

Privater Rechtsschutz bei Kartellverstößen nach der 8. GWB-Novelle – Auf dem Weg zur Class Action?

6. Studientag am 19.10.2012 in Würzburg

Studienkreis Wettbewerb und Innovation

Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille)

Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht,
internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht

Überblick

1. Verbandsklagen auf Unterlassung, Beseitigung und Vorteilsabschöpfung
2. Rückerstattungsanordnungen durch die Kartellbehörde
3. Ausschließliche Zuständigkeit der Zivilkammern für SE-Klagen
4. Nicht geregelt: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge
5. *Hier nicht behandelt: Heilung nichtiger Fusionen (→ Rolf Hempel)*

1. Erweiterung der Verbandsklagebefugnis

§ 33 Abs. 1 und 2 GWB a. F.:

(1) Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes [...] verstößt, ist dem Betroffenen zur **Beseitigung** und bei Wiederholungsgefahr zur **Unterlassung** verpflichtet. [...] Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder **sonstiger Marktbeteiligter** durch den Verstoß beeinträchtigt ist.

(2) Die Ansprüche aus Absatz 1 können auch geltend gemacht werden von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art **auf demselben Markt** vertreiben, [...].

1. Erweiterung der Verbandsklagebefugnis (Forts.)

§ 33 Abs. 1 und 2 GWB *n. F.:*

(1) Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes [...] verstößt, ist dem Betroffenen zur **Beseitigung** und bei Wiederholungsgefahr zur **Unterlassung** verpflichtet. [...] Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder **sonstiger Marktbeteiligter** durch den Verstoß beeinträchtigt ist.

(2) Die Ansprüche aus Absatz 1 können auch geltend gemacht werden von 1. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, wenn ihnen eine erhebliche Zahl von betroffenen **Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 Satz 3** angehört [...]

1. Erweiterung der Verbandsklagebefugnis (Forts.)

§ 33 Abs. 1 und 2 GWB n. F.:

(1) Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes [...] verstößt, ist dem Betroffenen zur **Beseitigung** und bei Wiederholungsgefahr zur **Unterlassung** verpflichtet. [...] Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder **sonstiger Marktbeteiligter** durch den Verstoß beeinträchtigt ist.

(2) Die Ansprüche aus Absatz 1
1. rechtsfähigen Verbänden zur
beruflicher Interessen, wenn ihnen eine
Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 Satz 3 angehört [...]

→ Einbeziehung von
Verbänden der Marktgegenseite

1. Erweiterung der Verbandsklagebefugnis (Forts.)

§ 33 Abs. 1 und 2 GWB n. F.:

(1) Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes [...] verstößt, ist dem Betroffenen zur **Beseitigung** und bei Wiederholungsgefahr zur **Unterlassung** verpflichtet. [...] Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.

(2) Die Ansprüche aus Absatz 1 können auch geltend gemacht werden von

2. Einrichtungen, die nachweisen, dass sie eingetragen sind in

- a) die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKIG oder
- b) das Verzeichnis nach [...] Art. 4 Abs. 3 der RiLi 2009/22/EG [...] über Unterlassungsklagen zum Schutze der Verbraucherinteressen [...].

1. Erweiterung der Verbandsklagebefugnis (Forts.)

§ 33 Abs. 1 und 2 GWB n. F.:

(1) Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes [...] verstößt, ist dem Betroffenen zur **Beseitigung** und **Unterlassung** verpflichtet. [...] Betroffene Markteteiligter durch den Verstoß

→ Klagebefugnis von deutschen Verbraucherschutzverbänden oder solchen aus EU-Mitgliedsstaaten.

(2) Die Ansprüche aus Absatz 1 können auch geltend gemacht werden von

2. Einrichtungen, die nachweisen, dass sie eingetragen sind in

- a) die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKIG oder
- b) das Verzeichnis nach [...] Art. 4 Abs. 3 der RiLi 2009/22/EG [...] über Unterlassungsklagen zum Schutze der Verbraucherinteressen [...].

1. Erweiterung der Verbandsklagebefugnis (Forts.)

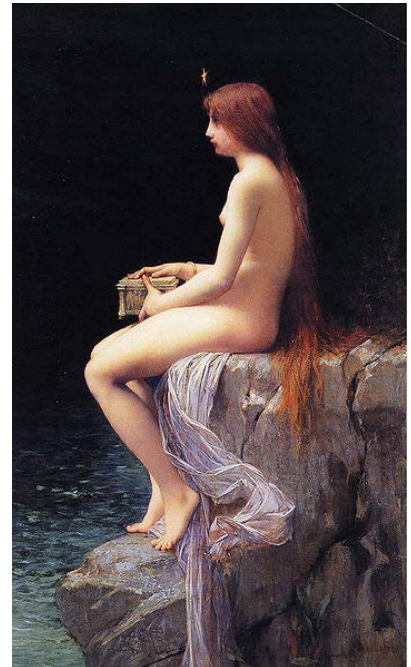
Ansprüche, die von der Klagebefugnis der Verbände umfasst sind:

- Unterlassung (§ 33 Abs. 1 GWB)
- Beseitigung (§ 33 Abs. 1 GWB)
- Vorteilsabschöpfung (§ 34a Abs. 1 GWB)

1. Erweiterung der Verbandsklagebefugnis (Forts.)

Bewertung: Beseitigungsklagen als Büchse der Pandora?

- Erklärtes Ziel des Gesetzentwurfs: „Angemessene Beteiligung der Verbraucherverbände an der privaten Rechtsdurchsetzung“.
- Aber: „Sammelklagen werden nicht eingeführt.“ (Eckpunkte 8. GWB-Novelle, S. 9)



1. Erweiterung der Verbandsklagebefugnis (Forts.)

Bewertung: Beseitigungsklagen als Büchse der Pandora? (Forts.)

Umfang des **Beseitigungsanspruchs**?

Er kann „ebenso wie der Schadensersatzanspruch auch auf **Geldzahlung** gerichtet sein, [...]“ (*Bechtold*, *GWB*, 2010, § 33 Rn. 13).

Beispiel: BGH, Urt. v. 6.10.1992 – KZR 10/91, WuW/E BGH 2805, 2811f. – *Stromeinspeisung*: Der – verschuldensunabhängige – Beseitigungsanspruch umfasst die Nachforderung einer angemessenen Vergütung.

A. A. offenbar *Emmerich*, in *I/M*, *GWB*, 2007, § 33 Rn. 100.

1. Erweiterung der Verbandsklagebefugnis (Forts.)

Bewertung: Beseitigungsklagen als Büchse der Pandora? (Forts.)

Umfang des **Beseitigungsanspruchs?** (Forts.)

BGH, Urt. v. 1.12.1995 - V ZR 9/94, NJW 1996, 845, 846 (Beseitigung einer Bodenverunreinigung):

„Die Grenzziehung zwischen dem negatorischen Beseitigungsanspruch und dem deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch gehört zu den ungelösten Problemen des § 1004 BGB. [...] Der Anspruch auf Beseitigung hat zumindest ein Stück weit dieselbe **wiederherstellende Wirkung wie der Schadensersatzanspruch** [...].

1. Erweiterung der Verbandsklagebefugnis (Forts.)

Bewertung: Beseitigungsklagen als Büchse der Pandora? (Forts.)

Fazit: Verbraucherverbände haben in Zukunft theoretisch die Möglichkeit, ohne *opt in* eine Rückerstattung zugunsten von Verbrauchern etc. anzuordnen.

Praktisch dürfte das kaum passieren:

- Es fehlt an entsprechenden finanziellen Anreizen für die Verbände. Das ist Unterschied zu US-amerikanischen Class actions mit Erfolgshonorar des Klägeranwalts.
- Genaue Benennung der einzelnen Rückerstattungsverpflichtungen bleibt jedenfalls in Kartellfällen sehr aufwändig.

2. Rückerstattungsanordnungen durch die Kartellbehörde

§ 32 GWB a. F.

(1) Die Kartellbehörde kann Unternehmen [...] verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes [...] abzustellen.

(2) Sie kann hierzu den Unternehmen [...] alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind.

2. Rückerstattungsanordnungen durch die Kartellbehörde

§ 32 GWB n. F.

(1) Die Kartellbehörde kann Unternehmen [...] verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes [...] abzustellen.

(2) Sie kann hierzu den Unternehmen [...] alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. [Entflechtung]

(2a) In der Abstellungsverfügung kann die Kartellbehörde eine Rückerstattung der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile anordnen. [Schätzung der Zinsvorteile].

2. Rückerstattungsanordnungen durch die Kartellbehörde

§ 32 GWB n. F.

(1) Die Kartellbehörde kann Unternehmen [...] verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes [...] abzustellen.

(2) Sie kann hierzu den Unternehmen für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung gegenüber dem festgestellten Verstoß

→ Gesetzliche Bestätigung des obiter dictum des BGH im *Stadtwerke Uelzen-Beschluss*

(2a) In der Abstellungsverfügung kann die Kartellbehörde eine **Rück-erstattung** der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile anordnen. [Schätzung der Zinsvorteile].

3. Ausschließliche Zuständigkeit der Zivilkammern für SE-Klagen

§ 95 GVG a. F.

(2) Handelssachen im Sinne dieses Gesetzes sind ferner

1. die Rechtsstreitigkeiten, in denen sich die Zuständigkeit des Landgerichts nach [...] § 87 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen [...] richtet, [...].

3. Ausschließliche Zuständigkeit der Zivilkammern für SE-Klagen

§ 95 GVG n. F.

(2) Handelssachen im Sinne dieses Gesetzes sind ferner

1. die Rechtsstreitigkeiten, in denen sich die Zuständigkeit des Landgerichts nach [...] § 87 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, **es sei denn, es handelt sich um kartellrechtliche Schadensersatzansprüche**, [...] richtet, [...].

3. Ausschließliche Zuständigkeit der Zivilkammern für SE-Klagen

§ 95 GVG n. F.

(2) Handelssachen

→ In Kartellschadensersatzprozessen scheidet die Wahl der Kammer für Handelssachen (mit nur einem Berufs- und zwei Laienrichtern) zukünftig aus.

1. die Rechtsstreitigkeiten, in denen sich die Parteien gegenseitig Schadensersatzansprüche geltend machen, die sich aus dem Kartellgesetz nach [...] § 87 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, **es sei denn, es handelt sich um kartellrechtliche Schadensersatzansprüche**, [...] richtet, [...].

3. Ausschließliche Zuständigkeit der Zivilkammern für SE-Klagen (Forts.)

Bewertung:

Positiv: Berufsrichter sind eher in der Lage, die komplexen und daher zeitaufwändigen wirtschaftlichen und rechtlichen Erwägungen anzustellen.

Negativ: Häufige Richterwechsel in den Zivilkammern stehen dem Aufbau von Spezialkenntnissen entgegen.

Negativ: Gesplittete Zuständigkeit für kartellrechtliche Zivilverfahren.

4. Nicht geregelt: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge

§ 406e StPO

(1) Für den Verletzten kann ein Rechtsanwalt die Akten, die dem Gericht vorliegen oder diesem im Falle der Erhebung der öffentlichen Klage vorzulegen wären, einsehen sowie amtlich verwahrte Beweisstücke besichtigen, soweit er hierfür ein berechtigtes Interesse darlegt. [...]

(2) Die Einsicht in die Akten ist zu versagen, soweit überwiegende schutzwürdige Interessen des Beschuldigten oder anderer Personen entgegenstehen. Sie kann versagt werden, soweit der Untersuchungszweck, auch in einem anderen Strafverfahren, gefährdet erscheint. [...]

4. Nicht geregelt: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge (Forts.)

§ 81b Referenten-Entwurf 8. GWB-Novelle (nicht verabschiedet)

(1) Akteneinsicht in einen Antrag auf Erlass oder Reduktion einer Geldbuße und die dazu übermittelten Beweismittel nach § 406e StPO, auch in Verbindung mit § 46 Abs. 1 OWiG, findet nicht statt.[...]

(2) Absatz 1 findet auf die Kartellbehörde und andere Stellen Anwendung, die den Antrag und die Beweismittel im Rahmen ihrer Aufgaben erlangt haben.

4. Nicht geregelt: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge (Forts.)

- EuGH, Urteil v. 14.6.2011 – C-360/09 – *Pfleiderer*:
Nationales Recht muss Zugang nicht ausschließen. Abwägung im Einzelfall erforderlich.

4. Nicht geregelt: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge (Forts.)

- EuGH, Urteil v. 14.6.2011 – C-360/09 – *Pfleiderer*:
Nationales Recht muss Zugang nicht ausschließen. Abwägung im Einzelfall erforderlich.
- AG Bonn, Beschluss v. 18.1.2012 - 51 Gs 53/09 – *Pfleiderer*:
Kein Zugang, um zukünftige Verfahren nicht zu gefährden.

4. Nicht geregelt: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge (Forts.)

- EuGH, Urteil v. 14.6.2011 – C-360/09 – *Pfleiderer*:
Nationales Recht muss Zugang nicht ausschließen. Abwägung im Einzelfall erforderlich.
- AG Bonn, Beschluss v. 18.1.2012 - 51 Gs 53/09 – *Pfleiderer*:
Kein Zugang, um zukünftige Verfahren nicht zu gefährden.
- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.8.2012 - V-4 Kart 5 + 6/11 (OWi) – *Kaffee*
Kein Zugang, Kronzeugenanträge fallen unter Schutz von Art. 12 GG.

4. Nicht geregelt: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge (Forts.)

- EuGH, Urteil v. 14.6.2011 – C-360/09 – *Pfleiderer*:
Nationales Recht muss Zugang nicht ausschließen. Abwägung im Einzelfall erforderlich.
- AG Bonn, Beschluss v. 18.1.2012 - 51 Gs 53/09 – *Pfleiderer*:
Kein Zugang, um zukünftige Verfahren nicht zu gefährden.
- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.8.2012 - V-4 Kart 5 + 6/11 (OWi) – *Kaffee*
Kein Zugang, Kronzeugenanträge fallen unter Schutz von Art. 12 GG.
- EuGH, Rs. C-536/11 – *Donauchemie u.a.*
Darf nationale Sonderregelung Zugang ausschließen?

4. Nicht geregelt: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge (Forts.)

Bewertung

- Praktische Bedeutung des Zugangs vermutlich eher gering.

4. Nicht geregelt: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge (Forts.)

Bewertung

- Praktische Bedeutung des Zugangs vermutlich eher gering.
- Unsichere Rechtslage auch nach den Beschlüssen des AG Bonn und des OLG Düsseldorf.

4. Nicht geregelt: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge (Forts.)

Bewertung

- Praktische Bedeutung des Zugangs vermutlich eher gering.
- Unsichere Rechtslage auch nach den Beschlüssen des AG Bonn und des OLG Düsseldorf.
- Möglicher Widerspruch zwischen der im Ref-Entw. vorgesehenen Regelung und zu erwartendem EuGH-Urteil *Donauchemie u.a.*

4. Nicht geregelt: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge (Forts.)

Bewertung

- Praktische Bedeutung des Zugangs vermutlich eher gering.
- Unsichere Rechtslage auch nach den Beschlüssen des AG Bonn und des OLG Düsseldorf.
- Möglicher Widerspruch zwischen der im Ref-Entw. vorgesehenen Regelung und zu erwartendem EuGH-Urteil *Donauchemie u.a.*
- Materiellrechtliche Privilegierung des Kronzeugen bleibt vorzugswürdig, Entzug des Kartellgewinns muss aber sicher gestellt sein.

Fazit: Verbandsklagen und Rückerstattungsanordnungen

Bewertung

Parallelität zwischen Rückerstattungsanordnungen und Beseitigungsanspruch der Verbände, der auf Geldzahlung gerichtet sein kann.

Befugnis des Bundeskartellamts erinnert an *parens patriae*-Klagen des US-amerikanischen Antitrust-Rechts (Sec. 4c – 4h Clayton Act).

Praktische Bedeutung bislang bei Preishöhenmissbrauch.

Alternative (BIS): Kartellbehörde verpflichtet die Kartellanten, ein Verfahren zur Wiedergutmachung der verursachten Schäden ins Werk zu setzen.

Fazit: Verbandsklagen und Rückerstattungsanordnungen (Forts.)

Bewertung (Forts.)

Beseitigungsanspruch kann auch auf Geldzahlung gerichtet sein. Insoweit besteht Parallele zur Rückerstattungsanordnung.

Damit verfügen jetzt sowohl die Verbände, insbesondere die Verbraucherverbände, als auch das Bundeskartellamt über ein Instrument, das es ihnen erlaubt, ohne vorherige Einwilligung im Einzelfalls (opt in) eine Erstattung von unrechtmäßig verlangten bzw. vorenthaltenen Summen durchzusetzen.

Fazit: Verbandsklagen und Rückerstattungsanordnungen (Forts.)

Bewertung (Forts.)

Beseitigungsanspruch kann auch auf Geldzahlung gerichtet sein. Insoweit besteht Parallele zur Rückerstattungsanordnung.

Damit verfügen jetzt sowohl die Verbände, insbesondere die Verbraucherverbände, als auch das Bundeskartellamt über ein Instrument, das es ihnen erlaubt, ohne vorherige Einwilligung im Einzelfalls (opt in) eine Erstattung von unrechtmäßig verlangten bzw. vorenthaltenen Summen durchzusetzen.

- **Opt out-Gruppenklage (Verbände) und**
- **parens patriae-Klage (Bundeskartellamt)**

Fazit: Verbandsklagen und Rückerstattungsanordnungen (Forts.)

Bewertung (Forts.)

Beseitigungsanspruch kann auch auf Geldzahlung gerichtet sein. Insoweit besteht Parallele zur Rückerstattungsanordnung.

Damit verfügen jetzt sowohl die Verbände, insbesondere die Verbraucherverbände, als auch das Bundeskartellamt über ein Instrument, das es ihnen erlaubt, ohne vorherige Einwilligung im Einzelfall (opt in) eine Erstattung von unrechtmäßig verlangten bzw. vorenthaltenen Summen durchzusetzen.

Praktisch dürften die beiden Instrumente aber gerade bei Kartellen keine große Rolle spielen. Die ermächtigten Institutionen haben keinen Anreiz.