im Zivilrecht könnte hingegen sprechen, dass hierdurch die Einheit der Haftungsgrundsätze im deutschen Zivilrecht aufgeweicht würde. Außerdem werden Bedenken geäußert, dass spezielle Haftungsregelungen im Kartellrecht eine Ausstrahlungswirkung auf andere Rechtsgebiete haben könnten. Allerdings wird der Kartellschadenersatz speziell im GWB und nicht im allgemeinen Zivilrecht geregelt, sodass

<sup>82</sup> Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2014/104/EU.

<sup>83</sup> Anders: Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB/Teil 1, 5. Aufl., München 2014, § 33 Rz. 32.

<sup>84</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 1 ff.

ohne ein einheitliches Haftungssystem besteht. Eine Ausstrahlungswirkung auf andere Rechtsgebiete ist zwar denkbar, aber nicht sehr wahrscheinlich, da es sich mit dem Kartellrecht um ein spezielles Rechtsgebiet handelt.

**108.** Dennoch stellt sich auch in anderen Rechtsgebieten die Frage, wie damit umzugehen ist, wenn ein EU-Sekundärrechtsakt die Haftung des „Unternehmens“ vorsieht.<sup>85</sup> Die vorgeschlagene gesetzliche Klarstellung, die das Verschuldenserfordernis als Haftungsvoraussetzung festschreibt und damit drohender Rechtsunsicherheit vorbeugt, könnte insofern als Vorbild für andere Rechtsgebiete dienen.

### 2.5.2.2 Privilegierung von KMU und Kronzeugen

**109.** Nach den Vorgaben der Richtlinie sind KMU gemäß der Definition in der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission und Kronzeugen bei der gesamtschuldnerischen Haftung zu privilegieren. Grundsätzlich soll eine Haftung dieser Kartelltäter nur gegenüber ihren unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern bzw. Lieferanten bestehen. Eine solche Bevorzugung existiert bisher nicht im deutschen Recht.<sup>86</sup>

**110.** Um eine richtlinienkonforme Umsetzung zu erreichen, müssen beide genannten Vorgaben zur Privilegierung in der gesamtschuldnerischen Haftung in das deutsche Recht überführt werden. Die Sinnhaftigkeit der Vorgaben erschließt sich in unterschiedlichem Maße. Die Privilegierung der KMU ist rechtspolitisch problematisch und dürfte in der Praxis kaum Bedeutung erlangen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift wird die Haftungsbeschränkung nur greifen, wenn die Anwendung der normalen Regeln die Aktiva des KMU jeglichen Werts berauben würde. In der Begründung des Referentenentwurfs wird zu Recht darauf hingewiesen, dass dies nicht bereits dadurch geschieht, dass das schadenersatzpflichtige Unternehmen insolvent wird.<sup>87</sup> Nur wenn auch eine Übernahme oder der Verkauf von Vermögenswerten sich unwahrscheinlich oder unmöglich darstellen, dürfte die Voraussetzung erfüllt sein. Zudem enthält die Richtlinie die Inkonsistenz, dass KMU durch die Richtlinie zwar im Außenverhältnis privilegiert werden, aber keine entsprechende Vorschrift für das Innenverhältnis besteht. In § 33d Abs. 3 GWB-E wird diese logische Lücke geschlossen, indem der Innenregress parallel zum Außenregress geregelt wird. Die Monopolkommission hat bereits darauf hingewiesen, dass bei der Umsetzung dieser Richtlinienvorgabe die Nachweisanforderungen bzgl. der Marktanteile im Kartellzeitraum und der Bedrohung der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der KMU so ausgestaltet werden sollten, dass Verfahrensverzögerungen verhindert werden.<sup>88</sup> Hierzu finden sich allerdings im Referentenentwurf keine Regelungen.

**111.** Die Privilegierung der Kronzeugen hingegen soll die zukünftige Attraktivität von Kronzeugenprogrammen gewährleisten. Der den Kronzeugen gewährte Bußgelderlass könnte nämlich durch Schadenersatzansprüche von Kartellgeschädigten unterminiert werden. Kronzeugen wären ohne eine Haftungsprivilegierung häufig das erste Ziel von Schadenersatzklagen. Die Richtlinie löst dieses Problem, indem sie die gesamtschuldnerische Haftung auf die unmittelbaren Abnehmer und Lieferanten des Kronzeugen beschränkt und diesen ansonsten nur subsidiär in dem Fall haften lässt, dass von den anderen Kartelltätern kein Schadenersatz verlangt werden kann. Im Ergebnis werden Kronzeugen in der Zukunft in doppelter Hinsicht besser gestellt. Erstens profitieren sie von einem Erlass oder einer Verringerung des Bußgelds. Zweitens sind sie in Bezug auf Schadenersatzansprüche besser gestellt als ihre Mittäter. An dieser doppelten Besserstellung könnte zwar kritisiert werden, dass sie den Kronzeugen über Gebühr schützt. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass durch die Regelung der Richtlinie mit dem Kronzeugenprogramm das zentrale Instrument der Wettbewerbsbehörden zur Kartellentdeckung weiter gestärkt wird, was grundsätzlich zu begrüßen ist.

**112.** Die Privilegierung von KMU und Kronzeugen könnte gewisse rechtliche Schwierigkeiten mit sich bringen. Die dadurch entstehende gestörte Gesamtschuld dürfte es Kartellgeschädigten erschweren, Schadenersatzansprüche erfolg-

<sup>85</sup> Siehe zum Datenschutzrecht: Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. vom 4. Mai 2016 L 119/1, Art. 83 Abs. 5: „Bei Verstößen [...] werden im [...] Geldbußen von bis zu 20 000 000 EUR oder **im Fall eines Unternehmens** von bis zu 4 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs verhängt [...]“. Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>86</sup> Vgl. §§ 420 ff. BGB.

<sup>87</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 58 f.

<sup>88</sup> Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 953.



reich geltend zu machen. Dies könnte zu längeren Verfahren führen und so die Attraktivität des privaten Schadenersatzes verringern. Insbesondere die Vorgabe, dass Kronzeugen nur subsidiär haften, dürfte in dem Fall, dass Kläger keinen vollständigen Schadenersatz von den anderen Kartellbeteiligten erlangen können, zu höheren Prozesskosten und einem späteren Zeitpunkt des Schadenersatzes führen. Mit § 33e Abs. 2 GWB-E wird diesem Problem zumindest teilweise vorgebeugt, indem eine Schadenersatzpflicht des Kronzeugen für den Fall ausgeschlossen wird, dass die Schadenersatzansprüche gegen die übrigen Rechtsverletzer bereits verjährt sind. Diese Konkretisierung dürfte im Einklang mit der Richtlinie stehen. Da in der Richtlinie ebenfalls Verjährungsfristen vorgesehen sind, dürfte es nicht im Sinne der Richtlinie sein, wenn diese aufgrund der besonderen Voraussetzungen der Anspruchsentstehung in der subsidiären Haftung der Kronzeugen unterlaufen werden. Die Vorgabe der Richtlinie, in diesem Zusammenhang Verjährungsfristen vorzusehen, die angemessen und ausreichend sind, damit die Geschädigten die entsprechenden Klagen erheben können, schränkt zwar den Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers ein.<sup>89</sup> Die genannte Regelung dürfte jedoch dennoch von dem Umsetzungsspielraum erfasst sein.

**113.** Die Monopolkommission hat sich davon abgesehen bereits vor Erlass der Richtlinie mit den Bedenken des Bundeskartellamtes auseinandergesetzt, dass die Haftungsprivilegierung von Kronzeugen dazu führen könnte, dass Geschädigten als „Betroffenen“ im kartellbehördlichen Verfahren ein Recht auf Beteiligung einzuräumen ist.<sup>90</sup> Dies könnte nach Auffassung des Bundeskartellamtes problematisch sein, weil das Bundeskartellamt dann mit Anträgen auf Anhörung und Akteneinsicht vonseiten der potenziell Geschädigten überhäuft werden könnte. Das behördliche Verfahren würde dann mit Fragen überladen werden, die lediglich für die zivilrechtlichen Verfahren relevant sind. Insbesondere müsse sich das Bundeskartellamt im Bußgeldverfahren nicht mit der konkreten Bemessung des Schadens auseinandersetzen. Gerade diese Frage sei für potenziell Geschädigte jedoch von zentraler Bedeutung.

**114.** Formelle und materielle Umstände sprechen allerdings gegen eine Qualifizierung der Geschädigten als Betroffene des kartellbehördlichen Verfahrens. Geschädigte sind im kartellbehördlichen Verfahren lediglich mittelbar betroffen. Es ist daher fraglich, ob aus dieser mittelbaren Betroffenheit ein Recht auf Beteiligung erwächst. Zudem wären Geschädigte nur dann Betroffene, wenn sie durch die Anerkennung eines Kronzeugen haftungsrechtlich schlechter gestellt werden könnten. Üblicherweise ist jedoch gerade das Gegenteil der Fall. Durch Kronzeugenregelungen und die daraus resultierenden Entscheidungen des Bundeskartellamtes werden Geschädigte erst in die Lage versetzt, Ersatz für ihren Schaden zu verlangen. Zwar werden sie durch die Haftungsprivilegierung des Kronzeugen in ihrer Freiheit, aus dem Kreis der am Verstoß beteiligten Unternehmen zu wählen, eingeschränkt. Da Kronzeugen jedoch subsidiär zu den anderen am Verstoß beteiligten Unternehmen haften, kann hier nicht von einer materiellen Schlechterstellung ausgegangen werden. Nur in seltenen Fällen dürften Geschädigte daher aufgrund der Haftungsprivilegierung von Kronzeugen als Betroffene des kartellbehördlichen Verfahrens zu qualifizieren sein.

### 2.5.2.3 Innenausgleich

**115.** Die Richtlinie beinhaltet überdies Beschränkungen für die Ausgleichszahlungen von Kronzeugen an andere Kartellteilnehmer im Innenverhältnis. Derzeit gelten für die Ausgleichspflicht zwischen Rechtsverletzern des Wettbewerbsrechts im nationalen Recht § 426 sowie § 840 BGB. Eine Besserstellung für Kronzeugen ist dort nicht vorgesehen. Zur Umsetzung der Richtlinie ist daher eine ihren Vorgaben entsprechende Regelung einzuführen.

**116.** Bei der Bestimmung der jeweiligen Anteile im Innenverhältnis lässt die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber einen gewissen Umsetzungsspielraum. Die Anteile haben sich nach Art. 11 Abs. 5 der Richtlinie anhand der relativen Verantwortung des einzelnen Rechtsverletzers zu bemessen. Laut Erwägungsgrund 37 der Richtlinie sind diese nach nationalem Recht festzusetzen, wobei der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind.

**117.** Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes<sup>91</sup> werden die Anteile anhand der individuellen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge sowie der für die Bemessung der Geldbußen maßgeblichen Tatsachen bemessen. Dieses

<sup>89</sup> Richtlinie 2014/104/EU, Art. 11 Abs. 4 S. 2.

<sup>90</sup> Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 952.

<sup>91</sup> BGH, Urteil vom 18. November 2014, KZR 15/12 – Calciumcarbid-Kartell II, BGHZ 203, 193-218, Rz. 32.

Vorgehen entspricht den Vorgaben der Richtlinie, sodass insoweit kein Anpassungsbedarf für das deutsche Recht besteht. Nach § 33d Abs. 2 GWB-E hängen die Anteile der Gesamtschuldner im Innenregress „von den Umständen ab, insbesondere davon, in welchem Maß sie den Schaden verursacht haben.“ Die bestehende Rechtsprechung dürfte in diesem Rahmen weiter anwendbar sein.

## 2.6 Abwälzung des Preisaufschlags

**118.** Eine Abwälzung des durch den Wettbewerbsverstoß bedingten Preisaufschlags findet statt, wenn direkt Geschädigte eines Kartells die kartellbedingte Preiserhöhung (teilweise) an die nachgelagerte Marktstufe weitergeben. Für die Aktivlegitimation im Schadenersatzprozess ist es notwendig, Entstehung und Umfang des Schadens nachzuweisen, sodass indirekt Geschädigte nur einen Anspruch auf Schadenersatz haben, sofern eine Abwälzung festgestellt wird. Direkt Geschädigte haben dagegen einen Anspruch auf Schadenersatz, sofern keine Abwälzung festgestellt wird. Insbesondere die Beweislastverteilung hinsichtlich einer Abwälzung des Preisaufschlags ist daher ein zentrales Regelungsgebiet der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.

### 2.6.1 Die Regelungen der Richtlinie

**119.** Die Abwälzung des Preisaufschlags wird in den Art. 12 bis 15 der Richtlinie behandelt. Jeder Geschädigte soll demnach Schadenersatz verlangen können, unabhängig davon, ob er unmittelbarer oder mittelbarer Abnehmer des Rechtsverletzers ist. Mittelbar Geschädigte haben nach der Richtlinie die Beweislast für eine Schadenabwälzung.

**120.** Beklagte können gegenüber unmittelbar Geschädigten und mittelbar Geschädigten, die nicht Endverbraucher des Produktes waren, nach der Richtlinie geltend machen, dass der Kläger den kartellbedingten Preisaufschlag ganz oder teilweise weitergegeben habe (sogenannter Ab- oder Weiterwälzungseinwand). Die Beweislast trägt dabei der Beklagte.

**121.** Eine Überkompensation soll durch die Vorgaben der Richtlinie ebenso verhindert werden wie eine Unterkompensation. In der Richtlinie finden sich daher Regelungen, die eine mehrfache Haftung oder eine fehlende Haftung des Rechtsverletzers verhindern sollen.<sup>92</sup>

### 2.6.2 Umsetzungsbedarf

**122.** Der europäische Ansatz zielt insgesamt darauf ab, dass ein Schaden dort geltend gemacht werden kann, wo er tatsächlich angefallen ist. Wenn direkt Geschädigte durch die Abwälzung eines Preisaufschlags (teilweise) vermeiden, dass sie von dem Kartell geschädigt werden, sollen nicht diese von den Kartellanten (vollständigen) Schadenersatz verlangen können, sondern die indirekt Geschädigten, bei denen ein Schaden entstanden ist. In mancher Hinsicht entspricht diese Systematik der aktuellen deutschen Rechtslage, die maßgeblich vom Bundesgerichtshof in dessen ORWI-Urteil<sup>93</sup> entwickelt wurde. Unterschiede bestehen jedoch in Hinblick auf die Regelungen zum Nachweis der Abwälzung des Preisaufschlags. Die Richtlinie erleichtert insofern sowohl die Geltendmachung von Ansprüchen mittelbar Geschädigter als auch die Geltendmachung des Weiterwälzungseinwands. Gegenüber der bisherigen deutschen Rechtsprechung führt dies zu einer Stärkung der mittelbar Geschädigten und zu einer Schwächung der unmittelbar Geschädigten.

#### 2.6.2.1 Ansprüche mittelbar Geschädigter

**123.** Die Richtlinie nennt drei Anforderungen an den Nachweis einer Abwälzung des Preisaufschlags auf den mittelbaren Abnehmer.<sup>94</sup> Der Beweis gilt als erbracht, wenn der Beklagte (1) eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat, (2) die Zuwiderhandlung einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer des Beklagten zur Folge hatte und (3) der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die Gegenstand der Zuwiderhandlung waren oder aus solchen hervorgingen oder sie enthielten.

<sup>92</sup> Siehe insb. Richtlinie 2014/104/EU, Art. 12 Abs. 1 und 2.

<sup>93</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145-172.

<sup>94</sup> Richtlinie 2014/104/EU, Art. 14 Abs. 2. Nach Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie gelten diese Regelungen entsprechend für Lieferanten.

**124.** Regelungen aus anderen Teilen der Richtlinie erleichtern mittelbar Geschädigten diesen Nachweis der Schadensabwälzung. Da die Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie in einem Verfahren über eine Klage auf Schadenersatz bindend ist, gilt bei Follow-on-Klagen die Zuwiderhandlung bereits als festgestellt. Eine bestandskräftige Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats dient nach Art. 9 Abs. 2 zumindest als Anscheinsbeweis. Das deutsche Recht geht bereits heute über diese Regelungen hinaus. Nach § 33 Abs. 4 GWB ist ein Gericht im Schadenersatzverfahren

*„an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde. [...]“*

Außerdem wird dem mittelbar Geschädigten der Nachweis eines Preisaufschlags durch eine Vermutungsregelung in Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie erleichtert.<sup>95</sup>

**125.** Eine Weitergabe des Schadens wird nach Art. 14 Abs. 2 zugunsten mittelbarer Abnehmer bereits dann angenommen, wenn der mittelbare Abnehmer relevante Waren oder Dienstleistungen bzw. weiterverarbeitete Produkte erworben hat. Nach der aktuellen deutschen Rechtslage sind die Anforderungen an den Beweisgegenstand in Hinblick auf die Weitergabe des Schadens deutlich höher. Zum Nachweis der Abwälzung des Preisaufschlags muss nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofes zunächst einmal eine im zeitlichen Zusammenhang mit dem Kartell auftretende Preiserhöhung auf den Anschlussmärkten vorliegen. Zudem muss nach dem Maßstab adäquater Kausalität ein Zusammenhang zwischen dem Wettbewerbsverstoß und der Preiserhöhung auf den Anschlussmärkten nachgewiesen werden.<sup>96</sup> Prüfungsfaktoren sind nach dem Bundesgerichtshof die Preiselastizität von Angebot und Nachfrage, die Dauer des Verstoßes sowie die Intensität auf der betroffenen Marktstufe.

**126.** Durch die Umsetzung der Richtlinie im Referentenentwurf sind diese vom Bundesgerichtshof aufgestellten Nachweisanforderungen für die Abwälzung des Preisaufschlags an mittelbare Abnehmer oder Lieferanten nicht mehr haltbar. Die Nachweisanforderungen im Referentenentwurf umfassen weder den Nachweis einer Preiserhöhung auf dem Anschlussmarkt noch den Nachweis einer Kausalität. Vielmehr genügt der Nachweis einer Zuwiderhandlung und der mittelbaren Abnahme einer Ware oder Dienstleistung, um (durch den Beklagten widerlegbar) als mittelbar Geschädigter anerkannt zu werden.

### 2.6.2.2 Weiterwälzungseinwand

**127.** Der Beklagte kann nach Art. 13 der Richtlinie geltend machen, dass der Kläger den Preisaufschlag ganz oder teilweise weitergegeben hat. Er trägt zwar dafür die Beweislast, kann zu diesem Zweck aber in angemessener Weise Offenlegungen vom Kläger oder Dritten verlangen. Die Regelung betrifft im Übrigen lediglich den Vermögensschaden. Der entgangene Gewinn infolge einer vollständigen oder teilweisen Abwälzung des Preisaufschlags ist nach der Richtlinie als eigener Schadensposten einzuklagen.<sup>97</sup>

**128.** Nach geltendem deutschen Recht existiert bereits die Möglichkeit eines solchen Weiterwälzungseinwands. Abweichungen könnten jedoch bei den Offenlegungspflichten bestehen. Der Bundesgerichtshof formuliert insofern explizite Anforderungen zur Begründung einer Mitwirkungspflicht des Geschädigten:

*„Unter diesen Umständen kann eine sekundäre Darlegungslast der einen Kartellschaden einklagenden Abnehmer nur nach sorgfältiger Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls in Betracht kommen. Je höher die – vom Kartellteilnehmer darzulegende – Wahrscheinlichkeit der Weiterwälzung des Schadens und je größer seine Beweisnot*

<sup>95</sup> Dazu ausführlich in Tz. 144 ff.

<sup>96</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145-172, Rz. 44 f. Zu den hohen Nachweisanforderungen siehe auch LG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2015, 14d O 4/14 – Autoglas-Kartell.

<sup>97</sup> Richtlinie 2014/104/EU, Art. 12, Abs. 3.

*ist, desto eher kann dem Geschädigten eine gewisse Mitwirkung an der Aufklärung der insoweit maßgeblichen tatsächlichen Umstände zugemutet werden.*<sup>98</sup>

Außerdem muss der Beklagte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Geltendmachung des Weiterwälzungseinwands nachweisen, „dass der Weiterwälzung keine Nachteile des Abnehmers gegenüberstehen, insbesondere kein Nachfragerückgang, durch den die Preiserhöhung (ganz oder teilweise) kompensiert worden ist.“<sup>99</sup>

**129.** Die Feststellungen des Bundesgerichtshofes in seinem ORWI-Urteil zu Offenlegungspflichten des Klägers könnten in Konflikt mit den Vorgaben der Richtlinie stehen. Nach der Richtlinie muss der Beklagte die Möglichkeit haben „in angemessener Weise“ Offenlegungen von Seiten des Klägers zu verlangen. Nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofes kommt eine Offenlegung „nur nach sorgfältiger Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls“ in Betracht. Soweit diese Vorgabe strenger als die maßgebliche Richtlinien-Bestimmung ausgelegt wird, dürfte die Rechtsprechung an einer solchen Auslegung nach Umsetzung der Richtlinie nicht festhalten können, da sie hinter der Formulierung der Richtlinie zurückbleibt.

**130.** Ebenso dürfte zukünftig, anders als nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofes in seinem ORWI-Urteil, ein durch den Preisaufschlag verursachter Nachfragerückgang einer Geltendmachung des Weiterwälzungseinwands nicht zwingend im Wege stehen, da Gewinneinbußen nach der Richtlinie separat einzuklagen sind. Würde unter diesen Voraussetzungen ein auf der Weiterwälzung beruhender Nachfragerückgang dennoch den Weiterwälzungseinwand ausschließen, könnte es vorkommen, dass ein direkter Abnehmer doppelt für den Nachfragerückgang entschädigt wird. Erstens könnte er den aufgrund des Nachfragerückgangs entgangenen Gewinn als Schaden geltend machen. Zweitens könnte er seinen Vermögensschaden einklagen (obwohl dieser abgewälzt wurde). Zur vollständigen Umsetzung der Richtlinie sollte daher für den Kartellteilnehmer die Pflicht entfallen, bei Geltendmachung des Weiterwälzungseinwands nachzuweisen, dass der Weiterwälzung kein Nachfragerückgang aufgrund der überhöhten Preise entgegensteht.

**131.** Die durch die Richtlinie vorgesehene Stärkung des Weiterwälzungseinwands könnte in der Praxis zu einer Unterkompensation der Geschädigten insgesamt führen. Derzeit sind es gerade die unmittelbar Geschädigten, die den Ersatz des aus einem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht entstandenen Schadens einklagen. Die Anerkennung einer Weiterwälzung führt dazu, dass direkt Geschädigte keine oder nur geringere Schadenersatzansprüche geltend machen können. Dies könnte zwar dadurch ausgeglichen werden, dass die durch eine Weiterwälzung indirekt Geschädigten ihrerseits Schadenersatzansprüche geltend machen. Indirekt Geschädigte haben allerdings in der Regel weniger Einblick in den kartellierten Markt als direkt Geschädigte. Sofern sie überhaupt von dem Kartell Kenntnis erlangen, wissen sie mitunter nicht, ob ihnen ein Schaden entstanden ist. Auch fehlen Informationen über die Schadenshöhe und damit über die finanzielle Attraktivität einer Klage. Es bestehen also Informationsasymmetrien, die sich zugunsten der kartellbeteiligten Unternehmen auswirken könnten. Derartige Informationsasymmetrien zwischen Beklagten und indirekt Geschädigten könnten durch eine gesetzliche Vorgabe gemildert werden, die den Beklagten bei Geltendmachung des Weiterwälzungseinwands eine Informationspflicht an industrielle Abnehmer/Lieferanten oder Verbraucherorganisationen auferlegt. Zu diesem Zweck wäre eine Mitteilung darüber ausreichend, dass ein Weiterwälzungseinwand vorgebracht wurde und dass der adressierte mittelbare Abnehmer/Lieferant bzw. die Verbraucher zum Kreis der Betroffenen gehören könnten.

**132.** Häufig handelt es sich auf den späteren Vertriebsstufen außerdem um Streuschäden in geringer Höhe, sodass es sich für den einzelnen indirekt Geschädigten nicht lohnt, seine Rechte geltend zu machen und auch der Nachweis eines Schadens deutlich schwerer fällt. Im Rahmen der untenstehenden Ausführungen zum kollektiven Rechtsschutz wird die Monopolkommission auf dieses Thema näher eingehen.

<sup>98</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145-172, Rz. 76

<sup>99</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145-172, Rz. 69.

### 2.6.2.3 Gefahr einer Überkompensation

**133.** Geschädigte könnten allerdings auch überkompensiert werden, wenn Schadenersatzklagen in derselben Sache von Klägern auf verschiedenen Vertriebsstufen geltend gemacht werden. Insbesondere besteht die Gefahr unterschiedlicher Beurteilungen einer Weiterwälzung durch unterschiedliche Gerichte.

**134.** Die Richtlinie enthält verschiedene Vorgaben, die einer Überkompensation entgegenwirken sollen. Zu nennen ist erstens die allgemeine Vorgabe, dass der vollständige Schadenersatz im Rahmen der Richtlinie nicht zu einer Überkompensation führen darf.<sup>100</sup> Zweitens werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, Vorschriften festzulegen, die geeignet sind zu gewährleisten, dass der Ersatz der eingetretenen Vermögensseinbuße auf keiner Vertriebsstufe den dort erlittenen Schaden in Form des Preisaufschlags übersteigt.<sup>101</sup> Drittens muss für nationale Gerichte in Schadenersatzverfahren die Möglichkeit bestehen, Klagen, die dieselbe Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht betreffen, aber von Klägern auf anderen Vertriebsstufen erhoben wurden, gebührend zu berücksichtigen. Das gilt ebenso für Urteile, in denen über Schadenersatzklagen von Klägern von anderen Vertriebsstufen entschieden wurde sowie für relevante Informationen, die infolge der öffentlichen Durchsetzung von Wettbewerbsrecht öffentlich zugänglich sind.<sup>102</sup> Viertens wird in der Richtlinie eine Verbindung von Klagen als ein geeignetes Verfahrensmittel zur Verhinderung von Überkompensation genannt.<sup>103</sup>

**135.** Im deutschen Recht existieren bereits verschiedene prozessrechtliche Vorkehrungen, die geeignet sein könnten, einer Überkompensation vorzubeugen. Es besteht die Möglichkeit des Gläubigerstreits nach § 75 ZPO sowie die Möglichkeit einer Prozessverbindung nach § 147 ZPO.

**136.** Erstens könnte die in § 75 ZPO verankerte Regelung des Gläubigerstreits den Beklagten vor Mehrfachinanspruchnahme schützen. Voraussetzung für einen solchen Gläubigerstreit ist zunächst eine Streitverkündung<sup>104</sup> durch den Beklagten sowie der Streitbeitritt durch den Dritten. Der Beklagte hat dann die Möglichkeit, den Betrag der Forderung zugunsten der streitenden Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme zu hinterlegen und aus dem Rechtsstreit entlassen zu werden. Die Gläubiger setzen dann den Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung allein fort.

**137.** Fraglich ist jedoch, ob sich das Instrument des Gläubigerstreits in der Praxis durchsetzen wird. Es ist naheliegend, dass Beklagte im Zweifel den Streit nicht verkünden werden, da sie damit Geschädigte auf die Existenz eines Schadenersatzanspruchs eventuell erst aufmerksam machen würden. In vielen Fällen sind auch nicht alle Geschädigten hinlänglich bekannt. Ebenso kann es für Adressaten einer Streitverkündung vorteilhaft sein, nicht in den Rechtsstreit einzutreten, sondern eigene Schadenersatzklagen einzureichen. Gerichte könnten nämlich trotz Streitverkündung zu einer unterschiedlichen Bewertung in Hinblick auf die Frage kommen, ob eine Abwälzung anzunehmen ist. Die unwiderlegte Weiterwälzungsvermutung im Prozess eines mittelbar Geschädigten kann keine Bindungswirkung in Bezug auf die Feststellungen zur Weiterwälzung in einem Prozess haben, bei dem es um den Schaden eines direkt Geschädigten geht. Bei der Prüfung des Weiterwälzungseinwands greifen nämlich die Vermutungsregeln des Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie nicht.<sup>105</sup> Die Streitverkündung hat in dieser Konstellation daher keine Auswirkung auf spätere Prozesse in Bezug auf die Weiterwälzung.<sup>106</sup> Eine Überkompensation kann also nicht verhindert werden.

**138.** Zweitens könnte eine Prozessverbindung nach § 147 ZPO eine Überkompensation verhindern. Diese ist bisher jedoch nur möglich, sofern die Prozesse bei demselben Gericht anhängig sind. Die Verbindung von Klagen, die an zwei

<sup>100</sup> Richtlinie 2014/104/EU, Art. 3, Abs. 3.

<sup>101</sup> Richtlinie 2014/104/EU, Art. 12, Abs. 2 i. V. m. Art. 12 Abs. 1.

<sup>102</sup> Richtlinie 2014/104/EU, Art. 15 Abs. 1.

<sup>103</sup> Richtlinie 2014/104/EU, Erwägungsgrund 44.

<sup>104</sup> Auf die Möglichkeit der Streitverkündung weist auch der BGH hin: BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145-172, Rz. 73.

<sup>105</sup> Vgl. Richtlinie 2014/104/EU, Art. 14 Abs. 2, S. 1: „In Situationen nach Abs. 1 wird davon ausgegangen, dass [...]“

<sup>106</sup> Siehe dazu Kirchhoff, Offenlegung von Dokumenten und Mehrfachinanspruchnahme, WuW 10 2015, S. 956

unterschiedlichen Gerichten eingehen, kann daher nur realisiert werden, wenn sich das später angerufene Gericht für nicht zuständig erklärt und die Klage an das erstangerufene Gericht verweist. Bei Gerichten aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten existiert diese Möglichkeit nach einer EU-Verordnung bereits, sofern das nationale Recht eine Klageverbindung zulässt.<sup>107</sup> Diese Möglichkeit sollte zumindest für das Wettbewerbsrecht ausdrücklich im deutschen Recht verankert werden. Gleichzeitig sollten Gerichte dazu verpflichtet werden, auf Antrag einer Partei zu prüfen, ob eine eingegangene Klage oder ein anhängiges Verfahren mit einem anderen Verfahren in Zusammenhang steht. Eine solche Verfahrenskonzentration dürfte auch Effizienzgewinne mit sich bringen, da sie zu geringeren Prozesskosten führt und Gerichte entlastet.

**139.** Nicht möglich ist derzeit hingegen eine Prozessverbindung, wenn ein Verfahren bereits abgeschlossen ist. In der Richtlinie wird für diesen Fall die Vorgabe getroffen, dass Gerichte derartige Urteile berücksichtigen können müssen. Eine Verpflichtung der Gerichte, Urteile anderer Schadenersatzprozesse zu berücksichtigen, besteht nach deutschem Recht allerdings derzeit nicht und wäre auch mit geltendem deutschem Prozessrecht nicht vereinbar. Folglich kann es in diesen Fällen zu unterschiedlichen Bewertungen der Gerichte und damit auch zur Überkompensation kommen. Dies würde allerdings seinerseits gegen die Vorgaben der Richtlinie verstoßen.

**140.** Gleiches gilt bei Schadenersatzprozessen, bei denen auf den entgangenen Gewinn geklagt wird. Der entgangene Gewinn ist nach den Vorgaben der Richtlinie als eigenständiger Schadensposten einzuklagen. Inkonsistente Ergebnisse entstehen dann, wenn eine Weiterwälzung des Preisaufschlags in einem Kartellschadenersatzverfahren nicht angenommen wird, aber in einem anderen Verfahren ein entgangener Gewinn aufgrund eines Nachfragerückgangs festgestellt wird. Diese Problematik ist schwer aufzulösen, da die Richtlinie vorsieht, dass der entgangene Gewinn als getrennter Anspruch zu behandeln ist, aber eine Bindungswirkung weder von der Richtlinie gefordert noch im deutschen Recht möglich ist.

## 2.7 Ermittlung des Schadensumfangs

**141.** Die Schadensbemessung ist ein stark ökonomisch geprägtes Rechtsproblem. Die Ermittlung des Schadensumfangs zählt zu den ökonomisch anspruchsvollsten Aufgaben im Schadenersatzrecht und bedarf mitunter einer umfassenden Analyse durch komplexe ökonomische Modelle.<sup>108</sup> Die folgenden Ausführungen stellen die rechtliche Dimension der Thematik in den Mittelpunkt. Die ökonomische Dimension kann im Folgenden nur gestreift werden.

### 2.7.1 Die Regelungen der Richtlinie

**142.** Nach Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie darf weder die Beweislast noch das Beweismaß für die Ermittlung des Schadensumfangs die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Wenn der erlittene Schaden nicht genau beziffert werden kann, müssen Gerichte befugt sein, die Höhe des Schadens zu schätzen. Die Vorschriften zur Schadensberechnung und zu den Nachweisanforderungen sind nach dem Erwägungsgrund 46 der Richtlinie allerdings weiterhin Sache der Mitgliedstaaten. Die Anforderungen des nationalen Rechts an die Ermittlung des Schadensumfangs in wettbewerblichen Fällen sollten jedoch weder weniger günstig sein als die Anforderungen an ähnliche innerstaatliches Recht betreffende Klagen (Äquivalenzgrundsatz), noch sollten sie die Ausübung des Unionsrechts auf Schadenersatz praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).

**143.** In der Richtlinie wird des Weiteren vorgegeben, dass bei Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen die widerlegbare Vermutung besteht, dass ein Schaden entstanden ist. Außerdem sollen die nationalen Wettbewerbsbehörden auf

<sup>107</sup> Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 351 vom 20. Dezember 2012, S. 1), Art. 30.

<sup>108</sup> Schwierigkeiten der Schadenermittlung und verschiedene ökonomische Modelle werden diskutiert in: Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Juni 2013, ABl. C 167, S. 19 ff. und Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union – Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen.

Antrag eines nationalen Gerichts diesem bei der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes behilflich sein können, wenn die nationale Wettbewerbsbehörde dies für angebracht hält.

## 2.7.2 Umsetzungsbedarf

### 2.7.2.1 Entstehung eines Schadens

**144.** Nach Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie gilt die (widerlegbare) Vermutung, dass Kartelle einen Schaden verursachen.<sup>109</sup> De facto ergibt sich hieraus eine Beweislastumkehr, da nun der Beklagte nachzuweisen hat, dass kein Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer erfolgt ist. Zu dieser Frage gibt es in Deutschland keine gefestigte Rechtsprechung. Zuletzt ist allerdings das Kammergericht Berlin im Wege des Anscheinsbeweises davon ausgegangen, dass sich ein Quotenkartell preissteigernd auswirkte.<sup>110</sup>

**145.** Geregelt wird allerdings sowohl bei der Vermutungsregel aus der Richtlinie als auch bei der Figur des Anscheinsbeweises nur die objektive Beweislast, die bei Nichterweislichkeit zum Tragen kommt. Es ist davon auszugehen, dass in Schadenersatzverfahren auch nach Umsetzung der Richtlinie umfangreich über die Existenz eines Preisaufschlags gestritten werden wird, da die Regelung des Art. 17 Abs. 2 erst greift, wenn weder vom Beklagten noch vom Kläger ein Nachweis erbracht werden kann.

**146.** Keine Auswirkungen dürften die Vorgaben der Richtlinie auf den Umgang mit Schadenersatzklagen haben, bei denen der zugrunde liegende Sachverhalt mit einer Verpflichtungszusageentscheidung abgeschlossen wurde. Bundeskartellamt und Europäische Kommission haben nach § 32b GWB bzw. Art. 9 der Verordnung 1/2003 die Möglichkeit, Verpflichtungszusagen für bindend zu erklären, die Unternehmen im Rahmen eines Verfahrens anbieten und die geeignet sind, die ihnen von der Kartellbehörde nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen. Solche Verpflichtungszusageentscheidungen enthalten jedoch zumeist keine Aussagen darüber, ob das beanstandete Verhalten einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht dargestellt hat. Schon deshalb kann im Regelfall die Schadensvermutung des Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie in diesen Fällen nicht greifen.

**147.** Denkbar wäre, auch bei Verpflichtungszusageentscheidungen eine dem Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie entsprechende gesetzliche Vermutungsregelung vorzusehen. Dies würde verhindern, dass Geschädigte rechtlich schlechter gestellt werden, wenn ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht durch eine Verpflichtungszusageentscheidung statt durch eine Untersagungsentscheidung abgestellt wird. Ein solches Vorgehen wäre jedoch rechtlich problematisch, da mit der Verpflichtungsentscheidung kein Verstoß festgestellt wird und somit daraus kaum das Vorhandensein eines auf einen solchen Verstoß zurückführbaren Schadens abzuleiten ist. Außerdem würde eine Vermutungsregel, dass (auch) ein durch Verpflichtungszusagen abgestelltes Verhalten einen Schaden verursacht hat, dieses Instrument für Unternehmen deutlich unattraktiver machen. Verpflichtungszusageentscheidungen besitzen jedoch deutliche Vorzüge. Sie erfordern weniger Ressourcen der Wettbewerbsbehörden und sind daher kostengünstiger. Außerdem erfolgen sie meist schneller als Untersagungsentscheidungen, sodass auch das wettbewerbschädigende Verhalten schneller beendet wird.

**148.** Insgesamt erscheint es daher nicht ratsam, eine Schadensvermutung bei Verpflichtungszusageentscheidungen einzuführen. In bestimmten Konstellationen könnte eine Verpflichtungszusage jedoch einen Anscheinsbeweis für die Entstehung eines Schadens darstellen oder zumindest die Position des Klägers im Vergleich zu einer reinen Stand-alone-Klage verbessern. Das scheint schon heute in Deutschland möglich zu sein. Im Juni 2015 hat das Landgericht Frankfurt die Deutsche Bahn zur Zahlung von Schadenersatz wegen eines missbräuchlichen Rabattsystems für den Bezug von Bahnstrom verurteilt.<sup>111</sup> Der Sachverhalt hatte zuvor die Europäische Kommission beschäftigt und zu einer Verpflich-

<sup>109</sup> Hiebei geht es zunächst lediglich um die Frage, ob ein Schaden entstanden ist.

<sup>110</sup> KG Berlin, Urteil vom 1. Oktober 2009, 2 U 10/03 Kart – Berliner Transportbeton, WuW/E DE-R, S. 2777.

<sup>111</sup> LG Frankfurt, Urteil vom 3. Juni 2015, 2-03 O 324/14.

tungszusageentscheidung<sup>112</sup> geführt. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zu diesen Fragen muss abgewartet werden.

### 2.7.2.2 Schadensumfang

**149.** Die Richtlinie verbietet in Art. 17 Abs. 1 Satz 1 Beweisanforderungen für die Ermittlung des Schadensumfangs, die die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Diese Vorgabe dürfte im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO bereits erfüllt sein. Danach kann das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. Diese Entscheidung ist im Urteil zu begründen. Eine mangelhafte Begründung wäre ein Verfahrensmangel. Daraus ergibt sich, dass aus der freien Beweiswürdigung keine Hürden zur Ausübung des Rechts auf Schadenersatz resultieren dürften. Insofern besteht hier kein Umsetzungsbedarf.

**150.** Außerdem müssen nationale Gerichte nach Art. 17 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie die Möglichkeit haben, die Höhe des Schadens zu schätzen. Diese Möglichkeit besteht im deutschen Recht bereits nach § 287 ZPO, sodass auch hier kein Umsetzungsbedarf besteht. Denkbar wäre allerdings, über die derzeitige deutsche Rechtslage und die Regelungen der Richtlinie hinauszugehen und Gerichten einen Mindestschätzbetrag für den Regelfall vorzugeben. Von wissenschaftlicher Seite<sup>113</sup> wird in diesem Zusammenhang die Annahme eines Mindestschadens von 10 Prozent des Kaufpreises empfohlen. Diese Annahme resultiert aus der Auswertung von Studien zur Kartellrendite bei internationalen Kartellen, deren Ergebnisse sich zumeist in einer Spannbreite zwischen 10 bis 20 Prozent bewegen.<sup>114</sup> Die Monopolkommission steht der durch einen Mindestschätzbetrag bewirkten Beweislastumkehr zugunsten der Geschädigten positiv gegenüber. § 287 ZPO kommt schließlich gerade dann zum Einsatz, wenn kein Schadensbeweis im Sinne des § 286 ZPO erbracht werden kann. Rechtspolitisch ist es zu begrüßen, Geschädigte in den Fällen besser zu stellen, in denen der entstandene Schaden nicht ermittelt und nur geschätzt werden kann. Aus diesem Vorgehen kann im Einzelfall zwar eine Überkompensation resultieren. Andernfalls würde jedoch in häufigen Fällen eine Unterkompensation drohen. Die Vorgabe eines Mindestschätzbetrags erscheint vor diesem Hintergrund vertretbar, um den Zielen der Richtlinie gerecht zu werden. Im Referentenentwurf wurde jedoch unter Verweis auf Erwägungsgrund 47 der Richtlinie auf eine derartige Vorgabe verzichtet.<sup>115</sup>

**151.** Die in Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie vorgesehene widerlegbare Schadensvermutung bei Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen und die Möglichkeit für Gerichte nach Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie, sich bei der Ermittlung des Schadensumfangs von Kartellbehörden beraten zu lassen, existieren bisher nicht im deutschen Recht. In § 33a Abs. 2 GWB-E und § 90 Abs. 5 GWB-E werden diese Regelungen aufgenommen. Die Vermutungsregelung für Kartelle dürfte den Nachweis über die Entstehung eines Schadens erleichtern, aber keine Auswirkungen auf die Ermittlung des Schadensumfangs entfalten. Auch die Unterstützung durch die Kartellbehörden dürfte Gerichten nur in Ausnahmefällen die Ermittlung des Schadensumfangs erleichtern. Denkbar ist aber durchaus, dass die im behördlichen Verfahren sichergestellten Beweismittel beispielsweise Kalkulationen der Kartellanten über den kartellbedingten Gewinn und damit auch über den entstandenen Schaden enthalten.

---

<sup>112</sup> EU-Kommission, Beschluss vom 18. Dezember 2013, AT.39678 – Deutsche Bahn I und AT.39731 – Deutsche Bahn II.

<sup>113</sup> Kersting/Preuß, Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie (2014/104/EU), Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Düsseldorf Rechtswissenschaftliche Schriften, Baden-Baden 2015, Tz. 58 ff.

<sup>114</sup> Oxera, Quantifying antitrust damages, Study prepared for the European Commission, Dezember 2009, S. iX.

<sup>115</sup> Siehe BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 55.



## 2.8 Weitergehender Regelungsbedarf

### 2.8.1 Veröffentlichung von Bußgeldentscheidungen

**152.** Die Informationsasymmetrien zwischen Kartelltätern und insbesondere mittelbar Geschädigten wurden bereits angesprochen.<sup>116</sup> Die Bußgeldentscheidungen der Kartellbehörden spielen in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle, da sie Informationen aus den behördlichen Ermittlungen über Tragweite und Funktionsweise des Kartells enthalten. Diese Informationen können Kartellgeschädigten Aufschluss darüber geben, ob und in welchem Umfang ihnen ein Schaden entstanden ist.

#### 2.8.1.1 Rechtlicher Rahmen und Praxis in der EU und in Deutschland

**153.** Die Veröffentlichungspraxis und der jeweilige rechtliche Rahmen von Europäischer Kommission und Bundeskartellamt unterscheiden sich deutlich. Die Veröffentlichung von Entscheidungen der Europäischen Kommission ist in Art. 30 der Verordnung 1/2003 geregelt. Nach Art. 30 i. V. m. Art. 24 der Verordnung hat die Europäische Kommission ihre Bußgeldentscheidungen zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung hat unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der gewählten Sanktionen zu erfolgen. Dem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse ist Rechnung zu tragen.

**154.** Die Europäische Kommission berücksichtigt diese Vorgaben in ihrer Veröffentlichungspraxis. Nach Zustellung der Entscheidung an die betroffenen Parteien veröffentlicht die Europäische Kommission eine entsprechende Pressemitteilung auf ihrer Homepage. Außerdem veröffentlicht die Europäische Kommission zeitnah eine Zusammenfassung der Entscheidung und in einigen Fällen auch eine vorläufige Version der Entscheidung. Meistens zu einem späteren Zeitpunkt wird die gesamte Entscheidung veröffentlicht, wobei vertrauliche Informationen geschwärzt sind (sogenannte nicht-vertrauliche Version der Entscheidung).

**155.** Für die Veröffentlichung der Entscheidungen besteht keine Frist. In einzelnen Fällen kann die Veröffentlichung der nicht-vertraulichen Fassung der Entscheidung in einem längeren Abstand zu der Entscheidung erfolgen. Ein besonders ausgeprägtes Beispiel hierfür lieferte die Entscheidung im Luftfrachtkartell.<sup>117</sup> Diese Entscheidung erging am 9. November 2010. Die nicht-vertrauliche Fassung der Entscheidung wurde jedoch erst am 8. Mai 2015 veröffentlicht.

**156.** Für die Veröffentlichung von Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamtes gibt es keine speziellen gesetzlichen Regelungen. Zwar enthält § 62 GWB Vorgaben zur Bekanntmachung von Verfügungen des Bundeskartellamtes. Dieser Paragraph bezieht sich jedoch nicht auf Bußgeldentscheidungen. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Katalog der bekannt zu machenden Verfügungen des § 62 GWB abschließend ist. Es ist daher davon auszugehen, dass es dem Bundeskartellamt selbst überlassen ist, ob es Bußgeldentscheidungen veröffentlicht. Das Bundeskartellamt hat in den vergangenen Jahren keine Bußgeldentscheidungen veröffentlicht und es ist nicht davon auszugehen, dass es ohne eine Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen von dieser Praxis abrücken wird.

#### 2.8.1.2 Einwände gegen eine Veröffentlichung

**157.** Bußgeldentscheidungen enthalten häufig Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die der Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht werden dürfen. Dies steht jedoch der Veröffentlichung einer nicht-vertraulichen Fassung der Entscheidung, in der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschwärzt sind, nicht entgegen.

**158.** Denkbar wäre, dass die Veröffentlichung einer Bußgeldentscheidung die (Persönlichkeits-)Rechte des betroffenen Unternehmens oder seiner Organe bzw. Mitarbeiter verletzt. Mit einer parallelen Fragestellung hat sich vor kurzem das OLG Düsseldorf auseinandergesetzt.<sup>118</sup> Dabei ging es um eine mögliche Verletzung von Unternehmenspersönlichkeitsrechten durch eine Pressemitteilung des Bundeskartellamtes nach Abschluss eines Bußgeldverfahrens. Die betroffenen

<sup>116</sup> Vgl. Tz. 131 in diesem Gutachten.

<sup>117</sup> EU-Kommission, Beschluss vom 9. November 2010, AT.39258 — Luftfracht.

<sup>118</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09. Oktober 2014, VI-Kart 5/14 (V).

Unternehmen hatten beanstandet, dass die Pressemitteilung die dort beschriebenen Kartellrechtsverstöße zu Unrecht als feststehende Tatsachen darstelle, obwohl das Bundeskartellamt als Exekutivorgan zu "Wahrprüchen" nicht befugt sei. Das OLG hat dagegen entschieden, dass die streitbefangene Pressemitteilung nicht über den Stand eines laufenden (bußgeldrechtlichen) Ermittlungsverfahrens Auskunft gebe. Sie berichte vielmehr über vom Bundeskartellamt nach Abschluss eines solchen Ermittlungsverfahrens erlassene Bußgeldbescheide und deren Rechtsfolgen. Es lag nach Auffassung des Gerichts daher kein rechtswidriges Handeln vor. Das Bundeskartellamt sei auch nicht gehalten gewesen, die gesamte Presseinformation so lange zurückzustellen, bis die erlassenen Bußgeldbescheide bestandskräftig geworden sind. In diesem Fall wäre nämlich eine zeitnahe Information des Bundeskartellamtes über das bei ihm abgeschlossene Bußgeldverfahren oftmals unmöglich. Ebenso wenig habe das Amt die Namhaftmachung der beteiligten Unternehmen bis zur jeweiligen Bestandskraft des gegen sie ergangenen Bußgeldbescheides aufschieben müssen.

**159.** Die Überlegungen des OLG Düsseldorf in Hinblick auf eine Pressemitteilung über ein abgeschlossenes Bußgeldverfahren kann auf die Veröffentlichung von Bußgeldentscheidungen übertragen werden. Auch hier geht es um die Öffentlichmachung von Informationen aus einem abgeschlossenen Bußgeldverfahren. Über die Möglichkeit von Rechtsmitteln wird in der Entscheidung informiert, sodass bei Zugrundelegung eines objektiven Empfängerhorizonts nicht davon ausgegangen werden kann, dass in der Bußgeldentscheidung eine letztinstanzlich ermittelte Wahrheit gesehen wird. Andererseits endet mit der Bußgeldentscheidung das kartellbehördliche Verfahren, sodass ein Informationsinteresse der Allgemeinheit anzuerkennen ist. Da das behördliche Verfahren mit der Bußgeldentscheidung abgeschlossen ist, greift auch nicht § 353d Nr. 3 StGB, in dem es unter Strafe gestellt wird, die Anklageschrift oder andere amtliche Schriftstücke eines Strafverfahrens, eines Bußgeldverfahrens oder eines Disziplinarverfahrens zu veröffentlichen, bevor das Verfahren abgeschlossen ist.

**160.** Eine Bußgeldentscheidung kann allerdings Informationen über die kartellbeteiligten Mitarbeiter enthalten, die der persönlicher Sphäre zuzurechnen sind. Dazu zählen etwa die Zeitpunkte und Örtlichkeiten von Kartelltreffen. Derartige Informationen könnten jedoch in der nicht-vertraulichen Fassung der Entscheidung geschwärzt werden.

**161.** Gegen eine Veröffentlichung könnte auch vorgebracht werden, dass Bußgeldbescheide in anderen Rechtsgebieten, etwa bei Verkehrsordnungswidrigkeiten ebenfalls nicht veröffentlicht werden. Gegen diesen Vergleich spricht jedoch der besondere Umstand, dass bei Kartellverstößen der Kreis der Geschädigten sehr schwer zu ermitteln ist. Insofern besteht ein besonderes Interesse der Geschädigten an Veröffentlichung von Informationen über das Kartell, das in anderen Rechtsgebieten häufig nicht vorhanden ist.

**162.** Schließlich wird immer wieder eine hohe zusätzliche Arbeitsbelastung für das Bundeskartellamt vorhergesagt, die bei der Prüfung von Entscheidungen auf vertrauliche Informationen entsteht. Der Arbeitsaufwand ist nicht zu bagatellisieren. Ihm gegenüber steht jedoch das europarechtlich vorgegebene Ziel einer wirksamen, auch zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts. Die Veröffentlichung der Entscheidungen erleichtert diese Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche. Nach Auffassung der Monopolkommission überwiegt dieser primärrechtlich verankerte Zweck der Veröffentlichung die zu erwartende Arbeitsbelastung. Anzumerken ist, dass die Auswirkungen einer zusätzlichen Arbeitsbelastung durch Ressourcenaufstockung begegnet werden kann.

### **2.8.1.3 Die Regelung im Referentenentwurf**

**163.** Im Referentenentwurf findet sich eine Kompromisslösung für das aufgezeigte Spannungsfeld zwischen dem berechtigten Interesse der Geschädigten an Informationen und dem zu erwartenden Mehraufwand für das Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt wird in § 53 Abs. 5 GWB-E dazu aufgefordert, jede Bußgeldentscheidung wegen eines Verstoßes gegen die §§ 1 oder 19 bis 21 GWB oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union spätestens nach Abschluss des behördlichen Bußgeldverfahrens auf seiner Internetseite mitzuteilen. Die Mitteilung hat bestimmte gesetzlich vorgegebene Angaben zu enthalten (Sachverhalt, Art des Verstoßes, Zeitraum, beteiligte Unternehmen, betroffene Waren und Dienstleistungen).

**164.** Diese Regelung bleibt zwar hinter den Veröffentlichungspflichten der Europäischen Kommission zurück. Andererseits ist sie einen großen Fortschritt gegenüber der derzeitigen Situation. Kartellgeschädigte profitieren insbesondere davon, dass die Veröffentlichung spätestens nach Abschluss des Bußgeldverfahrens zu erfolgen hat. Zeitliche Verzögerungen

rungen, die zu einer Verjährung der Ansprüche führen könnten, dürften damit ausgeschlossen sein. Die Praxis wird zeigen, ob der vorgesehene Umfang der Mitteilungen ausreicht, um Geschädigten die benötigten Informationen bereitzustellen.

**165.** Zu kritisieren ist, dass die Vorgabe als sogenannte „Soll-Vorschrift“ formuliert ist. Es handelt sich also um eine gesetzliche Aufforderung, die für das Bundeskartellamt nicht verpflichtend ist. Die Monopolkommission empfiehlt, dem Bundeskartellamt eine gesetzliche Mitteilungspflicht aufzuerlegen.

### **2.8.2 Mehrfacher Schadenersatz**

**166.** Die private Kartellrechtsdurchsetzung kann auch dadurch gestärkt werden, dass Klägern bei erfolgreichen Schadenersatzklagen eine Kompensation zugesprochen wird, die über die Höhe des erlittenen Schadens hinausgeht. Mit dieser Möglichkeit hat sich die Monopolkommission bereits ausführlich beschäftigt.<sup>119</sup> Sie zog dabei in Betracht, dem erfolgreichen Kläger einen zweifachen Schadenersatz in Aussicht zu stellen.

**167.** Gegen einen mehrfachen Schadenersatz könnte eingewendet werden, dass die Richtlinie insbesondere in Art. 12 Abs. 1 und 2 vorsieht, dass es nicht zu einer Überkompensation des erlittenen Schadens kommen soll. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie deutet jedoch darauf hin, dass diese Vorgabe nur die Regelungen der Richtlinie betrifft. Insofern ist fraglich, ob die Richtlinie nationale Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf einen mehrfachen Schadenersatz bestehen lässt. Diese Frage muss an dieser Stelle nicht abschließend geklärt werden.

**168.** Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die Sanktionspraxis bei Kartellverstößen in der vergangenen Dekade weiterentwickelt hat. Insgesamt dürften die drohenden Folgen einer Aufdeckung heute ein höheres Abschreckungspotenzial haben als noch vor einigen Jahren. Gründe dafür sind der Erfolg der Kronzeugenprogramme, mitunter höhere Bußgelder und die zunehmende Bedeutung von Kartellschadenersatzklagen. Diese Entwicklung schließt jedoch nicht aus, dass der mehrfache Schadenersatz bei veränderten Rahmenbedingungen in der Zukunft ein geeignetes Instrument der Kartellverfolgung sein könnte.

### **2.8.3 Kollektiver Rechtsschutz**

**169.** Üblicherweise werden Schadenersatzansprüche von den jeweils Betroffenen geltend gemacht (individueller Rechtsschutz). Bei Handlungen oder Ereignissen, durch die mehrere oder viele Individuen geschädigt werden, können gebündelte oder gemeinsam erhobene Ansprüche die Rechtsdurchsetzung vereinfachen (kollektiver Rechtsschutz). Der kollektive Rechtsschutz dient vornehmlich dem Verbraucherschutz und betrifft verschiedene Rechtsgebiete. Für das Wettbewerbsrecht hat er eine hohe Bedeutung, da hier Verstöße häufig eine Vielzahl von Abnehmern schädigen.

**170.** Der kollektive Rechtsschutz ist ein Sammelbegriff, der in der Praxis sehr verschiedene Ausprägungen annehmen kann. Für das deutsche Wettbewerbsrecht sind hier insbesondere drei Regelungen zu nennen. Erstens ermöglicht § 59 f. ZPO individuell erhobene Schadenersatzansprüche im Wege der sogenannten Streitgenossenschaft prozessual zu bündeln. Zweitens können Ansprüche durch Abtretung gemäß § 398 BGB materiell gebündelt werden.<sup>120</sup> Drittens besteht die Möglichkeit einer Vorteilsabschöpfung durch Verbände zugunsten des Bundeshaushalts nach § 34a GWB.

#### **2.8.3.1 Gruppenklagen und ihre Ausgestaltungsformen**

**171.** Das wohl prominenteste, bisher in Deutschland nicht allgemein vorgesehene Instrument des kollektiven Rechtsschutzes ist die sogenannte Gruppen- oder Sammelklage. Gruppenklagen zeichnen sich dadurch aus, dass ein Kläger ein Verfahren führt, das Rechtswirkungen für andere Personen zeitigt, ohne dass diese Personen Verfahrensparteien sind.

---

<sup>119</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 41, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 75 bis 83.

<sup>120</sup> Zuletzt hat das OLG Düsseldorf zwar eine Abtretung von Schadenersatzforderungen für sittenwidrig erklärt: OLG Düsseldorf, Urteil 18. Februar 2015, Vi-U (Kart) 3/14, WuW/E DE-R 4601-4632 (zit. nach Juris), Rz. 66. Die Sittenwidrigkeit ergab sich jedoch aus den speziellen Umständen des Falles, sodass sich hieraus keine grundsätzliche Ablehnung der Bündelung materieller Ansprüche ableiten lässt.

Gruppenklagen werden in zwei Kategorien unterteilt. Einerseits existieren sogenannte Opt-in-Modelle, die für ein Individuum nur dann Wirkung entfalten, wenn dieses ausdrücklich seine Zustimmung erklärt hat. Im Opt-out-Modell hingegen gilt das Ergebnis einer Gruppenklage für jedes Individuum, das einer zuvor bestimmten Gruppe angehört und nicht ausdrücklich erklärt hat, dass es sich nicht an der Gruppenklage beteiligen möchte.

**172.** Beide Modelle existieren in der Praxis. Im US-amerikanischen Recht bestehen in Form der class action langjährige Erfahrungen mit einem Opt-out-Modell der Gruppenklage. In Großbritannien wurde durch den Consumer Rights Act 2015 eine Opt-out-Gruppenklage nach US-amerikanischem Vorbild eingeführt. Die Möglichkeit einer Opt-in-Gruppenklage besteht in Großbritannien schon seit Längerem. In Frankreich wurde mit der Loi Hamon 2014 die Möglichkeit einer action de groupe eröffnet, die dem Opt-in-Modell folgt. Auch in anderen Ländern sind Gruppenklagen möglich oder es wird über eine Einführung diskutiert.

**173.** Die Diskussion um die Einführung einer Gruppenklage wird auch auf der Ebene der EU geführt. Vorläufiger Schlusspunkt ist dabei eine Empfehlung der Europäischen Kommission<sup>121</sup>, die für die Mitgliedstaaten keine Bindungswirkung entfaltet.<sup>122</sup> In der Empfehlung spricht sich die Europäische Kommission dafür aus, dass alle Mitgliedstaaten ein innerstaatliches kollektives Rechtsschutzsystem einführen.<sup>123</sup> Für kollektive Schadenersatzverfahren soll das Opt-in-Prinzip Anwendung finden.<sup>124</sup> Die Europäische Kommission beabsichtigt spätestens vier Jahre nach Veröffentlichung der Empfehlung zu prüfen, ob weitere Maßnahmen, auch legislativer Art, nötig sind.<sup>125</sup>

### 2.8.3.2 Einführung einer Gruppenklage in Deutschland?

**174.** Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz arbeitet derzeit an einem Gesetzesvorschlag zur Einführung eines Musterfeststellungsverfahrens in das deutsche Recht. Qualifizierte Verbände sollen in einem Musterverfahren zentrale Tat- und Rechtsfragen vor Gericht klären. Die Feststellungen haben Rechtskraftwirkung für die Folgeprozesse. Darauf bauend können Geschädigte ihre Ansprüche dann individualrechtlich durchsetzen. Für kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten wurde ein derartiges Verfahren bereits 2005 durch das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) eingeführt. Die konkrete Ausgestaltung des Gesetzesentwurfs bleibt abzuwarten. Es ist allerdings davon auszugehen, dass sich der Gesetzesvorschlag auf ein Musterfeststellungsverfahren beschränkt und die eigentlichen Ansprüche weiterhin in Einzelverfahren durchzusetzen sein werden. Auch nach einer Einführung des geplanten Musterfeststellungsverfahrens dürfte also die Diskussion um die Einführung einer Gruppenklage in das deutsche Recht weitergehen.

**175.** Durch Gruppenklagen kann verhindert werden, dass bei einem einzelnen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht, durch den mehrere Personen geschädigt wurden, eine Vielzahl von Verfahren geführt werden muss. Dadurch können Gruppenklagen Prozesskosten für Kläger und Beklagte senken und Gerichte entlasten.

**176.** Die Monopolkommission hat bereits darauf hingewiesen, dass es für Kläger attraktiver sein könnte, Ansprüche in jenen Ländern der EU geltend zu machen, deren Rechtsordnungen die Möglichkeit einer Gruppenklage vorsehen.<sup>126</sup> Dies könnte dazu führen, dass immer mehr Schadenersatzverfahren in Ländern geführt werden, in denen die Durchsetzung deutscher Rechtsgrundsätze, wie der weiter unten diskutierte Anspruch auf rechtliches Gehör, nicht gewährleistet ist. Dieser Gefahr würde am besten durch verbindliche EU-weite Vorgaben zu Gruppenklagen begegnet werden. Solange

<sup>121</sup> EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60.

<sup>122</sup> Art. 288 AEUV.

<sup>123</sup> EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60, Erwägungsgrund 10.

<sup>124</sup> EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60, Tz. 21.

<sup>125</sup> EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60, Erwägungsgrund 26.

<sup>126</sup> Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 954.

solche Vorgaben nicht existieren, kann der deutsche Gesetzgeber dieser Entwicklung nur entgegenwirken, indem er selbst die Möglichkeit einer Gruppenklage vorsieht.

**177.** Gruppenklagen werden mitunter als notwendiges Mittel gegen Defizite in der Kartellrechtsdurchsetzung propagiert, da sie die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen auch in Fällen ermöglichen würden, in denen die einzelnen Geschädigten nur verhältnismäßig geringfügige Schäden erlitten haben. Tatsächlich werden insbesondere bei Streuschäden auf der Endverbraucherebene häufig keine Schadenersatzansprüche geltend gemacht. Ein Grund dafür ist insbesondere das sogenannte rationale Desinteresse an dem Ersatz des entstandenen Schadens. Dieses Desinteresse liegt darin begründet, dass die Kosten der Geltendmachung die Höhe des zu erwartenden Schadenersatzes übersteigen. Hinzu kommen Schwierigkeiten bzgl. des Schadensnachweises insbesondere auf Verbraucherebene, da häufig Kassensbons oder sonstige Belege längst entsorgt wurden. Gegen diese Hindernisse wären allerdings Opt-in-Gruppenklagen wenig hilfreich, da durch sie weder das rationale Desinteresse überwunden, noch der Schadensnachweis erleichtert wird. Opt-out-Gruppenklagen hingegen reduzieren zumindest die erstgenannten Schwierigkeiten, da sie kein Tätigwerden der einzelnen Geschädigten voraussetzen.

**178.** Sollte bei Streuschäden der individuelle Schadensnachweis auf der Ebene der Endverbraucher nicht möglich sein, könnte der Schadensnachweis möglicherweise über die von der vorgelagerten Ebene weitergegebene Preiserhöhung erfolgen. In diesem Fall wäre es zwar nicht möglich, dem tatsächlich Geschädigten Schadenersatz zu gewähren. Zumindest könnte jedoch die Abschöpfung des Vermögensvorteils des Kartellanten sichergestellt werden. Zu diesem Zweck bedarf es jedoch letztlich keiner Gruppenklage, da die Vorteilsabschöpfung durch Verbände bereits heute nach § 34a GWB möglich ist. Allerdings führen die Voraussetzungen des § 34a GWB dazu, dass derzeit kaum ein Verband bereit ist, die Risiken eines Prozesses zu tragen. Die Monopolkommission hatte bereits vor Einführung von § 34a GWB darauf hingewiesen, dass die Verbandsklage keine Bedeutung erlangen können würde, da der wirtschaftliche Vorteil an den Bundeshaushalt abzuführen ist.<sup>127</sup> Um zukünftig eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände sicherzustellen, bedürfte es insofern jedoch nicht der Einführung einer Gruppenklage. Es würde vielmehr ausreichen, die Vorteilsabschöpfung durch eine Reform des § 34a GWB zu erleichtern.

**179.** Mehrere Anpassungen wären erforderlich, um die Vorteilabschöpfung nach § 34a GWB merklich zu erleichtern. Erstens sollte eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände nicht nur (wie nach der aktuellen Gesetzeslage) bei einem vorsätzlichen Verstoß, sondern auch bei einem durch Fahrlässigkeit verursachten Verstoß möglich sein. Zweitens sollte die widerlegbare Schadensvermutung aus Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie auch bei der Vorteilsabschöpfung greifen. Sofern sich der Gesetzgeber außerdem dafür entscheidet, für die Schadensermittlung einen Mindestschätzbetrag für den Regelfall vorzusehen, sollte dieser auch für die Vorteilsabschöpfung durch Verbände greifen. Drittens könnte im Gesetz vorgesehen werden, dass zumindest ein Teil der abgeschöpften Summe bei dem Verband verbleibt.

**180.** Insbesondere gegen Opt-out-Gruppenklagen werden zudem verfassungsrechtliche Bedenken vorgetragen. Nach Art. 103 Abs. 1 Grundgesetz hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör. Da die Mitglieder einer Klagegruppe an das Ergebnis des Verfahrens gebunden sind, kann es in der Tat vorkommen, dass sie sich selbst nicht rechtlich Gehör verschaffen können. Diese Rechtsbeschneidung kann jedoch durch Verfahrensvorgaben gemildert werden, indem festgesetzt wird, dass alle ermittelbaren Gruppenmitglieder über die Einleitung des Verfahrens informiert werden und so die Möglichkeit erhalten, aus der Gruppe auszutreten. Bei wirklichen Streuschäden dürften die einzelnen Geschädigten zwar kaum ermittelbar sein, in diesen Fällen besteht jedoch nach derzeitiger Rechtslage ohnehin kaum eine realistische Möglichkeit, Schadenersatz geltend zu machen. Insofern sollten die verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten von Opt-out-Gruppenklagen nicht überbewertet werden.

**181.** Außerdem wird mitunter argumentiert, dass Repräsentativkläger im wirtschaftlichen Eigeninteresse handeln und Gruppenklagen zur Entstehung einer Klageindustrie führen könnten. Diese Bedenken dürften sowohl Opt-in-Gruppenklagen wie auch Opt-out-Gruppenklagen betreffen. Durch geeignete gesetzliche Regelungen im Hinblick auf die Klagebefugnis, die Finanzierung der Klagepartei und Anwaltshonorare kann dieser Kritik begegnet werden. Beispiele für

---

<sup>127</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 41, a. a. O., Tz. 94.

entsprechende Regelungen finden sich in der bereits erwähnten Empfehlung der Europäischen Kommission.<sup>128</sup> Derartige Einschränkungen sollten jedoch nicht so weit gehen, dass Gruppenklagen für Kläger unattraktiv werden. Auch bleibt festzuhalten, dass für Kartelltäter die Aussicht, auf kommerziell ausgerichtete Repräsentativkläger zu treffen, ein hohes Abschreckungspotenzial birgt.

### 2.8.3.3 Empfehlung

**182.** Die Monopolkommission steht Gruppenklagen positiv gegenüber, da durch sie Geschädigten der Zugang zur Justiz erleichtert wird und zugleich deutsche Gerichte entlastet werden. Die Monopolkommission unterstützt den geplanten Gesetzesentwurf des Justizministeriums zum Musterfeststellungsverfahren, durch den ebenfalls Gerichtskosten der Parteien und öffentliche Ausgaben gesenkt werden können. Sie weist darauf hin, dass diese Einsparungen bei einer echten Gruppenklage deutlich höher ausfallen würden, da im Anschluss an ein Musterfeststellungsverfahren jeder Geschädigte seine Ansprüche noch individuell durchsetzen muss.

**183.** Zur Überwindung des rationalen Desinteresses bei Kleinstschäden wären nur Opt-out-Gruppenklagen geeignet. Eine Vorteilsabschöpfung kann jedoch durch eine Reform des § 34a GWB leichter bewerkstelligt werden. Vor diesem Hintergrund sollte dem Opt-in-Modell als „milderes Mittel“ der Vorzug gegeben werden. Zudem plädiert auch die Europäische Kommission in ihrer unverbindlichen Empfehlung für Opt-in-Gruppenklagen.<sup>129</sup> Vorbehalte in Bezug auf das rechtliche Gehör und die Entstehung einer Klageindustrie stehen der Einführung insbesondere von Opt-in-Gruppenklagen nach Auffassung der Monopolkommission nicht im Wege.

**184.** Die Monopolkommission empfiehlt daher die Einführung einer Gruppenklage nach dem Opt-in-Modell sowie eine Reform des § 34a GWB. Erstens sollte das Vorsatzerfordernis aus § 34a GWB gestrichen werden. Zweitens sollte der Schadensnachweis durch eine widerlegbare Schadensvermutung und ggf. durch einen Mindestschätzbetrag erleichtert werden. Drittens könnte im Gesetz vorgesehen werden, dass zumindest ein Teil der abgeschöpften Summe bei dem Verband verbleibt.

## 3 Erweiterung der Haftung auf das Unternehmen bei Kartellrechtsverletzungen

**185.** Der Referentenentwurf strebt eine von der Monopolkommission als notwendig erachtete Angleichung des deutschen Kartellsanktionsrechts an die Vorgaben des europäischen Rechts an.<sup>130</sup> Nach dem Rechtsverständnis der Monopolkommission ergibt sich die Haftung aller Unternehmensteile für Kartellrechtsverstöße unmittelbar aus den Art. 101 Abs. 1, Art. 102 AEUV. Diese Vorschriften haben Anwendungsvorrang vor dem entgegenstehenden deutschen Recht. Dies gilt auch in Bezug auf die deutschen Kartellbußgeldvorschriften, soweit diese eine aus Sicht des EU-Rechts materiellrechtliche Frage regeln, indem sie Vorgaben zum persönlichen Haftungsumfang treffen.<sup>131</sup>

**186.** Das deutsche Kartellbußgeldrecht baut gegenwärtig auf allgemeinen ordnungswidrigkeitenrechtlichen Grundsätzen auf (§§ 81 GWB, 2 OWiG). Es geht somit von der Haftung natürlicher Personen aus. Außerdem haftet eine juristische Person oder Personenvereinigung dann, wenn für sie ein Leitungsverantwortlicher (§ 30 OWiG) oder sonstiger Mitarbeiter (§ 14 OWiG) in zurechenbar Weise ordnungswidrig gehandelt hat (dazu auch §§ 9, 130 OWiG).

**187.** Der Referentenentwurf sieht nun eine Novellierung der bußgeldrechtlichen Vorschriften des GWB vor. Dabei hält er am bisherigen dogmatischen Ansatz insoweit fest, als die bußgeldrechtliche Haftung stets einer natürlichen oder juristi-

<sup>128</sup> EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60.

<sup>129</sup> EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201, S. 60, Tz. 21.

<sup>130</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O.; dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 1 ff., insbesondere Tz. 133 ff.

<sup>131</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 133.

schen Person (Rechtsträger) auferlegt wird.<sup>132</sup> Allerdings soll die Verantwortlichkeit für einen Kartellverstoß nach §§ 81, 81a GWB-E künftig beim „Unternehmen“ im Sinne der europäischen Rechtsprechung liegen („Pflichten, welche das Unternehmen treffen, verletzt [...]“; § 81 Abs. 3a GWB-E). Dies gilt zumindest für die Fälle, in denen die Kartellbuße einem Rechtsträger auferlegt wird, dessen Vertreter nicht selbst am Kartell beteiligt waren und der über die direkt kartellbeteiligte Unternehmenseinheit lediglich einen bestimmenden Einfluss im Sinne der EU-Rechtsprechung ausgeübt hat. Die Bezeichnung eines Rechtsträgers wird in diesen Fällen künftig nicht mehr dazu dienen, den Verantwortlichen zu bestimmen (materieller Haftungsadressat), sondern bezeichnet lediglich Unternehmensteile, gegen die ebenfalls eine Geldbuße festgesetzt werden kann (formeller Haftungsadressat).

**188.** Eine Angleichung erfolgt nach dem Referentenentwurf nur für den Fall, dass sich die Pflichtverletzung einer Leitungsperson im Sinne des § 30 OWiG nachweisen lässt.<sup>133</sup> Sie erfolgt zudem nur für die sogenannte Mutter-Tochter-Haftung (vertikal) und nicht für die Haftung von Schwestergesellschaften (horizontal).<sup>134</sup> In diesen Fällen wird es freilich nach § 81 Abs. 3a GWB-E möglich sein, eine Geldbuße gegenüber der gemeinsamen Mutter festzusetzen.<sup>135</sup> Im Fall von Vermögensverschiebungen in eine andere Konzernschwester-gesellschaft wird die Behörde nach § 81 Abs. 3c GWB-E direkt gegen die betreffende Schwestergesellschaft vorgehen können.

**189.** Die Haftung aufgrund Unternehmenszugehörigkeit wird auf die von § 30 Abs. 2a GWB bisher nicht erfassten Rechtsnachfolgetatbestände sowie auf die Nachfolge nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Kontinuität (wirtschaftliche Nachfolge) erstreckt (§ 81 Abs. 3b, 3c GWB-E). Daneben soll eine Ausfallhaftung jene Unternehmensteile treffen, die nach Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens Rechtsnachfolger eines nach § 30 OWiG haftenden Unternehmensteils geworden sind oder darüber einen bestimmenden Einfluss im Sinne der europäischen Rechtsprechung ausgeübt haben (§ 81a GWB-E). Die bisher bestehenden und – auch von der Monopolkommission kritisierten<sup>136</sup> – Haftungslücken werden somit geschlossen.

**190.** Die Monopolkommission begrüßt den Novellierungsvorschlag im Referentenentwurf. Die gegen die Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs vorgebrachten Einwände lassen sich aus ihrer Sicht widerlegen.<sup>137</sup> Die Monopolkommission würde es zwar als konsequenteren Schritt bevorzugen, wenn die Haftung des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit für Kartellrechtsverstöße immer und nicht nur in den §§ 81, 81a GWB-E neu geregelten Fällen vorgesehen würde. Dadurch würde die Haftung auch unmittelbar auf Schwestergesellschaften erstreckt. Ein solches Haftungssystem könnte im GWB auch abweichend vom sonstigen Ordnungswidrigkeitenrecht geregelt werden.

**191.** Allerdings erscheint es vertretbar, dass der Referentenentwurf am System des Ordnungswidrigkeitengesetzes grundsätzlich festhält und dieses nur ergänzt. Denn damit steht, falls die Neuregelung einmal gerichtlich überprüft werden sollte, nicht das Kartellbußgeldsystem insgesamt infrage.<sup>138</sup> Außerdem dürften nach dem Regelungsansatz im Referentenentwurf kaum praktisch relevante Haftungslücken verbleiben. Das deutsche Kartellbußgeldrecht wird damit im Wesentlichen an den Rechtszustand auf EU-Ebene und in den anderen EU-Mitgliedstaaten angepasst.

**192.** Die Regelungen des Referentenentwurfs dürften ungeachtet des gesetzlichen Ansatzes einen Systemwechsel bei der Haftung für Kartellrechtsverstöße einläuten. Dies ist aus wettbewerbspolitischer Sicht uneingeschränkt zu begrüßen.

---

<sup>132</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 86, 91, wonach es Ziel des Referentenentwurfs ist, eine unternehmensgerichteten Sanktion in Angleichung an das europäische Recht in das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht einzufügen.

<sup>133</sup> Dies ist eine Abweichung von den Grundsätzen, nach denen die EU-Rechtsprechung einem Unternehmen das Handeln von Unternehmensangehörigen zurechnet; dazu BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 91; Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 73 mit Fn. 133 und den dortigen Nachweisen. In der kartellbehördlichen Verfolgungspraxis dürfte sich diese Abweichung allerdings nicht auswirken.

<sup>134</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 89, 92. Speziell zur Rolle von Schwestergesellschaften bei Umstrukturierungen siehe auch ebenda, S. 87.

<sup>135</sup> BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 92.

<sup>136</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 1 ff.

<sup>137</sup> Siehe ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 62 ff.

<sup>138</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten vgl. BMWi, Referentenentwurf vom 1. Juli 2016, a. a. O., S. 89 f., 93.

Die Monopolkommission führt im Folgenden aus, welche wettbewerbspolitischen Implikationen die weitgehende Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs haben dürfte.

**193.** Mit Blick auf die bußgeldrechtliche Haftung von Unternehmen dürfte die Angleichung an die Grundsätze des europäischen Rechts dazu führen, dass Kartellrechtsverstöße angemessener sanktioniert werden. Die Haftung des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit wurde im europäischen Recht entwickelt.<sup>139</sup> Maßgeblich ist insofern die persönliche Verantwortlichkeit des Unternehmens für einen Verstoß, von dem es gerade als wirtschaftliche Einheit und nicht als bloßer Verbund von Rechtsträgern profitiert.<sup>140</sup> Die Vereinbarkeit einer Unternehmenshaftung nach dem Konzept der persönlichen Verantwortlichkeit mit deutschen Verfassungsgrundsätzen ist zwar umstritten. Die Monopolkommission hat sich hierzu jedoch bereits hinreichend geäußert.<sup>141</sup> Aus ihrer Sicht ist im vorliegenden Zusammenhang entscheidend, dass das wirtschaftliche Vorgehen zur Erzielung von Kartellgewinnen und die Bußgeldhaftung für Kartellverstöße einander zukünftig mehr entsprechen, als dies bisher der Fall ist. Außerdem wird die Haftung nach deutschem Bußgeldrecht an die Grundsätze, die auf EU-Ebene und in den angrenzenden Mitgliedstaaten gelten, angeglichen.<sup>142</sup>

**194.** Daneben dürfte das von Teilen der Politik parallel verfolgte Projekt eines Unternehmensstrafrechts zumindest für Kartellverstöße weniger prioritär verfolgt werden müssen. Ein solches Unternehmensstrafrecht würde ohnehin weiter an der (dann strafrechtlichen) Haftung von Rechtsträgern festhalten und somit in einem gewissen Konflikt zum kartellbußgeldrechtlichen Konzept der Haftung des Unternehmens als einer wirtschaftlichen Einheit stehen. Die Monopolkommission hatte sich im XX. Hauptgutachten bereits skeptisch zur Einführung von Unternehmensstrafen für Kartellverstöße geäußert.<sup>143</sup> Sie hält an dieser Beurteilung weiterhin fest.

**195.** Mit Blick auf die Haftung von Individualtätern wird es unverändert dabei bleiben, dass für die Inanspruchnahme des Täters allein seine individuelle Schuld maßgeblich ist.<sup>144</sup> Allerdings wird sich die Funktion der Haftung von Individualtätern verändern. Denn bisher leitet sich die Haftung von Unternehmensteilen (Rechtsträgern) von der Haftung des Einzeltäters ab. Dagegen werden nach der 9. GWB-Novelle die Haftung des Unternehmens und die Haftung des direkt kartellbeteiligten Individualtäters komplementäre Funktionen erfüllen.<sup>145</sup> Das Unternehmen wird als wirtschaftlicher Einheit im Rahmen seiner persönlichen Verantwortlichkeit haften, der Individualtäter nach seiner Schuld.

**196.** Die veränderte Funktion der Haftung von Individualtätern könnte es auf mittlere Sicht erfordern, die Unternehmenshaftung und die Haftung des Individualtäters neu aufeinander abzustimmen. Wenn das Unternehmen aufgrund seiner persönlichen Verantwortlichkeit haftet, ist es denkbar, dass die Verantwortlichkeit von Unternehmen und Individualtätern auseinanderfallen kann. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn das Unternehmen alle ihm zumutbaren Organisationsanforderungen erfüllt hat und der mit einer Individualbuße belegte Unternehmensangehörige sich trotzdem an einem Kartell beteiligt hat. In einem solchen Fall ist die persönliche Verantwortlichkeit des Unternehmens möglicherweise geringer als die Schuld des Individualtäters.

## 4 Änderungen im Missbrauchskartellrecht

**197.** Aus der Regierungskoalition heraus sind in den vergangenen Monaten Forderungen erhoben worden, das Kartellrecht im Rahmen der 9. GWB-Novelle zu verschärfen. Der Referentenentwurf enthält deshalb zwei Platzhalter für mögli-

---

<sup>139</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 27 ff.

<sup>140</sup> Dazu BVerfG; Beschluss vom 14. Januar 2004, 2 BvR 564/95 – erweiterter Verfall, BVerfGE 110, 1, Rz. 57 f., wonach Sanktionstatbestand und Rechtsfolge aufeinander abzustimmen sind; vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 154.

<sup>141</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 108 ff., 125 ff.

<sup>142</sup> Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 127, 138 f. und 142.

<sup>143</sup> Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Rz. 210 ff.

<sup>144</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 190 samt Fn. 308.

<sup>145</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 72, a. a. O., Tz. 11 ff. (zum bisherigen deutschen Recht), 27 ff. (zum EU-Recht), 134 f., 196 ff.



che Änderungen der Vorschriften über Marktmachtmissbräuche.<sup>146</sup> Der eine Platzhalter bezieht sich auf eine mögliche Verschärfung der Regelungen zur missbräuchlichen Ausnutzung von Nachfragemacht. Der andere steht für Regelungen zur Entfristung und praxisgerechteren Ausgestaltung des kartellrechtlichen Verbots eines Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis.

**198.** Die Notwendigkeit der genannten Vorschriften und ihre Ausgestaltung werden bereits seit längerem diskutiert. In der Preismissbrauchs-Novelle des Jahres 2007 war in den heutigen § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB (= § 19 Abs. 4 Nr. 5 GWB a. F.) das sogenannte „Anzapfverbot“ eingefügt worden. Außerdem war in den heutigen § 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB (= § 20 Abs. 4 GWB a. F.) ein Verbot des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis eingefügt worden, das – anders als bei den sonstigen Verboten des Verkaufs unter Einstandspreis im Kartell- und Unlauterkeitsrecht – auch gelegentliche Angebote erfasst.<sup>147</sup> Die Vorschriften waren ursprünglich befristet. Allerdings entschied sich der Gesetzgeber der 8. GWB-Novelle, beide Vorschriften beizubehalten, wobei das Verbot des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis mit einer (erneuten) Befristung bis zum Ende des Jahres 2017 versehen wurde.<sup>148</sup>

**199.** Die Monopolkommission hat die Schaffung von Sondervorschriften für einzelne Wirtschaftsbereiche bisher aus grundsätzlichen Erwägungen heraus häufig kritisch gesehen.<sup>149</sup> Dasselbe galt, wenn der Ausgang einzelner kartellrechtlicher Verfahren zum Anlass für Rechtsänderungen genommen wurde.<sup>150</sup> Im Lebensmitteleinzelhandel hatte sie daneben inhaltliche Bedenken und sprach sich bisher stets für eine Abschaffung des Verbots von Untereinstandspreisverkäufen aus.<sup>151</sup> Das gesetzliche Anzapfverbot habe unter anderem nur einen geringen Anwendungsbereich und sei wenig praktikabel.<sup>152</sup> Das umfassende Verbot des Anbietens von Lebensmitteln unter Einstandspreis sei hingegen ungeeignet, um damit die ursprünglich verfolgten Ziel des Schutzes kleinerer Handelsunternehmen im Preiswettbewerb mit großen Handelsunternehmen oder von Herstellern vor ungerechtfertigten Konditionenforderungen zu erreichen.<sup>153</sup>

**200.** Das Anzapfverbot im Lebensmitteleinzelhandel spielte zuletzt in einem Verfahren gegen Edeka eine Rolle. Das Bundeskartellamt hatte Forderungen des Handelsunternehmens gegenüber Lieferanten nach der vollzogenen Übernahme der Plus-Märkte von Tengelmann im Jahr 2008 für missbräuchlich angesehen.<sup>154</sup> Nach Auffassung des OLG Düs-

---

<sup>146</sup> Art. 1 Ziff. 6 und 7 GWB-E.

<sup>147</sup> Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, BT-Drs. 16/5847 vom 27. Juni 2007; dazu bereits Monopolkommission, Sondergutachten 47, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Baden-Baden 2007.

<sup>148</sup> Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012 sowie Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu dem Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/13720 vom 5. Juni 2013; dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012.

<sup>149</sup> Siehe zu verschiedenen früheren Ausnahmereichen: Monopolkommission, XI. Hauptgutachten, Baden-Baden 2006, Tz. 1007 (Verkehr, Banken, Versicherungen); Sondergutachten 41, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 122 ff. (Urheberrechtsverwertungsgesellschaften, Fernsehrechte an Sportveranstaltungen); XVII. Hauptgutachten, Baden-Baden 2008, Tz. 483 und Sondergutachten 47, a. a. O., Tz. 54 ff. (Lebensmitteleinzelhandel); XVIII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 17, 20 ff., Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 169, 173 und Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 114 ff., insb. Tz. 119 (Wasserwirtschaft, mit Empfehlung einer zusätzlichen speziellen Regulierung).

<sup>150</sup> Siehe zu einzelfallbezogenen gesetzlichen Änderungen: Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1063, 1065 (zum Presse-Grosso); XIX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 169, 173 und Sondergutachten 63, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 114 (zur Wasserwirtschaft).

<sup>151</sup> Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 424; Sondergutachten 47, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 56 ff.; XVII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 483 f.; XIX. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 1184 ff., 1224; Sondergutachten 63, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 84 f.

<sup>152</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 89 ff., 92 ff.

<sup>153</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 56 ff.; Sondergutachten 63, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 84 f.

<sup>154</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 3. Juli 2014, B2 - 58/09.

seldorf ist es dem Bundeskartellamt dagegen nicht gelungen, einen Verstoß gegen das Anzapfverbot zu belegen.<sup>155</sup> Die Anforderungen für den Nachweis eines Missbrauchs könnten durch eine Anpassung des deutschen Rechts an das schärfere EU-Recht erleichtert werden (siehe nachfolgend Abschnitt 4.1). Das Verbot des Angebots von Lebensmitteln unter Einstandspreis lehnt die Monopolkommission hingegen weiterhin ab (siehe nachfolgend Abschnitt 4.2).

#### 4.1 Anpassung des „Anzapfverbots“ an EU-Recht

**201.** Nach dem bestehenden § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB handelt ein marktbeherrschendes Unternehmen insbesondere dann missbräuchlich, wenn es

*„seine Marktstellung dazu ausnutzt, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren“.*

Nach § 20 Abs. 2 GWB gilt dieses Verbot nicht nur für marktbeherrschende Unternehmen, sondern auch im Fall relativer Marktmacht gegenüber abhängigen Unternehmen.

**202.** Das Anzapfverbot zielt in erster Linie darauf ab, den Wettbewerb auf Handelsmärkten zu schützen. So könnte die Ausübung von Nachfragemacht dazu führen, dass kleinere Wettbewerber mächtiger Handelsunternehmen aufgrund schlechterer Einkaufskonditionen Wettbewerbsnachteile haben. Der Lebensmitteleinzelhandel bildet aufgrund der bestehenden und zunehmenden Konzentration einen wichtigen Anwendungsbereich des Anzapfverbots. Umstritten ist, ob das Anzapfverbot auch den Zweck hat, kleinere Anbieter auf dem vorgelagerten Markt zu schützen.<sup>156</sup> Unabhängig von dem Schutzzweck der Norm sind positive Auswirkungen für kleine Lieferanten naheliegend, da diese häufig stärker von einzelnen (großen) Nachfragern abhängig sein dürften.

**203.** Das Anzapfverbot ist bereits in der Vergangenheit verschärft worden.<sup>157</sup> Diese Verschärfungen betrafen allerdings den Kreis der Normadressaten und nicht die sachlichen Voraussetzungen eines missbräuchlichen Verhaltens, unter denen dieses Verbot eingreift. Die aktuelle Diskussion um das Anzapfverbot ist durch einen Beschluss des OLG Düsseldorf befeuert worden.<sup>158</sup> Im konkreten Fall hat das OLG Düsseldorf eine Entscheidung des Bundeskartellamtes zu sogenannten „Hochzeitsrabatten“ in der Folge der Übernahme von 2.300 Plus-Filialen durch Edeka aufgehoben.<sup>159</sup> Neben verschiedenen sachverhaltsbezogenen Erwägungen hielt es das OLG Düsseldorf, anders als das Bundeskartellamt, nicht für erwiesen, dass die Forderung von Vorteilen durch Edeka auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruhe. Jedenfalls sei die Konditionenforderung durch Edeka sachlich gerechtfertigt, da sich kein kausaler Zusammenhang zwischen der Marktmacht von Edeka und deren Ausnutzung feststellen lasse.<sup>160</sup>

**204.** Anders als im deutschen Recht ist ein kausaler Zusammenhang zwischen einer marktbeherrschenden Stellung und einer missbräuchlichen Verhaltensweise im europäischen Recht nach Art. 102 AEUV nicht erforderlich.<sup>161</sup> Der Europäische Gerichtshof begründet das wie folgt:<sup>162</sup>

*„Ein missbräuchliches Verhalten kann vorliegen, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen. Bei diesem Sinn und dieser Tragweite des Artikels 86 EWG-Vertrag (= Art. 102 AEUV) kommt es auf die [...] Frage des ur-*

<sup>155</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14 (V).

<sup>156</sup> Siehe Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, 12. Auflage, Köln 2014, § 19 GWB, Rz. 153.

<sup>157</sup> Insbesondere in der sogenannten Preismissbrauchs-Novelle 2007, BGBl. I, Nr. 66 vom 21. Dezember 2007, S. 2966.

<sup>158</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14 (V).

<sup>159</sup> BKartA, Beschluss vom 3. Juli 2014, B2-58/09.

<sup>160</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14 (V), Rz. 99 f.

<sup>161</sup> Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 526 f. sowie Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV, Rz. 136. Beide mit Verweisen zur einschlägigen Rechtsprechung.

<sup>162</sup> EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, 7/72 – Europemballage u. Continental Can, Slg. 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 26 f.

*sächlichen Zusammenhangs [...] zwischen der beherrschenden Stellung und der missbräuchlichen Ausnutzung [...] nicht an[.]“*

Diese Auslegung dürfte nicht nur bei angebotsseitiger, sondern auch bei nachfrageseitiger Marktbeherrschung gelten. Zwar ist die EU-Rechtsprechung zu nachfrageseitiger Marktbeherrschung bisher spärlich geblieben, doch kann ein Missbrauch bereits nach dem Wortlaut von Art. 102 lit. a AEUV in der Erzwingung sowohl von unangemessenen Einkaufs- als auch Verkaufspreisen liegen.<sup>163</sup>

**205.** Die abweichenden deutschen Regelungen bedeuten, dass ein Missbrauchsvorwurf in Fällen ohne Binnenmarktbezug nur bei Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen Marktmacht und Missbrauch und damit unter erhöhten Voraussetzungen erhoben werden kann. Dies mag sich rechtspolitisch damit rechtfertigen lassen, dass ein Missbrauchsvorwurf auf lokalen Märkten angesichts der relativ scharfen Kartellrechtssanktionen nur zurückhaltend erhoben werden sollte. Allerdings erscheint es bedenklich, wenn gerade bundesweit tätige Unternehmen als Nachfrager davon profitieren, dass bei einer lokalen Anbieterstruktur nur deutsches und nicht auch das strengere europäische Missbrauchsrecht Anwendung findet.

**206.** Eine Änderung des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB könnte zu einer Angleichung an das EU-Recht führen, bei der das Kausalitätserfordernis für das Anzapfverbot aufgehoben wird. Dazu könnte der bestehende Art. 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB durch eine Formulierung ersetzt werden, die sich an Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV orientiert. Sie könnte lauten:

*„Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen [...]*

*5. unmittelbar oder mittelbar unangemessene Einkaufspreise oder als Nachfrager unangemessene sonstige Geschäftsbedingungen erzwingt.“*

Eine solche Regelung dürfte zu keiner wesentlich erhöhten Rechtsunsicherheit führen, da bei ihrer Auslegung die bisherige EU-Rechtsprechung herangezogen werden könnte. Die Voraussetzung, dass die Einkaufspreise bzw. Geschäftsbedingungen „unangemessen“ sein müssen, gestattet zudem Rückgriffe auf die deutsche Rechtsprechung zur umfassenden Interessenabwägung in Missbrauchsfällen. Die Unterschiede zum bestehenden Recht sollten sich damit darauf beschränken, dass es sich nicht mehr haftungsbegrenzend auswirkt, wenn ein missbräuchliches Nachfrageverhalten nicht kausal auf eine marktbeherrschende Stellung zurückführbar ist.

**207.** Eine weitergehende Angleichung an das EU-Recht, die über den speziellen § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB hinaus das Kausalitätserfordernis auch bei angebotsseitigen Missbräuchen entfallen ließe, sollte dagegen erst auf Grundlage einer umfassenderen Überprüfung des deutschen Missbrauchsrechts in Betracht gezogen werden.

## 4.2 Untereinstandspreisverbot für Lebensmittel

**208.** Nach dem bestehenden § 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist es Unternehmen mit relativer Marktmacht verboten, Lebensmittel unter Einstandspreis zu verkaufen.<sup>164</sup> Diese bis Ende des Jahres 2017 befristete Sonderregelung verschärft das hinsichtlich sonstiger Produkte geltende Verbot, Waren oder gewerbliche Leistungen „nicht nur gelegentlich“ unter Einstandspreis zu verkaufen. Eingeführt wurde das generelle Verbot von Verkäufen unter Einstandspreis für Lebensmittel im Jahr 2007.<sup>165</sup> Im Rahmen der Neunten GWB-Novelle wird eine Entfristung der Vorschrift sowie die Aufnahme einer Legaldefinition von Untereinstandspreisen in das GWB diskutiert.

<sup>163</sup> Für Nachweise aus der Rechtsprechung siehe z. B. Eilmansberger/Bien in: Münchener Kommentar Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rz. 76 ff. m. Nachw.

<sup>164</sup> In Ausnahmefällen wie drohendem Verderb oder Unverkäuflichkeit sind Untereinstandspreise allerdings möglich.

<sup>165</sup> Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007, BGBl. I S. 2966.

**209.** Das Untereinstandspreisverbot in § 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist weiterhin kritisch zu sehen. Es gibt eine Reihe von Gründen für kurzzeitige Verkäufe unter Einstandspreisen.<sup>166</sup> Dazu gehört die Durchführung gezielter Marketingaktionen für Produkte, die besonders im Fokus der Verbraucher stehen. Diese Strategie macht sich die Neigung der Endkunden für ein sogenanntes One-Stop-Shopping zu nutze und stellt für den Ausgleich etwaiger Verluste auf die Möglichkeiten einer Mischkalkulation ab. Eine solche Preispolitik hat nichts mit einer wettbewerbswidrigen Verdrängungsstrategie gemein, sondern ist Ausdruck von Wettbewerb. Sie kommt den Verbrauchern zugute, da diese von günstigen Preisen profitieren. Es ist auch langfristig nicht damit zu rechnen, dass durch die von der Regelung betroffenen Untereinstandspreisverkäufe Wettbewerber vom Markt verdrängt werden. Eine solche Strategie dürfte sich nicht nur auf wenige Produkte und kürzere Zeiträume erstrecken, sondern müsste größere Teile der Sortimente umfassen und auf längere Sicht durchgehalten werden. Es ist wenig wahrscheinlich, dass eine solche Strategie auf den Handelsmärkten in Deutschland erfolgreich wäre. Dagegen spricht der bestehende intensive Wettbewerb im deutschen Lebensmitteleinzelhandel sowie die Wirksamkeit potenziellen Wettbewerbs. Zwar sind auf dem deutschen Markt für den Lebensmitteleinzelhandel Marktzugangsbarrieren für Neugründungen vorhanden, z. B. wegen des bestehenden Planungsrechts und der restriktiven Genehmigungspraxis der zuständigen Behörden.<sup>167</sup> Marktzutritte durch die Übernahme eines etablierten Wettbewerbers wären aber nicht auszuschließen.<sup>168</sup>

**210.** Unklar ist zudem, auf welche Weise ein striktes Verbot von Untereinstandspreisverkäufen Herstellerunternehmen vor ungerechtfertigten Konditionenforderungen schützen sollte. Die Erwartung, dass ein solches Verbot nachfragemächtige Handelsunternehmen daran hindert, Druck auf die Hersteller auszuüben, ist wenig plausibel. Zu erwarten ist vielmehr, dass Handelsunternehmen bei einem strikten Verbot des Verkaufs von Untereinstandspreisen ihre Verhandlungsmacht nutzen werden, um die Einstandspreise gegebenenfalls weiter zu drücken, wenn sie ihre Endkundenpreise senken möchten. Im Übrigen gilt das Untereinstandspreisverbot nach deutschem Recht seit einem Urteil des OLG Düsseldorf zur Aufschlüsselung von Werbekostenzuschüssen im Fall Rossmann als praktisch kaum mehr durchsetzbar.<sup>169</sup> Gegen das Untereinstandspreisverbot spricht auch, dass sich eine solche Regelung im europäischen Recht nicht findet.

**211.** Problematisch wäre auch eine gesetzliche Definition von Untereinstandspreisen. Einstandspreise sind bereits im Einzelfall schwer zu ermitteln. Das gilt besonders im Lebensmitteleinzelhandel, da hier eine Vielzahl von Einzelvereinbarungen, Rabatten, Zuschüssen und Rückvergütungen existiert, deren zweifelsfreie Zuordnung nicht immer möglich ist. Die mangelnde Anwendbarkeit und Durchsetzbarkeit der Norm liegt auch nicht darin begründet, dass der Begriff des Einstandspreises rechtlich unbestimmt ist. Der Gesetzgeber hatte bei der Einführung des Verbots von Untereinstandspreisverkäufen Auslegungsfragen der Verwaltungspraxis und der Rechtsprechung überlassen. Das Bundeskartellamt hat daher Auslegungsgrundsätze entwickelt und dabei konkret definiert, wie es den Einstandspreis bestimmt.<sup>170</sup> Die Anwendungsprobleme sind dadurch allerdings nicht gelöst worden. Es ist nicht zu erwarten, dass dies der Fall wäre, wenn Einstandspreise im GWB definiert und z. B. die Zuordnung einzelner Rabatte und Boni auf die Sortimentsbestandteile gesetzlich geregelt wäre.

**212.** Die Monopolkommission hält aus den genannten Gründen an ihrer ablehnenden Position gegenüber dem Verbot von Verkäufen unter Einstandspreis bei Lebensmitteln fest. Die bestehende Regelung in § 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB sollte wie vorgesehen spätestens Ende des Jahres 2017 auslaufen. Besser noch wäre, das Verbot insgesamt ersatzlos zu streichen.

<sup>166</sup> Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1185 f.

<sup>167</sup> Ebenda, Tz. 1231 ff.

<sup>168</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 70, Zusammenschlussvorhaben Edeka Zentrale AG & Co KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH, Baden-Baden 2015, Tz. 115 f.

<sup>169</sup> Siehe OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. November 2009, VI-2 Kart 9/08 OWi; bestätigt durch BGH, Urteil vom 9. November 2010, KRB 57/10; ebenfalls Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O. (Fn. 149), Tz. 433.

<sup>170</sup> Vgl. BKartA, Bekanntmachung Nr. 124/2003 vom 4. August 2003 zur Anwendung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB (Angebot unter Einstandspreis). Die Bekanntmachung wird derzeit aktualisiert. Vonseiten der EU-Kommission wurden zwar 2009 ebenfalls Leitlinien zur Bewertung von Behinderungsmissbräuchen veröffentlicht. Die dortigen Vorgaben, die auf der europäischen Rechtsprechung basieren, sind jedoch weit weniger konkret als jene des Bundeskartellamtes und bieten daher auch keinen Lösungsansatz. Vgl. EU-Kommission, Mitteilung vom der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C 45/7, Rz. 64.