Julius-Maximilians-
UNIVERSITÄT
WÜRZBURG

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

Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht

# Europäisches und deutsches Kartellrecht I (Grundlagen, Kartellverbot, Rechtsfolgen) – Stand: Oktober 2022

Wintersemester 2022/2023

Donnerstags, 14h15 – 16 Uhr

Hörsaal II (Alte Universität)

A. Einführung ..... 8

I. Beispiel ..... 8

II. Die drei Säulen des Kartellrechts ..... 10

1. Kartellverbot: Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB) ..... 10

2. Missbrauchsverbot: Verbot missbräuchlicher einseitiger Verhaltensweisen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 102 AEUV bzw. §§ 18, 19, 20 GWB) 10

3. Präventive Strukturkontrolle: Fusionskontrolle, VO Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FKVO“ - „Fusionskontrollverordnung“ bzw. §§ 35 ff. GWB) ..... 10

III. Bedeutung des Kartellrechts in der anwaltlichen Praxis ..... 10

1. Verwaltungsverfahren ..... 10

2. Zivilverfahren ..... 11

3. Bußgeldverfahren ..... 11

4. Strafverfahren (nationales Recht) ..... 12

IV. Preisbildung im Modell des vollkommenen Wettbewerbs versus Preisbildung im Fall des Monopols ..... 12

1. Das Gesetz von Angebot und Nachfrage ..... 12

2. Beispiel für Preisbildung ..... 12

3. Regeln ..... 15

V. „Dead weight loss“ als volkswirtschaftlicher Schaden im Fall der Monopolsituation ..... 16

VI. Effizienzansätze ..... 16

1. Pareto-Kriterium ..... 16

2. Wealth-Maximization ..... 17
VII. Historische Entwicklung ..... 20
1. Deutsches Kartellrecht ..... 20
2. Europäisches Kartellrecht ..... 21
B. Anwendungsbereich des Europäischen Kartellrechts ..... 23
I. Räumlicher Anwendungsbereich und extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts ..... 23
1. Problem ..... 23
2. Kartellverbot, Missbrauch marktbeherrschender Stellung (Art. 101, 102 AEUV) 24
3. Völkerrechtliche Grenzen des Auswirkungsprinzips ..... 26
4. Fusionskontrolle ..... 27
II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht ..... 28
C. Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Kartellverbot), Art. 101 AEUV ..... 29
I. Zwei Arten von Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung ..... 29
1. Horizontale Beschränkungen (Kartelle i. e. S.) ..... 29
2. Vertikale Beschränkungen ..... 31
II. Tatbestandsvoraussetzungen des Kartellverbots (Art. 101 I AEUV) ..... 34
1. Adressaten des Kartellverbots: Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ..... 35
2. Vereinbarungen, abgestimmte Verhaltensweisen, Beschlüsse ..... 39
3. Wettbewerbsbeschränkung ..... 40
4. Zwischenstaatlichkeitsklausel ..... 42
5. Eingriffsschwelle: *de minimis*-Regel (Spürbarkeitsgrenze) ..... 46
III. Ausnahmen vom Kartellverbot ..... 48

1. Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche ..... 49

2. Richterrechtlich anerkannte Ausnahmen vom Kartellverbot ..... 49

IV. Freistellung vom Kartellverbot (Art. 101 Abs. 3 AEUV) insbesondere ..... 53

1. Überblick ..... 53

2. Die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB im Einzelnen ..... 55

3. Verfahren der Freistellung im Einzelfall ..... 59

4. Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) ..... 60

5. Dynamischer Verweis auf europäische GVO in § 2 II GWB ..... 65

6. Wichtige Materialien ..... 65

D. Rechtsfolgen, insbesondere Durchsetzung von Art. 101 und 102 AEUV durch private Schadensersatzklagen ..... 67

I. Überblick ..... 67

II. Strafrechtliche Sanktionen ..... 67

III. Kartellverwaltungsrecht ..... 69

1. Überblick über die verschiedenen Entscheidungsarten ..... 69

2. Ausblick: 11. GWB-Novelle ..... 70

3. Rückerstattungsverfügungen gemäß § 32 Abs. 2a GWB insbesondere ..... 71

4. Verpflichtungszusagenentscheidungen versus Abstellungsverfügungen ..... 72

IV. Bußgeldrecht ..... 75

1. Unionskartellrecht ..... 76

2. Deutsches Kartellrecht ..... 77

V. Die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ..... 80

1. Bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten vor den Zivilgerichten ..... 80

2. Verhältnis zwischen behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen im Überblick ..... 81

3. Zusammenarbeit der Gerichte ..... 81

4. Rechtspolitische Diskussion ..... 82

5. Defensiver und offensiver Einsatz des Kartellrechts ..... 83

6. Private Enforcement of Competition Law: Vorbild USA? ..... 85

E. Im Besonderen: Private Schadensersatzklagen wegen Verstößen gegen das europäische Kartellrecht ..... 86

I. Anspruchsgrundlage ..... 86

II. Anspruchsberechtigung ..... 86

1. Grundsatz ..... 86

2. Indirekte Abnehmer ..... 87

3. Umbrella Pricing ..... 89

4. Sonstige Geschädigte (nicht auf dem vom Kartell betroffenen Markt tätig) ..... 89

5. Verbandsklagen ..... 89

III. Passivlegitimation ..... 90

1. Grundsatz: Gesamtschuldnerische Haftung ..... 90

2. Haftungsrechtliche Privilegierung von Kronzeugen ..... 90

3. Haftung auch der Konzernmutter? ..... 91

IV. Bindungswirkung von Behördenentscheidungen gemäß § 33b GWB ..... 92

1. Historische Vorbilder ..... 92

2. US-Recht ..... 93

3. EU-Richtlinie ..... 93

4. Anwendungsbereich von § 33b GWB (sachlich): ..... 94

5. § 33b GWB: Behörden- oder Gerichtsentscheidung als Voraussetzung ..... 94

6. Insbesondere: Behördenentscheidung gegenüber erstem Kronzeugen (100 %-Erlass) ..... 94

7. Umfang der Bindungswirkung gemäß § 33b GWB ..... 95

V. Zugang zu Beweismitteln ..... 96

1. Überblick ..... 96

2. Als Adressaten der Offenlegungsansprüche kommen in Betracht: ..... 97

3. Probleme, die mit Offenlegungspflichten verbunden sein können: ..... 97

4. Anspruchsgrundlagen im deutschen Recht: ..... 97

5. Ausschluss der Einsicht in Kronzeugenakten ..... 102

VI. Verjährung ..... 103

1. Früheres deutsches Recht ..... 103

2. Umsetzungsbedarf in Deutschland ..... 104

VII. Bestimmung der Schadenshöhe ..... 106

1. Differenzhypothese als Ausgangspunkt ..... 106

2. Schadensposten ..... 106

3. Einwand der Schadensweiterwälzung (Passing on defence) ..... 107

4. Bestimmung des Preisüberhöhungsschadens ..... 109

VIII. Innenausgleich der Kartellanten ..... 109

1. Grundsatz: Gesamtschuldnerische Haftung ..... 109

2. Regress gegen Mitkartellanten ..... 111

3. Vergleich mit US-amerikanischer Rechtslage: Kartellregress ausgeschlossen ... 111

4. Sonderproblem I: Kartellregress und Kronzeuge (Art. 11 RiLi-Entw.) ..... 112

5. Sonderproblem II: Kartellregress und Vergleich (Art. 18 RiLi-Entw.) ..... 112

IX. Gruppenklagen ..... 113

X. Ausblick: 11. GWB-Novelle ..... 114

XI. Anhang: Geschichte des Reformprojekts der Europäischen Kommission ..... 115

“C'est la concurrence qui met un juste prix aux marchandises, et qui établit les vrais rapports entre elles.”

*Montesquieu, De l’esprit des lois (1748), XX, 9*

# A. Einführung

## I. Beispiel

(Grundfall Variante nach EuGH, 6.1.2004 – Verb. Rs. C-2/01 P und C-3/01 P – Adalat; siehe außerdem bezüglich Variante 2 und EuGH, C-457/10 P - AstraZeneca bezüglich Variante 3)

Der deutsche Pharmahersteller P stellt das patentgeschützte blutdrucksenkende Mittel Adalat her. Er verkauft es an Großhändler in verschiedenen europäischen Mitgliedstaaten. Aufgrund der (regulatorisch bedingten) großen Preisunterschiede (bis zu 40 Prozent) zwischen den Niedrigpreisländern Spanien und Frankreich einerseits und Hochpreisländern wie Großbritannien andererseits kommt es zu sogenannten Parallelimporten. Die spanischen und französischen Großhändler nehmen größere Mengen ab und liefern sie nach Großbritannien, wo sie zu niedrigeren Preisen verkauft werden.

Diese Praxis führt bei der britischen Tochter von P zu einem starken Umsatzrückgang.

1. Variante (nach EuGH, 6.1.2004 – Verb. Rs. C-2/01 P und C-3/01 P – Adalat)

P reagiert, indem er mit den spanischen und französischen Großhändlern Vereinbarungen schließt, in denen sich die Großhändler verpflichteten, von weiteren Parallelimporten Abstand zu nehmen.[1]

2. Variante (nach EuGH, 16. 9. 2008 - C-468/06 bis C-478/06 - Sot. Lelos kai Sia EE u.a.)

[1] Im Originalfall gelangte der EuGH zu dem Schluss, dass der Kommission der Nachweis, dass Bayer mit spanischen und französischen Großhändlern eine Vereinbarung über die Begrenzung von Exporten nach England getroffen habe, nicht gelungen sei.

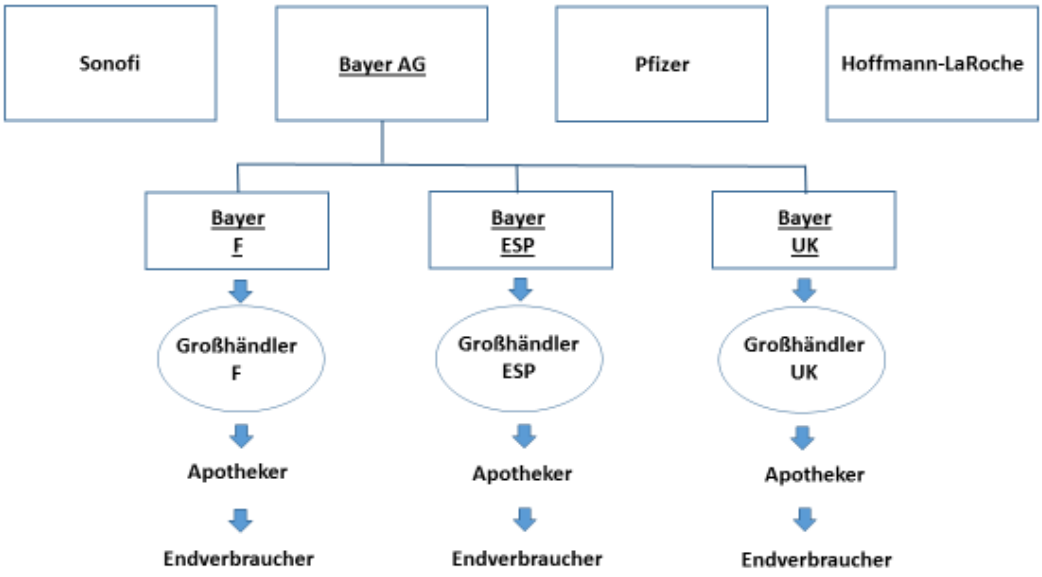
P liefert nur noch geringere Mengen des Medikaments in die Niedrigpreisländer.

3. Variante (nach EuGH, 16. 9. 2008, C-457/10 P – AstraZeneca)

Als die Patentfrist abzulaufen droht, erwirkt P durch irreführende Angaben gegenüber den Patentbehörden eine Verlängerung der Schutzfrist für sein Medikament durch Zuteilung sog. ergänzender Schutzzertifikate.

4. Variante (vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 17. Januar 2011 - IP/11/4)

Kurz vor Ablauf des Patentschutzes steht der Generikahersteller G bereit, dem erfolgreichen Originalpräparat Adalat mit einem Imitat Konkurrenz zu machen. Bevor es so weit kommt, vereinbaren P und G, dass G die Markteinführung des Imitats um drei Jahre verschiebt. Für das Entgegenkommen des G zahlt P eine hohe Entschädigung.



## II. Die drei Säulen des Kartellrechts

### 1. Kartellverbot: Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB)

### 2. Missbrauchsverbot: Verbot missbräuchlicher einseitiger Verhaltensweisen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 102 AEUV bzw. §§ 18, 19, 20 GWB)

### 3. Präventive Strukturkontrolle: Fusionskontrolle, VO Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FKVO“ -„Fusionskontrollverordnung“ bzw. §§ 35 ff. GWB)

## III. Bedeutung des Kartellrechts in der anwaltlichen Praxis

(von Dietze/Janssen, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, Rz. 1ff.)

### 1. Verwaltungsverfahren

#### *a) Kartellverbot und Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung*

- Beratung bei der kartellrechtskonformen Ausgestaltung von Unternehmenskooperationen oder Vertriebssystemen (Compliance).

- Verteidigung gegen Abstellungsverfügungen der Kartellbehörden.

- Begleitung bei Ermittlungsmaßnahmen wie z. B. Hausdurchsuchungen.

#### *b) Fusionskontrolle*

- Beratung bei der wettbewerbskonformen Strukturierung geplanter Unternehmenszusammenschlüsse.

- Anmeldung von Zusammenschlussverfahren bei der zuständigen Kartellbehörde, z. B. Bundeskartellamt, Europäische Kommission. Evtl. Koordination der Fusionsanmeldung bei einer Vielzahl ausländischer Kartellbehörden in internationalen Zusammenschlussvorhaben (sog. Multi-jurisdictional Filing).

- ggf. Verteidigung gegen behördliche Untersagungsverfügungen vor Gericht.

- Vertretung der Interessen drittbetroffener Unternehmen gegenüber der Kartellbehörde, ggf. Anfechtung einer Fusionsfreigabe vor Gericht.

## 2. Zivilverfahren

### *a) Kartellverbot*

- Private Schadensersatzklagen insbesondere von Abnehmern der Kartellanten wegen überhöhter Kartellpreise.

- Due Diligence: Prüfung der Kartellrechtskonformität von Verträgen zwischen dem Zielunternehmen und Dritten im Hinblick auf einen geplanten Unternehmenskauf.

- Geltendmachung (bzw. Verteidigung gegen den Vorwurf) der Nichtigkeit einer Vereinbarung wegen (angeblichen) Verstoßes gegen das Kartellverbot.

### *b) Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung*

- Verteidigung gegenüber missbräuchlichen Verhaltensweisen von marktstarken oder -beherrschenden Unternehmen, z. B. unberechtigte Lieferverweigerungen oder Verweigerung des Zugangs zu einer „essential facility“ (Gewährung einer Lizenz zu einem Schlüsselpatent o. ä.).

### *c) Fusionskontrolle*

- Geltendmachung (bzw. Verteidigung gegen den Vorwurf) der Nichtigkeit einer unter Verstoß gegen das Vollzugsverbot erfolgten Fusion.

## 3. Bußgeldverfahren

### *a) Kartellverbot, Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, Fusionskontrolle*

- Verteidigung gegen Geldbußen wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot, das Missbrauchsverbot oder das fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot.

- Begleitung bei Durchsuchungen von Geschäftsräumen („Dawn raids“)

- Stellung von Kronzeugenanträgen mit dem Ziel einer Bußgeldreduktion

### 4. Strafverfahren (nationales Recht)

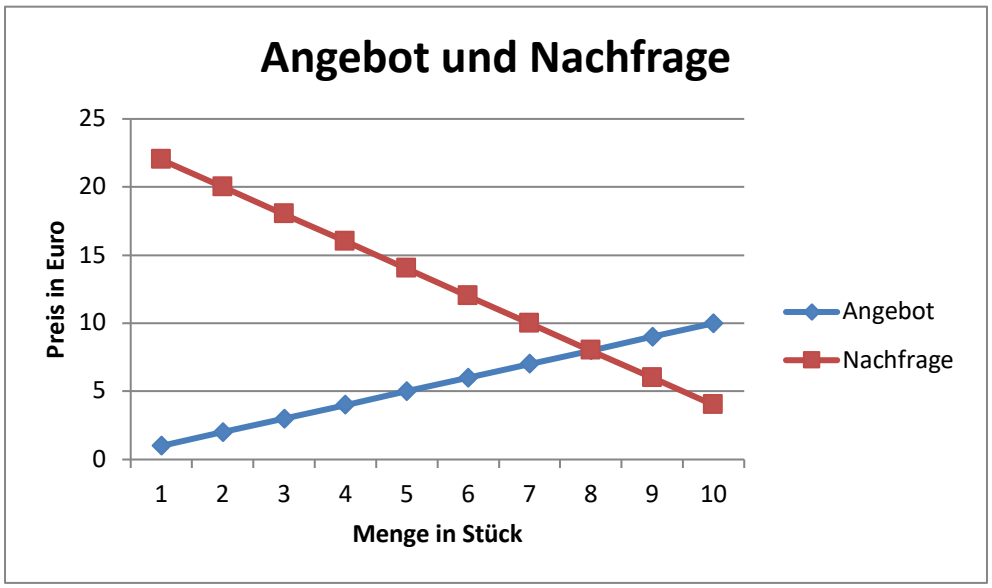
- Verteidigung, z. B. gegen den Vorwurf des Betrugs (§§ 263, 298 StGB).

## IV. Preisbildung im Modell des vollkommenen Wettbewerbs versus Preisbildung im Fall des Monopols

(Kerber/Schwalbe, in Müko EuWettbR, 2. Auflage 2015, Einl. Rz. 147 – 164)

### 1. Das Gesetz von Angebot und Nachfrage

- Bei sinkendem Preis werden mehr Produkte gekauft (nachgefragt).
- Bei steigendem Preis werden mehr Produkte angeboten.

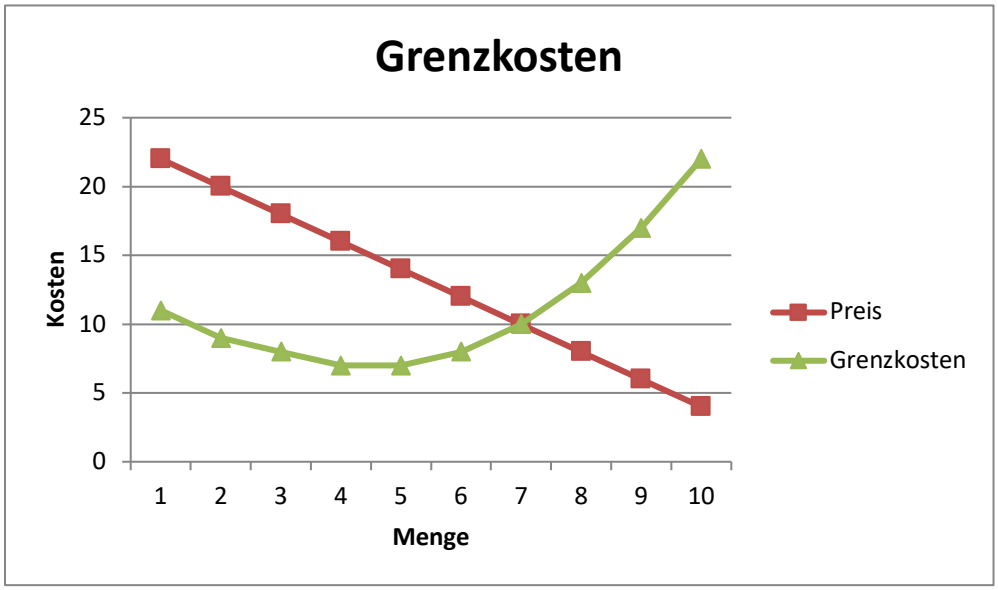



### 2. Beispiel für Preisbildung

Vorgegeben sind der Preis (Price), den die Verbraucher für eine bestimmte Menge (Quantity) zu zahlen bereit sein, und die Grenzkosten (Marginal Costs). Eine

Preisdiskriminierung ist nicht möglich. Die Nachfragekurve fällt. Die Grenzkostenkurve sinkt häufig zunächst, um später wieder anzusteigen (z. B. weil ab einer bestimmten Menge eine zusätzliche Produktionsstätte errichtet werden muss, weil es ab einer bestimmten produzierten Menge schwierig und teuer wird, die erforderlichen Rohstoffe zu beschaffen oder weil steigende Zuschläge für Überstunden und Sonntagsarbeit anfallen). Hier ein Beispiel:

| Menge | Preis | Grenzkosten |
|---|---|---|
| 1 | 22 | 11 |
| 2 | 20 | 9 |
| 3 | 18 | 8 |
| 4 | 16 | 7 |
| 5 | 14 | 7 |
| 6 | 12 | 8 |
| 7 | 10 | 10 |
| 8 | 8 | 13 |
| 9 | 6 | 17 |
| 10 | 4 | 22 |




*Grenzkosten* *Zusätzliche Kosten für die Produktion der nächsten Einheit.*

Aufgabe: Zu berechnen sind die Gesamteinnahmen, die Gesamtkosten sowie der Gesamtgewinn.

Während sich die Gesamtkosten in den beiden Fällen Wettbewerb und Monopolsituation nicht unterscheiden, ist im Hinblick auf die Gesamteinnahmen und den Gesamtgewinn zwischen der Situation vollständigen Wettbewerbs einerseits und der Monopolsituation andererseits zu differenzieren.

*Reservationspreis =* *Preis, den ein Verbraucher zu zahlen bereit ist.*

*Gesamteinnahmen =* *Preis x Menge.*

*Gesamtkosten =* *Addition der Grenzkosten für jede hergestellte Einheit.*

*Gesamtgewinn =* *Gesamteinnahmen – Gesamtkosten.*

*Grenzerlös* *Zusätzliche Einnahmen für die nächste produzierte Einheit.*

| | | | Gesamteinnahmen | | | Gesamtgewinn | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Menge | Reserva-tions-preis | Grenzkosten | Wettbewerb | Monopol | Gesamtkosten | Wettbewerb | Monopol |
| 1 | 22 | 11 | 10 | 22 | 11 | -1 | 11 |
| 2 | 20 | 9 | 20 | 40 | 20 | 0 | 20 |
| 3 | 18 | 8 | 30 | 54 | 28 | 2 | 26 |
| 4 | 16 | 7 | 40 | 64 | 35 | 5 | 29 |
| 5 | 14 | 7 | 50 | 70 | 42 | 8 | 28 |
| 6 | 12 | 8 | 60 | 72 | 50 | 10 | 22 |
| 7 | 10 | 10 | 70 | 70 | 60 | 10 | 10 |
| 8 | 8 | 13 | 80 | 64 | 73 | 7 | -9 |
| 9 | 6 | 17 | 90 | 54 | 90 | 0 | -36 |
| 10 | 4 | 22 | 100 | 40 | 112 | -12 | -72 |

## 3. Regeln

Der Wettbewerber im vollkommenen Wettbewerb produziert, solange der Preis die Grenzkosten deckt. (Dabei ist zu bedenken, dass zu den Grenzkosten ein angemessener Gewinn (Rendite) für den Produzenten, also insbesondere sein eigenes Gehalt, bereits inbegriffen ist.) Produzierte er mehr, stiegen seine durchschnittlichen Stückkosten, während der (einheitliche) Stückpreis unverändert niedrig bliebe. Der Gesamtgewinn würde somit sinken.

Der Monopolist produziert (nur), solange der Grenzerlös (= Steigerung der Einnahmen bei der jeweils nächsten verkauften Einheit) über den Grenzkosten liegt. Danach würde sich sein Gesamtgewinn vermindern.

➔ Im Vergleich zur Wettbewerbssituation nimmt die Menge der produzierten Einheiten ab, der Preis steigt.

*Lösung: Unter vollständigem Wettbewerb werden 10 Einheiten produziert, weil sich bei dieser Menge erzielbarer Preis und Grenzkosten schneiden. Der Monopolist produziert hingegen nur 4 Einheiten, weil er hier einen Grenzerlös von 36 erzielen kann. Würde er mehr Einheiten produzieren, würde sein Gesamtgewinn sinken.*

## V. „Dead weight loss“ als volkswirtschaftlicher Schaden im Fall der Monopolsituation

Regelmäßig gelingt es dem Monopolisten nicht, die gesamte durch die Preiserhöhung und den Mengenrückgang den Verbrauchern entgangene Rente zu absorbieren. Es kommt zu einem Verlust an volkswirtschaftlicher Rente.

## VI. Effizienzansätze

### 1. Pareto-Kriterium[2]

(Posner, Antitrust Law, 2. Aufl. 2001, S. 9 ff.; Bork, The Antitrust Paradox, unveränd. Neuaufl. 1993, S. 107 ff.; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage 2012, S. 13 ff.)

#### *a) **Pareto-optimaler Zustand***

Bei gegebener Ressourcenverteilung ist es nicht möglich, durch eine Veränderung der Tausch- oder Produktionsverhältnisse den Wohlstand eines Wirtschaftssubjekts zu erhöhen, ohne den Wohlstand eines anderen Wirtschaftssubjekts zu vermindern.

Im Einzelnen:

(1) Effiziente Produktion:

Die Mehrproduktion eines Gutes ist nur auf Kosten der Minderproduktion eines anderen Gutes möglich.

Bsp.: Produktion von Schwertern und/oder Pflugscharen.

(2) Effizienter Konsum:

[2] Vilfredo Pareto (1848 - 1923), ital. Ingenieur, Soziologe und Ökonom, Mitbegründer der Wohlfahrtsökonomie

Verhältnisse der Grenznutzen[3] aller Güter untereinander sind bei allen Gesellschaftsmitgliedern gleich. Zusätzliche Tauschvorgänge unter den Konsumenten können den gegenseitigen Nutzen nicht mehr erhöhen.

Bsp.: Tausch von ungleich verteilten Äpfeln und Birnen zwischen zwei Gefangenen.

(3) Effiziente Produktionsstruktur:

Die Kosten, die die Mehrproduktion einer Einheit eines Gutes (z. B. Gut X) dadurch verursacht, dass von einem anderen Gut (z. B. Gut Y) weniger produziert wird, entsprechen genau dem, was die Gesellschaftsmitglieder an Mengen des Gutes Y hinzugeben bereit sind, um die Mehrproduktion einer Einheit des Gutes X zu bekommen.

Bsp.: *Mittelalterliche Allmende als gemeinsame Weidefläche der Gemeindeglieder.*

### *b) Pareto-Superiorität*

Eine Ressourcenallokation ist einer anderen überlegen (Pareto-superior), wenn entweder alle Personen besser gestellt werden oder mindesten eine Person besser gestellt wird, ohne dass sich der Wohlstand einer anderen Person verschlechtert (Vergleich von zwei sozialen Zuständen).

### *c) Kritik*

1. Diese Konzeption setzt Bedingungen voraus (vollkommene Information, unendliche Reaktionsgeschwindigkeit der Marktteilnehmer, gegebene Bedürfnisstrukturen), die angesichts ihrer Irrealität nicht erfüllbar sind. Daran geknüpfte Aussagen sind empirisch nicht überprüfbar.

2. Erkenntnisobjekt ist stationäres Gleichgewicht, die Dynamik des Wettbewerbs, aufgrund derer es zu Übergängen von einem zum anderen Zustand kommt, bleibt ausgeblendet.

## 2. Wealth-Maximization

### *a) Kaldor[4]-Hicks[5]-Kriterium (Potentielle Pareto-Superiorität)*

Von zwei sozialen Zuständen ist derjenige vorzuziehen, bei dem die Gewinner so viel gewinnen, dass es ihnen jedenfalls theoretisch möglich wäre, den bei den Verlierern eingetretenen Verlust auszugleichen und dennoch einen Nettogewinn übrig zu behalten.

[3] Grenznutzen ist das zusätzliche Maß an Nutzen, das durch die Mehrverfügbarkeit dieses Gutes um eine Einheit bei einer Person erzeugt wird
[4] *Nicholas Kaldor* (1908-1986), ungarischer Ökonom.
[5] *John Richard Hicks* (1904 – 1989), britischer Ökonom, Nobelpreis 1972.

### *b) Kritik*

1. Schwäche der Messmethode: Wohlfahrtsgewinne müssen in Geld berechnet werden. Für viele Güter gibt es aber gar keine Marktpreise bzw. diese müssen erst im dynamischen und Schwankungen unterworfenen Marktprozess gefunden werden.

2. Moralische Monstrosität: Enteignungen ohne Entschädigung sind zulässig. In letzter Konsequenz ist auch Sklaverei zu rechtfertigen.

### *c) Posners[6] Constrained Utilitarism (beschränkter Utilitarismus)*

Nur ausnahmsweise soll das Recht Marktmechanismen simulieren, nämlich dann, wenn Märkte nicht funktionieren. Ansonsten sollen die individuellen Präferenzen im Wege von Transaktionen verfolgt werden.

### *d) Kritik*

1. Kriterium Posners führt zur Pareto-Superiorität zurück.

2. Marktsimulation ist problematisch, wie etwa negative Erfahrungen mit Preiskontrollen lehren.

### *e) Williamson's[7] Trade Off-Model* To trade something off against something – *etwas gegen etwas anderes abwägen.[8]*

(Williamson, AER 1968 (58), 18; ders., Pennsylv. Law Rev. 1977 (125), 699; dazu Fischer/Lande, Calif. L. Rev. 1983 (71), 1580 und I. Schmidt, JbNSt 1988 (205), 30; Kerber/Schwalbe, in Müko EuWettbR, 2. Auflage 2015, Einl. Rz. 133 f.; Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Auflage 2011, S. 420 ff.)

*Williamson* tritt ein für Abwägung zwischen Effizienz auf der einen und Marktmacht auf der anderen Seite.

Bsp. eines horizontalen Zusammenschlusses (oder Kartells): Hier kann es gleichzeitig zu zwei Effekten kommen:

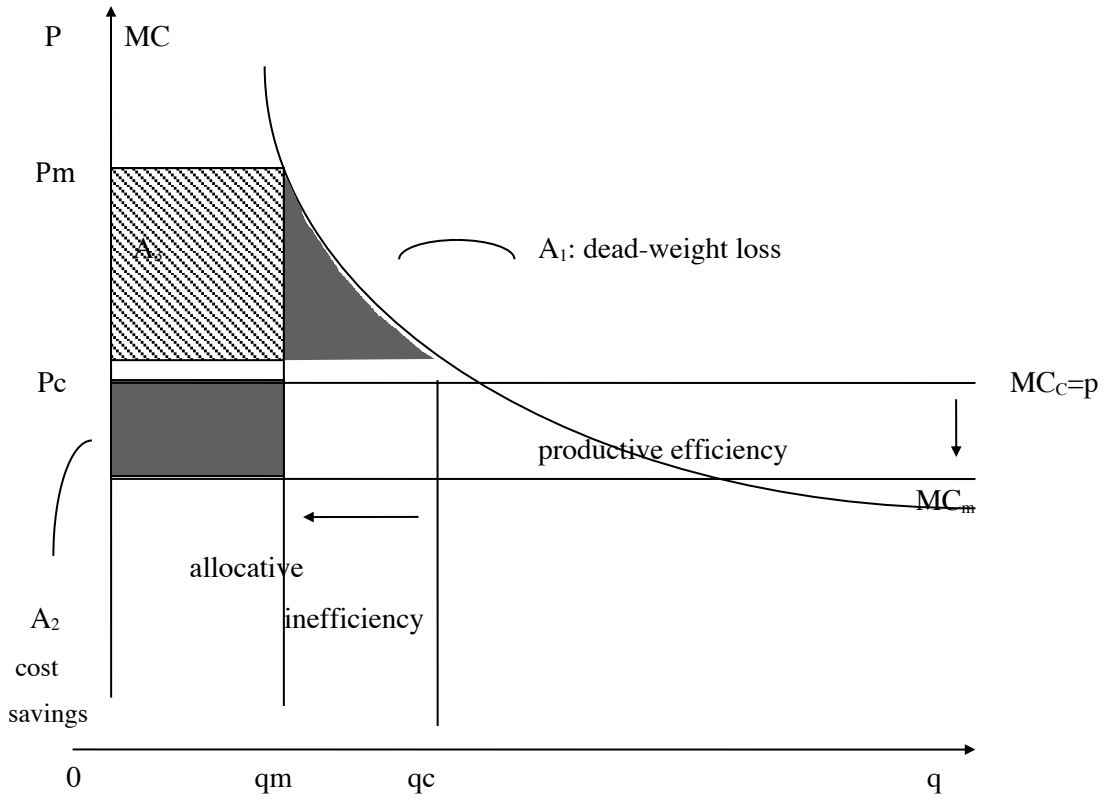
1. Allokative Inneffizienz: Fusionsparteien (bzw. Kartellanten) können den Preis anheben, es kommt zu einem verringerten Absatz an Waren. → Konsumentenrente sinkt.

---

[6] *Richard Allen Posner*, US-amerik. Jurist und Ökonom, Professor an der University of Chicago (geb. 1939).
[7] *Oliver E. Wiliamson* (geb. 1932), US-amerik. Wirtschaftswissenschaflter, Professor an der University of California, Berkley, Nobelpreis 2009.
[8] To trade something off against something – etwas gegen etwas anderes abwägen.

2. Produktive Effizienz: Produktionskosten können gesenkt werden. → Produzentenrente steigt.

Ist der Zuwachs an Produzentenrente höher als der Wohlfahrtsverlust auf der Seite der Konsumenten, so wären die Fusion (bzw. das Kartell) zu erlauben, da die Gesamtwohlfahrt als Summe der Produzenten- und der Konsumentenrente steigt.




### *f) Kritik*

1. Modellinhärente Gründe: Es handelt sich um ein statisches Konzept, Zeitimplikationen der möglichen Vor- und Nachteile werden ausgeblendet. Möglich wären etwa dieselben Effizienzsteigerungen auch durch internes Wachstum. Risiko von sog. X-inefficiencies wie Bürokratie, Trägheit innerhalb des Unternehmens etc.; Risiko von Folgefusionen; gesteigerte Wahrscheinlichkeit von Kollusion bei verminderter Zahl der Wettbewerber.

2. Rückführung auf eine utilitaristische Betrachtungsweise (vgl. Kaldor-Hicks-Kriterium): die Ausbeutung von Abnehmers zum Nutzen von monopolistischen Unternehmen müsste erlaubt werden (private Verbrauchersteuer).

## VII. Historische Entwicklung

### 1. Deutsches Kartellrecht

(Möschel, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1984, Rz. 20ff. = S. 16ff.; K. W. Nörr, Die Leiden des Privatrechts, S. 163 ff.)

- RG, Urt. v. 4.2.1897, RGZ 38, 155 *"sächsisches Holzstoffkartell"*: Einwand der Nichtigkeit des Kartellvertrages zurückgewiesen (dazu u. a. *Möschel*, 70 Jahre deutsche Kartellpolitik, 1972)

- KartellVO 1923: Grundsätzliche Zulässigkeit von Kartellen, allerdings mit einigen Erschwernissen wie Schriftformerfordernis etc., §§ 1 ff.

- NS-Zwangskartellgesetz: neue Kartellverträge (1600) und Zwangskartelle (120) zwischen 1933 und 1936

- Nachkriegszeit: Alliierte Dekartellierungsgesetzgebung

- GWB (Inkrafttreten am 1.1.1958)

- 2. GWB-Novelle 1973: Abschaffung der vertikalen Preisbindung bei Markenwaren, §§ 16, 17 GWB a. F.; Einführung einer teils vorbeugenden, teils nachträglichen Fusionskontrolle, §§ 23 ff. GWB a. F.

- 6. GWB-Novelle 1998: Fusionskontrolle generell als eine präventive unter Anhebung der Umsatzschwelle auf 1 Mrd. DM (jetzt: EUR 500 Mio.); Einfügung des Vergaberechts in §§ 97ff.

- 7. GWB-Novelle 2005: Anpassung des Kartellverfahrensrechts an das EU-Recht (Einführung der sog. Legalausnahme, s. u.); Erleichterung des privaten Schadensersatzes bei Kartellverstößen, §§ 33 ff.

- 8. GWB-Novelle (Inkrafttreten: 30.6.2013): Angleichung des materiellen Untersagungskriteriums an das europäische Vorbild (SIEC-Test)

- 9. GWB-Novelle (Inkrafttreten: 9.7.2017): Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU zur erleichterten Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen

- 10. GWB-Novelle (Inkrafttreten am 19.1.2021): weitere Anpassungen des GWB an die digitale Wirtschaft („GWB-Digitalisierungsgesetz"), insbesondere Einfügung von § 19a GWB betreffend „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung" und Umsetzung der sog. ECN+-Richtlinie 2019/1 betreffend das Kartellverwaltungs- und bußgeldrecht (siehe sogleich unten).

## 2. Europäisches Kartellrecht

(Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, 2014, § 2 Rz. 11 - 29)

- Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS, „Montanunion"), 1952 – 2002, mit Wettbewerbsregeln in Art. 65 § 1 – 5 (Kartellverbot), Art. 66 § 7 (Missbrauchs-verbot), Art. 66 §§ 1 - 6 (Zusammenschlusskontrolle), Art. 63 (Diskriminierungsverbot), geringe praktische Bedeutung.

- Messina-Konferenz der Außenminister der Mitgliedstaaten des EGKS (Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlande), 1.-3.6.1955.
Resolution: Gründung von EURATOM und des europäischen Binnenmarktes.

- Spaak[9]-Bericht, der die Verabschiedung der Römischen Verträge (EWGV) vorbereitete.

9 Paul Henri Charles Spaak (1899 – 1972), belgischer Politiker und Staatsmann, einer der Gründungsväter der Europäischen Gemeinschaft.

- 1.1.1958: Inkrafttreten des Vertrags über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag), darin Wettbewerbsregeln, insbesondere Art. 85, 86 (Kartellverbot, Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung), zeitgleich mit Inkrafttreten des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Reichweite der vereinbarten Vorschriften damals unklar.

- EuGH, Urt. v. 6.4.1962, Rs. 13/61, Slg. 1962, 97 = WuW/E EWG/MUV 48 - De Geus/Bosch, entscheidet, dass Art. 85 EWG (auch schon vor Inkrafttreten einer Durchführungsverordnung, siehe sogleich unten VO 17/62) und die in Abs. 2 angeordnete Nichtigkeitsfolge unmittelbar bindendes Recht ist (Vorabentscheidung auf die Frage, „ob das Exportverbot, welches die Robert Bosch GmbH in Stuttgart ihren deutschen Abnehmern auferlegt hat und mit dem sich diese vertraglich einverstanden erklärt haben, gemäß Art. 85 Abs. 2 des EWG-Vertrages nichtig ist, soweit es die Ausfuhr nach den Niederlanden betrifft").

- Inkrafttreten der ersten Kartellverfahrensverordnung (VO 17/62).

- 1989: Verabschiedung der ersten EG-Fusionskontrollverordnung.
Zuvor Fusionskontrolle nur sehr eingeschränkt auf der Grundlage des Missbrauchsverbots (EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 - *Continental Can*). Außerdem Anwendung des Kartellverbots (Art. 85 EWGV = Art. 101 AEUV) auf Erwerb einer Kapitalbeteiligung an Wettbewerber (EuGH, Urt. v. 17.11.1987, Rs. 142/84 und 156/84, Slg. 1987, 4487 = NJW 1988, 3083 – *Philipp Morris*).

- 1.5.04: Inkrafttreten der neuen EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO) Nr. 139/2004.

- 1.1.03: Inkrafttreten der neuen Kartellverfahrensverordnung 1/2003 (Übergang zum System der Legalausnahme, Entfallen des Freistellungsmonopols der Kommission)

- seit etwa 2004: More economic approach: Stärkere Berücksichtigung ökonomischer Methoden bei der Beurteilung wettbewerbsrelevanter Verhaltensweisen. Ausrichtung der Wettbewerbspolitik am Effizienzziel („Konsumentenwohlfahrt“).

- 26.11.2014: Veröffentlichung der RiLi über private Kartellschadensersatzklagen, Umsetzungsfrist: zwei Jahre

- Dezember 2018: Veröffentlichung der „Richtlinie 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften“ (ABl. 2019 Nr. L 11/3), u. a. Unabhängigkeit der Behörden, Harmonisierung Kartellbußgeldrecht, Kronzeugenprogramme (Umsetzung bis Februar 2021)

## B. Anwendungsbereich des Europäischen Kartellrechts

### I. Räumlicher Anwendungsbereich und extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts

(Rehbinder, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EU/Teil 1, 5. Auflage 2012, Internationaler Anwendungsbereich, Rz. 6ff.; Glöckner, Kartellrecht, 2012, § 1 III 3; § 3)

#### 1. Problem

a. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und einseitige Verhaltensweisen können sich in Drittstaaten negativ auf den Wettbewerb auswirken.

Die extraterritoriale Anwendung inländischen Kartellrechts des Drittstaats kann zu Konflikten führen, insbesondere wenn das Recht des Veranlassungsstaats Ausdruck bewusster Wirtschaftspolitik ist (Bsp. Erlaubnis von Exportkartellen).

Völkerrechtlich ist überwiegend anerkannt, dass eine „sinnvolle Anknüpfung“ die extraterritoriale Anwendung von Kartellrecht erlaubt.

## 2. Kartellverbot, Missbrauch marktbeherrschender Stellung (Art. 101, 102 AEUV)

- „Beschränkungen innerhalb des Binnenmarktes“

- „Marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben.“

- „Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten“

### *a) Doppelte Bedeutung der beiden Tatbestandsmerkmale:*

- einerseits positiv: Bestimmung des Anwendungsbereichs trotz Veranlassung der Beschränkung außerhalb der Europäischen Union.

- andererseits negativ: Abgrenzung des Europäischen Kartellrechts vom nationalen Recht, das andernfalls ggf. noch in Betracht kommt

### *b) Auswirkungsprinzip*

Das Auswirkungsprinzip („effects doctrine“) findet Anwendung u. a. in den USA,

> z. B. Art. 1 Shearman Act: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, **or with foreign nations**, is declared to be illegal. […]”, außerdem Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA)

in Deutschland

> § 185 Abs. 2 GWB 2017: „Diese Vorschriften […] dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes **auswirken**, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden.“,

der Schweiz

> Art. 2 Abs. 2 Schweizer KartellG: „Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz **auswirken**, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.“

Auch die Kommission folgt diesem Prinzip (Entscheidung v. 24.7.1969, ABl. EG Nr. L 195, S. 11 = WuW/E EV 267 - *Farbstoffe*).

Der EuGH hat über lange Zeit eine eindeutige Festlegung vermieden und formal am Territorialitätsprinzip festgehalten. Im praktischen Ergebnis bestand aber kein Unterschied, da er nicht auf den Ort der Absprache, sondern der Ausführung abstellte (sog. „implementation doctrine“, vgl. EuGH, Urt. v. 27.9.1988 - Rs 89/85, Slg. 1988, 5193 = NJW 1988, 3086 – Zellstoffhersteller).

In seiner Entscheidung in der Rechtssache Intel hat nunmehr auch der EuGH anerkannt, dass das „Kriterium der qualifizierten Auswirkung“ zur Begründung der Zuständigkeit der Kommission und damit zur Anwendung des Unionskartellrechts herangezogen werden kann (EuGH, Urt. v. 6.9.2017 - Rs C-413/14 P – Intel/Kommission, Rn. 40 ff.):

> *„[…] 44. Außerdem ist zu beachten, dass der Gerichtshof zur Rechtfertigung der Anwendung des Kriteriums der Durchführung hervorgehoben hat, dass, wenn die Anwendbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Verbote vom Ort der Bildung des Kartells abhängig gemacht würde, dies offensichtlich darauf hinausliefe, dass den Unternehmen ein einfaches Mittel an die Hand gegeben würde, sich diesen Verboten zu entziehen (vgl. entsprechend Urteil vom 27. September 1988, Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 und 125/85 bis 129/85, EU:C:1988:447, Rn. 16).*
>
> *45. Das **Kriterium der qualifizierten Auswirkungen** verfolgt denselben Zweck, nämlich Verhaltensweisen zu erfassen, die zwar nicht im Gebiet der Union stattgefunden haben, **deren wettbewerbswidrige Auswirkungen aber auf dem Unionsmarkt zu spüren sein können**.*
>
> *46. Intel hat daher Unrecht, wenn sie – unterstützt von der ACT – rügt, dass das Kriterium der qualifizierten Auswirkungen nicht zur Begründung der Zuständigkeit der Kommission herangezogen werden könne.“ (Herv. d. Verf.)*

**Vgl. auch Art. 6 Abs. 3 a) Rom II-VO 864/2007** über das **auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht**:

> „Auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus einem den Wettbewerb einschränkenden Verhalten ist das **Recht des Staates** anzuwenden, **dessen Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird**.“

→ Gerichte der Mitgliedsstaaten der EU[10] müssen danach in einem auf Schadensersatz oder Unterlassung gerichteten Zivilprozess ggf. das Kartelldeliktsrecht eines Drittstaats (etwa betreffend die Frage nach der AGL, der Verjährung etc. des Schadensersatzanspruchs) anwenden. Hinsichtlich der Frage, welches materielle Kartellrecht (entscheidend für die Frage, ob ein Verstoß gegen das Kartellverbot oder das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt), ist nach h. M. zu differenzieren[11]: Die Frage der Anwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV ist aus den Normen selbst heraus zu beurteilen (s. o.). Die Frage der Anwendbarkeit einer nationalen Kartellrechtsordnung („Kartellverbotsnormen") hingegen bestimmt sich nach Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO, wobei zusätzlich zu fragen sein soll, ob die ausländische Kartellrechtsordnung überhaupt zur Anwendung kommen soll.

## 3. Völkerrechtliche Grenzen des Auswirkungsprinzips

Verbot des Rechtsmissbrauchs; Einmischungsverbot; Grundsatz der Interessenabwägung.

Beispiel: U.S. Supreme Court, (Aufhebungs- und Zurückverweisungs-)Urteil vom 14.6.2004, 124 S.Ct. 2359 - F. Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Empagran S. A.: Klage ukrainischer Abnehmer gegen Schweizer Kartellanten, deren wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung (Vitaminkartell) sich *auch* in den USA ausgewirkt hatte.

> *„1. Gesetze sind so auszulegen, dass sie keine unvernünftige Einmischung in die souveränen Hoheitsrechte anderer Staaten zur Folge haben.*
>
> *2. US-amerikanisches Kartellrecht ist auf Schadensersatzansprüche nicht anwendbar, wenn diese aufgrund eines sich innerhalb und außerhalb der USA auswirkenden Preiskartells wegen außerhalb der USA entstandener Schäden, die nicht mit innerhalb der USA entstandenen Schäden verbunden sind, erhoben werden."*

[10] Ausnahme: Dänemark, siehe Art. 1 Abs. 4 Rom II-VO.
[11] Näher *Remien*, in Soergel, Rom II-VO, 13. Auflage, Stand: Oktober 2018, Art. 6 33 ff.

## 4. Fusionskontrolle

(Immenga/Körber, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 2012, FKVO 139/2004, Art. 1 Rz. 1 ff.)

Art. 1 I, II FKVO: Zusammenschlusskontrolle des europäischen Rechts greift bei „gemeinschaftsweiter Bedeutung", bestimmt nach Umsatzschwellen (250 Mio. von 5 Mrd. € in EU), sog. Aufgreifkriterium.

Wiederum doppelte Bedeutung der beiden Tatbestandsmerkmale:

- einerseits Abgrenzung des Europäischen Kartellrechts vom nationalen Recht (negativ)

  → Art. 21 Abs. 2 FKVO: ausschließliche Zuständigkeit der Kommission (one-stop-shop-Prinzip),

  → Art. 21 Abs. 3 FKVO: Keine Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts auf Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung,

- andererseits Bestimmung des internationalen Anwendungsbereichs (positiv).

  → Anwendbarkeit der FKVO auch auf Zusammenschlussvorhaben, die sich vollständig in Drittstaaten abspielen, sich aber auf den Gemeinsamen Markt auswirken.

Bsp. für (seltene) transatlantische Konfliktfälle:

- Kommission, Entscheidung vom 30.7.1997, ABlEG 1997 Nr. L 336 S. 16 *"Boeing/McDonnell-Douglas"* (Genehmigung unter Auflagen. Bereits am 1.7.1997 hatte die US-amerikanische Federal Trade Commission das Zusammenschlussvorhaben ohne Auflagen genehmigt. Der Zusammenschluss wurde am 1.8.1997 durch Aktientausch vollzogen.)

- Kommission, Entscheidung v. 3.7.2001, COMP/M.2220 = WuW/E EU-V 631 *"General Electric/Honeywell"* (Untersagung des US-amerikanischen Zusammenschlussvorhabens).

## II. Verhältnis des europäischen zum nationalen Wettbewerbsrecht

- Art. 5 und 6 VO 1/2003: nationale Behörden und Gerichte sind (neben der Kommission) zuständig für Anwendung des Unionskartellrechts: dezentrale Anwendung des europäischen Kartellrechts.

- Art. 3 VO 1/2003: oberhalb des Zwischenstaatlichkeitskriteriums sind die nationalen Behörden und Gerichte zur parallelen Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV verpflichtet:

    - Kartellverbot (Art. 101 AEUV): Nationales und Unionskartellrecht müssen oberhalb des Zwischenstaatlichkeitskriterium exakt so angewendet werden wie das Unionskartellrecht (Pflicht zur Ergebniskonvergenz).

    - Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV): strengeres nationales Kartellrecht ist auch in Bezug auf Verhaltensweisen, die oberhalb des Zwischenstaatlichkeits-kriteriums liegen, zulässig (siehe §§ 18, 19, 20 GWB). Das nationale Kartellrecht darf hingegen Verhaltensweisen nicht als erlaubt behandeln, die nach Art. 102 AEUV verboten sind.

- Art. 11 VI VO 1/2003: Einleitung eines Verfahrens durch Kommission lässt Zuständig-keit der nationalen Behörden entfallen.

- Fusionskontrolle: Wenn die in Art. 1 FKVO bzw. §§ 35ff. GWB niedergelegten Schwellenwerte überschritten werden, gilt eine ausschließliche Zuständigkeit entweder der der Europäischen Kommission oder der nationalen Kartellbehörden, insbesondere etwa des BKartA (sog. one-stop-shop-Prinzip, vgl. Art. 21 Abs. 2 und 3 FKVO), allerdings ist eine Verweisung von den nationalen Behörden zur Kommission und umgekehrt möglich, Art. 4 IV und V, 9, 22 I FKVO.

# C. Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Kartellverbot), Art. 101 AEUV

## I. Zwei Arten von Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung

### 1. Horizontale Beschränkungen (Kartelle i. e. S.)

(*Möschel*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, § 5 Rz. 150 f., S. 97 f.)

#### *a) Definition und Klassifizierungen*

- Definition: Verhaltenskonzertierung wirtschaftlich selbständig bleibender Unternehmen, die tatsächlich oder potentiell auf demselben Markt tätig sind (aktuelle bzw. potentielle Wettbewerber).

- Unterscheide: Anbieterkartell, Nachfragerkartell

- Aktionsparameter, auf die sich die Verhaltenskonzertierung beziehen kann: Preis, Menge, Absatzgebiete (Marktaufteilung), Konditionen, Investitionen, Forschung und Entwicklung (Bsp.: Entscheidung der Kommission v. 8.7.2021 gegen die deutschen Autobauer Daimler, VW und BMW wegen Beschränkung des Wettbewerbs bei der Abgasreinigung neuer Diesel-Pkw, siehe Art. 101 Abs. 1 lit. b) AEUV: „Einschränkung der technischen Entwicklung"), Einkauf, Absatzform etc. - Unterscheide:

  - innerer Organisationszwang: Durchsetzung des Kartells gegenüber den Mitgliedern, z. B. durch Konventionalstrafen, ökonomische oder gesellschaftliche Sanktionen),

    Bsp.: Sächsisches Holzstoffkartell (RGZ 138, 55): Vertragsstrafe in Höhe von 30 M. je Tonne Holzstoff, der außerhalb des Syndikats verkauft wird.

  - äußerer Organisationszwang (Durchsetzung des Kartells im Verhältnis zu Außenseitern durch deren Verdrängung, Disziplinierung etc. Methoden: kollektiver Boykott, Verweigerung des Geschäftsverkehrs, Preisunterbietung, Diskriminierung).

Bsp.: Benrather Tankstelle (RGZ 134, 342): Systematisches Unterbieten des Kartellaußenseiters durch die Kartellanten im Bezirk Benrath

### *b) Kartelle zur Überwindung einzelwirtschaftlicher Härten („Kartelle als Kinder der Not", Reaktion auf ruinöse Konkurrenz)?*

Problem: Verzögerung der erforderlichen Anpassungsprozesse, Erhaltung des status quo mit der Folge, dass nicht leistungsfähige, sondern die vorgefundenen Unternehmen am Markt gehalten werden. Die temporär und artifiziell auf hohem Niveau stabilisierten Renditen locken unter Umständen sogar neue und noch schwächere Unternehmen an bzw. lassen die Aufrechterhaltung bzw. Ausweitung der Kapazitäten lohnend erscheinen.

Folge: Die durch die Wettbewerbsbeschränkung verursachte fehlgeleitete Allokation von Ressourcen intensiviert sich eher noch.

### *c) Natürliche Grenze der Kartellbildung und -wirksamkeit: Möglichkeit des Markteintritts neuer Wettbewerber*

Marktzutrittsschranken erleichtern die Kartellbildung:

- natürliche Hindernisse, z. B. Erforderlichkeit hoher Investitionen (Flugzeugbau), hohe Transportkosten (Papier), beschränkte Kapazitäten (Häfen)

- staatliche Regulierung, z. B. Zölle, Kontingentierungen, Genehmigungsvorbehalte.

- privatautonome Maßnahmen, z. B. kollektive Treuerabatte als Form äußeren Kartellzwangs.

Homogenität der kartellierten Produkte (z. B. Zement, Transportbeton, Benzin) und der Kostenstrukturen der beteiligten Unternehmen genauso wie eine große Transparenz der Preise erleichtern die Kartellbildung.

### *d) Tendenz hin zu Ausweitung der vom Kartell betroffenen Aktionsparameter*

Überhöhte Preise regen an zu Produktionsausdehnungen mit der Folge von Überkapazitäten. Folge: geheime Rabatte. Konsequenz: Vereinheitlichung weiterer Aktionsparameter („ölfleckartige Ausdehnung von Kartellvereinbarungen", *Möschel*). Neben Preisen werden die Mengen, außerdem Vertriebsbedingungen bis hin zu den Investitionsvorhaben kartelliert.

## 2. Vertikale Beschränkungen

- Definition: Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfungskette tätig sind.

Wichtigster Anwendungsfall von Vertikalvereinbarungen ist die Beziehung zwischen Herstellern und Händlern. Die Ausgestaltung des **Vertriebs** gehört zu den in der Praxis besonders relevanten Anwendungsbereichen des Kartellrechts. Wer den Vertrieb seiner Produkte nicht durch eigene Arbeitnehmer steuern kann[12] (**Eigen- oder Direktvertrieb**: mit dem Vorteil vollständiger Kontrolle einschließlich der vollen Preissetzungsfreiheit), muss mit dritten, selbständigen Absatzmittlern (insbes. Händler, Franchisenehmer) zusammenarbeiten, die bestimmte finanzielle Risiken übernehmen, insbesondere die Waren in einem ersten Schritt selbst erwerben müssen, Verkaufsräume anmieten, Verkaufspersonal einstellen und sich etwa um Werbung kümmern müssen. Beschränkungen ihres wettbewerblichen Verhaltens sind nur in Grenzen erlaubt. Eine Sonderrolle spielen **Handelsvertreter** (§ 84 Abs. 1 S. 1 HGB[13]), *soweit* sie weitgehend in die Absatzorganisation des Geschäftsherrn integriert sind und die insbesondere nicht selbst das Absatzrisiko tragen. Auf sie findet das Kartellverbot keine Anwendung (keine Vereinbarung zwischen „Unternehmen").

- Wichtige Formen vertikaler Beschränkungen:

[12] Das ist insbesondere beim grenzüberschreitenden Vertrieb häufig schwierig, wo es wirtschaftliche, kulturelle und rechtliche Besonderheiten zu beachten gilt.
[13] Handelsvertreter = selbständige Kaufleute, die ständig damit betraut sind, für andere Unternehme Geschäft zu vermitteln oder in deren Namen abzuschließen.

- *Preisempfehlungen und Preisobergrenzen für den Weiterverkauf*, z. B. an den Endverbraucher.

- *Markenzwang:* Verpflichtung oder Anreiz für Abnehmer, praktisch seinen gesamten Bedarf an einem bestimmten Produkt (z. B. Laufschuhe) aus einer bestimmten Marke zu decken (häufig kombiniert mit einer → Alleinbezugsverpflichtung, um zu verhindern, dass die Markenwaren von dritten Händlern bezogen werden).

- *Alleinvertriebsvereinbarung:* Verpflichtung des Lieferanten, seine Produkte zum Zwecke des Weiterverkaufs in einem bestimmten Gebiet nur an einen Vertriebshändler zu verkaufen.

  Erhält der Händler *absoluten Gebietsschutz,* so verfügt er in seinem Vertriebsgebiet über ein begrenztes Monopol zum Verkauf des vertragsgegenständlichen Produkts. Absoluter Gebietsschutz liegt vor, wenn es dem Hersteller und den anderen Händlern des Vertriebssystems untersagt ist, im geschützten Gebiet selbst tätig zu werden oder parallel zu importieren.

  *Bsp.: Grundig/Consten[14]: Durch Vertrag vom 1. April 1957 bestellte die deutsche Firma Grundig-Verkaufs-GmbH die französische Firma Etablissements Consten für unbestimmte Zeit zu ihrem "Alleinvertreter" im französischen Mutterland, im Saargebiet und auf Korsika. Gegenstand des Vertrages waren von Grundig hergestellte Rundfunkempfänger, Tonband-, Diktier- und Fernsehgeräte nebst Ersatzteilen und Zubehör. […] Sie verpflichtete sich ferner, weder für eigene noch für fremde Rechnung gleichartige Waren zu vertreiben, die den vertragsgegenständlichen Waren Konkurrenz machen konnten, und weder unmittelbar noch mittelbar aus dem Vertragsgebiet in andere Länder zu liefern. Ein entsprechendes Verbot hatte Grundig bereits allen ihren Alleinvertriebsberechtigten in den anderen Ländern sowie den deutschen Großhändlern auferlegt. Grundig verpflichtete sich ihrerseits, Consten den Detailverkauf zu überlassen und weder unmittelbar noch mittelbar an andere Personen im Vertragsgebiet zu liefern. Seit*

[14] EuGH, Urt. v. 13.7.1966 – verb. Rs. 56 und 58/64 – Grundig/Consten.

*April 1961 bezog die Firma UNEF Grundig-Geräte von deutschen Händlern (u. a. Leßner), die sie trotz des ihnen von Grundig auferlegten Ausfuhrverbots lieferten. Diese Waren verkaufte die UNEF zu niedrigeren Preisen als denen von Consten an französische Einzelhändler weiter.*

Ermöglicht der (grenzüberschreitende) Ausschließlichkeitsvertrag erst den Zugang zu einem neuen (nationalen) Markt, beschränkt er den Wettbewerb nicht:

*„DAS VORLIEGEN EINER WETTBEWERBSSTÖRUNG KANN VOR ALLEM DANN ZWEIFELHAFT ERSCHEINEN, WENN SICH DIE VEREINBARUNG GERADE FÜR DAS EINDRINGEN EINES UNTERNEHMENS IN EIN GEBIET, IN DEM ES BISHER NICHT TÄTIG WAR, ALS NOTWENDIG ERWEIST."*[15]

- *Selektive Vertriebsvereinbarungen:* Verpflichtung des Anbieters, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler zu verkaufen, die anhand festgelegter (Qualitäts-)Merkmale wie z. B. Verkaufsfläche, Präsentation der Ware etc. ausgewählt werden, <u>und</u> gleichzeitig Verpflichtung der Händler, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an dritte Händler zu verkaufen, die innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind (Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO (EU) Nr. 330/2010).

- *Franchisevereinbarungen:* Vergabe von Lizenzen an gewerblichen Schutzrechten (insbesondere Markenrechte) und Gewährung verkaufsstrategischer und technischer Unterstützung gegen Entgelt.

- *Alleinbezugsvereinbarung:* Verpflichtung des Händlers, ein bestimmtes Produkt, z. B. Laufschuh der Marke „Fasttrack" ausschließlich von einem bestimmten Lieferanten zu beziehen (häufig kombiniert mit einem Markenzwang).

[15] Siehe EuGH, Urt. v. 30.6.1966 – Rs.56/65, Slg. 1965, 282, 304 - Maschinenbau Ulm.

- *Alleinlieferungsvereinbarung:* Verpflichtung des Lieferanten, ein bestimmtes Produkt ausschließlich an einen bestimmten Abnehmer zu liefern.
- *Kopplungsvereinbarungen:* Abhängigkeit der Lieferung eines bestimmten Produkts („Koppelungsprodukt“) von der Abnahme eines weiteren Produkts („gekoppeltes Produkt“).

- Wettbewerbspolitisch ambivalent, da sie die Absatzstrategie lediglich eines einzigen Unternehmens betreffen (**intra brand competition**). Das Unternehmen mag dennoch in starkem Wettbewerb stehen (**inter brand competition**).

- Mögliche Rechtfertigungen:

  - Hersteller möchte durch Alleinvertriebsvereinbarung oder Mindest-preisbindung bei komplizierten Produkten eine qualifizierte Beratung und leistungsfähigen Service sicherstellen,
  - das Markenimage pflegen,
  - sich überhaupt erst einen Zugang zum Markt schaffen.

- Beispiele für mögliche Gefahren:

  - Alleinvertriebsvereinbarungen können Absatzkanäle zulasten aktueller oder potentieller Konkurrenten verstopfen.
  - Kopplungsverträge können zur Folge haben, dass bestehende Marktmacht im Hinblick auf das Produkt A auf das (gekoppelte) Produkt B übertragen wird („Hebelwirkung“).

## II. Tatbestandsvoraussetzungen des Kartellverbots (Art. 101 I AEUV)

1. Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen
2. Vereinbarungen, abgestimmte Verhaltensweisen oder Beschlüsse

3. Wettbewerbsbeschränkung: Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit und nachteilige Veränderung der Marktverhältnisse

4. (Spürbare) Beeinträchtigung des Handels zwischen EU-Mitgliedstaaten (Zwischenstaatlichkeitsklausel)

5. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung (*De-minimis*-Regel)

## 1. Adressaten des Kartellverbots: Unternehmen und Unternehmensvereinigungen

(*Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 9; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Auflage 2016, § 4 Rz. 17 ff., S. 40 ff.)

### *a) Unternehmen*

- Der Unternehmensbegriff ist ein **funktionaler**: Unternehmen i. S. d. Art. 101 und 102 AEUV. Der EuGH definiert folgendermaßen (Urteil v. 23.4.1991 - Rs C-41/90 – *Höfner und Elser*):

„Im Rahmen des Wettbewerbsrecht umfaßt der Begriff des Unternehmens **jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit**, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung."

- Eine **wirtschaftliche Tätigkeit** als Kennzeichen des Unternehmensbegriffs liegt insbesondere vor, wo Waren oder Dienstleistungen angeboten oder nachgefragt werden. Hier bilden sich Märkte, deren wettbewerbliche Funktionsweise die Wettbewerbsregeln gewährleisten wollen.[16] Keine Bedeutung kommt der Gewinnerzielungsabsicht zu.[17]

[16] *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 9 Rn. 6.
[17] So erstmals der EuGH in einem Beihilfefall: Urteil vom 10.1.2006 - C-222/04, EuZW 2006, 310 f., Rn. 123 - Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA u.a.: …"muss die Bankstiftung, ungeachtet der Tatsache, dass sie Güter oder Dienstleistungen **ohne die Absicht der Gewinnerzielung** anbietet, aufgrund der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit als „Unternehmen" angesehen werden, werden, da ihr Angebot mit dem von Wirtschaftsteilnehmern **konkurriert**, die den gleichen Zweck verfolgen.". Genauso (im kartellrechtlichen Kontext): EuGH, Urt. v. 1.7.2008, Rs. C-49/07, Slg. 2006 I 4863 Rn. 27 – MOTOE (griechischer Motorsportverband, der Rennen veranstaltet).

- Auf die **Rechtsfähigkeit** der Einheit kommt es nicht an.[18]

- Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist ein **relativer**: Abzustellen ist auf die jeweils in Rede stehende Verhaltensweise, für die festzustellen ist, ob es sich um eine unternehmerische Tätigkeit handelt oder nicht. Dieselbe Einheit kann je nach betroffener Tätigkeit daher sowohl unternehmerisch als auch nichtunternehmerisch handeln. Besonders klar GA Jacobs in seinen Schlussanträgen vom 22.1. 2002 in der Rs. C-218/00, Slg. 2002 I 691 Rn. 48 – Cisal:

„Der Unternehmensbegriff ist relativ in dem Sinne, dass eine Einrichtung wegen eines Teils ihrer Tätigkeiten (z. B. Versicherung) als Unternehmen angesehen werden kann, auch wenn ein anderer Teil ihrer Tätigkeiten nicht unter die Wettbewerbsregeln fällt (z. B. Unfallverhütung, Rehabilitation, soziale Betreuung)."

- Mögliche Positivbeispiele (beachte die Relativität und Funktionalität des Begriffs!):

  - natürliche Personen wie Kaufleute, Handelsvertreter, Sportler,
  - juristische Personen des Privatrechts wie GmbH, AG,
  - juristische Personen des Öffentlichen Rechts wie Sparkassen, Versicherungsanstalten,
  - Konzerne (Definition in § 18 Abs. 1 S. 1 AktG: "Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung

[18] Das gilt für die Anwendung von Art. 101, 102 AEUV und ist anders auf der Rechtsfolgenseite. **Adressat einer Verfügung** einschließlich eines Bußgeldbescheids oder einer Klage kann nur ein rechtsfähiger Unternehmensträger sein.

des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen")[19],

auch:

- Freiberufler wie Rechtsanwälte[20] oder Ärzte[21]
- der Staat, soweit er am Markt als Nachfrager und Anbieter von Waren oder Dienstleistungen auftritt (insbesondere staatliche Auftragsvergabe).

- Ausschluss von **bloßer Nachfragetätigkeit?**

Gemäß dem EuGH- Urteil v. 11.7.2006 in der Rs. C-205/03 P (EuZW 2006, 600, Tz. 25) – FENIN gilt folgendeEinschränkung des Begriffs der wirtschaftlichen Tätigkeit:

[19] Beachte: An einer Wettbewerbsbeschränkung fehlt es, wenn das Tochterunternehmen ohnehin über keine wirtschaftliche Entscheidungsautonomie verfügt, EuGH, Urt. v. 24.10.1996, Rs. C-73/95 P, Slg. 1996 I-5457 – *Viho Europe BV gegen Kommission*: „Bilden eine Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaften eine wirtschaftliche Einheit, in deren Rahmen die Tochtergesellschaften ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen können, sondern die Anweisungen der sie zu 100 % kontrollierenden Muttergesellschaft befolgen, so führt der Umstand, dass die Politik dieser letzteren, die hauptsächlich in einer Aufteilung verschiedener nationaler Märkte auf ihre Tochtergesellschaften besteht, Auswirkungen außerhalb des Bereichs des Konzerns haben kann, die die Wettbewerbsposition Dritter zu beeinträchtigen geeignet sind, nicht zur Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages [= Art. 101 AEUV], selbst wenn man ihn in Verbindung mit den Artikeln 2 und 3 Buchstaben c und g des Vertrages [jetzt Protokollerklärung zum AEUV] liest. Ein solches einseitiges Verhalten könnte jedoch unter Artikel 86 des Vertrages [= Art. 102 AEUV] fallen, wenn dessen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind."

[20] EuGH, Urt. v. 19.2.2002, Rs. C-309/99, Slg. 2002 I 1577 Rn. 48 f. – Wouters u. a. (Verbot der Sozietätsbildung zwischen Wirtschaftsprüfern und Rechtsanwälte aufgrund Beschlusses der Rechtsanwaltskammer: Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, ist aber erforderlich).

[21] EuGH, Urt. v. 12.9.2000, Rs. C-180/98, 2. LS – *Pavlov* (Pflichtmitgliedschaft in einem Berufsrentenfonds für niederländische Ärzte): „Die selbständigen Fachärzte, die als selbständige Wirtschaftsteilnehmer Dienstleistungen auf einem Markt, nämlich dem der fachärztlichen Dienstleistungen, erbringen, von ihren Patienten ein Entgelt für diese Dienstleistungen erhalten und die mit der Ausübung dieser Tätigkeit verbundenen finanziellen Risiken übernehmen, üben eine wirtschaftliche Tätigkeit aus und sind daher Unternehmen i.S. der Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag [jetzt Artikel 101, 102 und 106 AEUV]; an diesem Ergebnis können auch die Komplexität und der technische Charakter ihrer Dienstleistungen sowie der Umstand, dass ihre Berufsausübung Regeln unterliegt, nichts ändern."

„[Das Gericht hat] im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes […] darauf hingewiesen, dass es das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt ist, was den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit kennzeichnet […].“[22]

→ Unternehmerische Tätigkeit liegt nach Auffassung des EuGH nur im Anbieten von Waren und Dienstleistungen, nicht in der Nachfragetätigkeit. Deshalb ist der Staat nach europäischem Recht Unternehmen i. S. d. Art. 101 und 102 AUEV nur, wenn er selbst Waren anbietet, nicht wenn er sie lediglich nachfragt, um sie zu sozialen Zwecken zu verwenden. Bsp.: Krankenkassen. Nachfragekartelle sind daher nur verboten, wenn der Nachfrager auf einer Zwischenstufe innerhalb der Absatzkette steht, das heißt Leistungen sowohl am Markt nachfragt als auch auf dem Markt anbietet.

Bislang hat der BGH diese Differenzierung im deutschen Recht nicht vorgenommen, eine Änderung seiner Rechtsprechung als Reaktion auf das Urteil des EuGH ist möglich. Offen gelassen in seinem Beschl. v. 19.6.2007, KVR 23/98, WuW/E DE-R 2161, 2163 – *Tariftreueerklärung III*. Ähnlich stellt sich die Rechtslage in anderen EU-Mitgliedsstaaten dar.[23]

- **Negativbeispiele** (keine selbständige Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit):

  - Ausübung hoheitlicher Gewalt durch den Staat, etwa Aufrechterhaltung der Flugsicherheit oder Umweltschutz,
  - private Verbraucher (von ihrer Nachfragemacht geht keine Gefahr für den Wettbewerb aus[24])

[22] Der EuGH (aaO, Rn. 26) begründet dieses Ergebnis mit der Überlegung, es sei könne „bei der Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung [getrennt werden], der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses [bestimmte] zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit.“ Dahinter steht offenbar der Gedanke, die unternehmerische Nachfrage der öffentlichen Hand und Auftraggeber vor dem Eingreifen der (unionalen) Wettbewerbsregeln zu schützen (so GA *Maduro* in seinen Schlussanträgen im selben Fall, Rn. 65 unter Verweis auf EuGH, 24.9.1998, C-76/97 – Tögel. Sehr kritisch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 9 Rn. 7.

[23] Nachweise bei GA Maduro (aaO, Rn. ) und *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 9 Rn. 7 Fn. 10.

[24] Roth/Ackermann, in FK, EG-Kartellrecht, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 Rn. 43; zit. nach Mestmäcker/Schweitzer, § 9 Rn. 41 Fn. 84.

- Arbeitnehmer in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer (nicht als potentielle Wettbewerber), einschließlich des Arbeitsmarktes (daher unterfallen Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern nicht dem Kartellverbot).

### *b) Unternehmensvereinigung*

Beispiele: Wirtschaftsverbände, Berufsorganisationen, Arbeitgeberverbände, FIFA[25], DFB[26].

## 2. Vereinbarungen, abgestimmte Verhaltensweisen, Beschlüsse

### *a) Vereinbarung:*

Vertrag im juristischen Sinne und gentleman's agreement.

### *b) Abgestimmte Verhaltensweisen*

Willentliche Koordinierung des Verhaltens, die, ohne bereits Vertrag i. e. S. zu sein, durch vorherige Information oder sonstige Konktaktaufnahme eine Abstimmung ermöglicht.

*Beispielsfall Teerfarben*

*(EuGH, Urt. v. 14.7.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972, 619 – Teerfarben; BGH, Beschl. v. 17.12.1970 - KRB 1/70 (KG) – Teerfarben)*

*Die bedeutenden europäischen Farbstoffhersteller treffen sich seit Jahren in unregelmäßigen zeitlichen Abständen und mit wechselnder Beteiligung zu einem allgemeinen Austausch von Erfahrungen und Informationen. Eine solche Besprechung fand am 18. August 1967 bei der S. AG in Basel statt. Dabei waren die Betroffenen zu 4 bis 7 vertreten. Sie sind am deutschen Markt für Teerfarbstoffe insgesamt zu etwa 80 % beteiligt. Da sie nicht sämtliche Farbstoffprodukte selbst herstellen, ihren Abnehmern jedoch ein möglichst vollständiges Sortiment anbieten wollen, beliefern sie sich auch gegenseitig. Teilgenommen haben an der Tagung in Basel außerdem Vertreter von französischen, englischen und schweizerischen Firmen. Nachdem zunächst verschiedene Punkte allgemeinen Interesses erörtert worden*

[25] EuG, Urt. v. 26.01.2005 - T-193/02 – *Laurent Piau.*
[26] OLG Frankfurt, Urt. v. 2.2.2016 - 11 U 70/15 (Kart) – *DFB-Spielervermittlung*, WuW 2016, 190 Rn. 6 = WUW1195609.

*waren, erklärte der Vertreter der schweizerischen Firma G., seine Gesellschaft werde die Preise für Teerfarben zum 16. Oktober 1967 um 8 % erhöhen. Anschließend äußerte der Vertreter der Betroffenen zu 5, daß dieser die Erlös- und Kostenentwicklung im Farbstoffgeschäft schon seit langem Sorge bereite und daß ständig Überlegungen wegen einer Erhöhung der Verkaufspreise angestellt würden. Eine ähnliche Stellungnahme gab der Vertreter der französischen Firma F. ab. In den folgenden Wochen erhöhten die betroffenen Unternehmen durch zeitlich nacheinander liegende Beschlüsse und Ankündigungen ihre Preise für Teerfarbstoffe gleichförmig zum 16. Oktober 1967 um 8 %.*

Nicht erfasst wird autonomes Parallelverhalten auf oligopolistischen Märkten bei transparenten Preisen und homogenen Gütern wie Benzin.

Die Abgrenzung zwischen Vereinbarung und abgestimmter Verhaltensweise kann offen bleiben, wenn feststeht, dass beide Varianten erfüllt sind. So verfährt die Praxis häufig.

## 3. Wettbewerbsbeschränkung

„Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ werden zusammengefasst unter dem einheitlichen Tatbestandsmerkmal der „Wettbewerbsbeschränkung“. Einer weitergehenden Differenzierung bedarf es nicht.

Eine Wettbewerbsbeschränkung in diesem Sinne setzt zwei Elemente voraus:

### *a) Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit*

Die erste Voraussetzung für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung ist die Einengung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit mindestens eines Unternehmens, das als Anbieter oder Nachfrage auf einem Markt tätig wird.

### *b) Nachteilige Veränderung der Marktverhältnisse*

Die Vereinbarung muss darüber hinaus spürbar negative Auswirkungen auf die wesentlichen Wettbewerbsparameter des relevanten Marktes haben.

Die Definition der Wettbewerbsbeschränkung durch den EuGH lautet: Entstehung von Wettbewerbsbedingungen, die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten

Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen (EuGH, Urt. v. 28.5.1998, Rs. C-7/95 P, Slg. 1998, I-3111, Tz. 87 - *Deere*).

Siehe auch sogleich unten zum Problem der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung durch Vertragsbündel.

### *c) Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung*

Der Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen setzt voraus, dass die Wettbewerbsbeschränkung entweder bezweckt oder bewirkt wird.

(1) Gelingt der Beweis, dass das Verhalten der Unternehmen die Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt (auf „Absicht" der Unternehmen kommt es nicht an, kann aber berücksichtigt werden[27]), ist der – häufig anspruchsvolle – Beweis einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung entbehrlich.[28] Das ist bei Hard-core-Kartellen regelmäßig der Fall.

Definition der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nach EuGH (Rs. EuGH, Urt. v. 14. 3. 2013 – C-32/11 - *Allianz Hungária*: „individuelle und konkrete Prüfung des Inhalts und des Ziels dieser Vereinbarungen sowie des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem sie stehen, ergibt, dass sie schon **ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs** auf einem der beiden betroffenen Märkte sind.")

[27] EuGH, Urt. v. 11.9.2014 – C-67/13 P – *Cartes Bancaires*, NZKart 2014, 399, Rn. 54): „Ferner ist es den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten der Mitgliedstaaten und der Union nicht verwehrt, die Absicht der Beteiligten zu berücksichtigen, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat."

[28] EuGH, Urt. v. 2.4.2020 – C-228/18 – *Visa und Mastercard Ungarn*, NZKart 2020, 246, Rn. 34: „Steht der wettbewerbswidrige Zweck einer Vereinbarung fest, brauchen daher ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht geprüft zu werden [m. w. N. auf die Rechtsprechung]."

Auch missglückte Kartelle (tatsächlich kommt es nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung) können daher als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen unter die Vorschrift Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB fallen.

(2) Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung: Handelt es sich nicht um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, bedarf es einer Beurteilung des Wettbewerbs festgestellt, der auf dem jeweiligen Markt bestanden hätte, wenn es die gegenständliche Vereinbarung nicht gegeben hätte.

> „Kann nicht davon ausgegangen werden, dass die betreffende Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, so ist zu prüfen, ob sie wegen der Wettbewerbsstörungen, die sie bewirkt, als verboten angesehen werden kann. Hierzu ist […] der Wettbewerb so zu betrachten, wie er ohne diese Vereinbarung bestehen würde, um deren Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter, wie namentlich Preis, Menge und Qualität der Produkte und Dienstleistungen, zu beurteilen.“[29]

## 4. Zwischenstaatlichkeitsklausel

- Doppelfunktion des Tatbestandsmerkmals (siehe schon oben):

- einerseits positiv: Bestimmung des Anwendungsbereichs trotz Veranlassung der Beschränkung außerhalb der Europäischen Union.
- andererseits negativ: Abgrenzung des Europäischen Kartellrechts vom nationalen Recht, das andernfalls ggf. noch in Betracht kommt:
    - Abgrenzung des Anwendungsbereichs des EU-Kartellrechts von demjenigen des mitgliedstaatlichen Kartellrechts
    - Tatbestandliche Begrenzung des Anwendungsbereichs der Art. 101, 102 AEUV auf Fälle, die der Verwirklichung des Binnenmarktziels entgegenstehen.

[29] EuGH, Urt. v. 2.4.2020 – C-228/18 – *Visa und Mastercard Ungarn*, NZKart 2020, 246, Rn. 55.

- weite Auslegung, siehe insbesondere EuGH v. 13. 7. 1966 – Rs. 56/64 und 58/64, Slg. 1966, 321, 389 – *Consten und Grundig*:

> „Denn ein sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats erstreckendes Kartell hat schon seinem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen."

Die Kommission hat (für die Gerichte und nationalen Behörden unverbindliche[30]) Leitlinien[31] aufgestellt, aus denen sich ergibt, wann sie davon ausgeht, dass das Merkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erfüllt ist. Sie beabsichtigt insbesondere drei Elemente zu berücksichtigen:

- **Der Begriff „Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten":** Der Begriff „Handel" ist nicht auf den traditionellen grenzüberschreitenden Austausch von Waren und Dienstleistungen beschränkt. Es geht hier um einen weiter gefassten Begriff, der alle grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeiten einschließlich der Niederlassung umfasst. Diese Auslegung steht im Einklang mit dem grundlegenden Ziel des Vertrags, den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Personen und Kapital zu fördern. Das Erfordernis der Beeinträchtigung des Handels „zwischen EU-Mitgliedstaaten" setzt voraus, dass Auswirkungen auf grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeiten zwischen mindestens zwei EU-Mitgliedstaaten vorliegen.
- **Die Formulierung „zu beeinträchtigen geeignet":** Die Formulierung „zu beeinträchtigen geeignet" dient dazu, die Art und Weise der erforderlichen Beeinträchtigung des Handels zwischen EU-Mitgliedstaaten zu beschreiben. Nach dem vom Gerichtshof entwickelten Beurteilungsmaßstab bedeutet die Formulierung „zu beeinträchtigen geeignet", dass sich anhand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die fragliche Vereinbarung den Warenverkehr zwischen EU-Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell beeinflussen kann. In Fällen, in denen die Vereinbarung geeignet ist, die Wettbewerbsstruktur in der EU zu beeinträchtigen, ist das EU-Recht anwendbar.

[30] Siehe EuGH, Expedia (Fall unten).
[31] Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags (2004/C 101/07).

Die deutschsprachige Formulierung „beeinträchtigen“ ist insoweit irreführend, als sie suggeriert, es bedürfe einer negativen Beeinflussung. Tatsächlich genügt jede Möglichkeit zur Beeinflussung der Handelsströme zwischen den Mitgliedsstaaten (englische Fassung: „may affect trade between member states“).[32] Selbst im Fall einer Zunahme des innergemeinschaftlichen Handels ist die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt.[33]

- **Begriff der „Spürbarkeit“ (der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels).** Im Einzelnen:

- Geeignetheit <u>und</u> Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung.

Die Kommission geht davon aus, dass Vereinbarungen grundsätzlich nicht geeignet sind, den Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen („no appreciable affectation of trade", sog. NAAT-Regel), wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- der gemeinsame Marktanteil der Parteien überschreitet auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der EU 5 %, und
- im Falle horizontaler Vereinbarungen überschreitet der durchschnittliche Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen mit den von der Vereinbarung erfassten Waren in der EU nicht den Betrag von 40 Mio. EUR.

Sind diese Schwellen unterschritten, greift die Kommission selbst bei Kernbeschränkungen nicht ein (anders im Hinblick auf das Merkmal der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung, dazu sogleich).

- siehe außerdem „Bündeltheorie“ (EuGH, *Delimitis*). Dazu

[32]Siehe EuGH, Urt. v. 30.6.1966 – Rs.56/65 - *Maschinenbau Ulm*.
[33] EuGH, Urt. v. 13.7.1966 – verb. Rs. 56 und 58/64 – Grundig/Consten: „[Es] schließt der Umstand, daß eine Vereinbarung zu einer selbst beträchtlichen Ausweitung des Handelsvolumens zwischen Mitgliedsstaaten führt, noch nicht aus, daß die Vereinbarung den Handel im Sinne von Art. 85 EWG-Vertrag "beeinträchtigen" kann.“ (3. LS). Siehe auch Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004 Nr. C 101, S. 81 ff., Rn. 34.

*Beispielsfall Delimitis* (EuGH: Entscheidung vom 28.02.1991 - C-234/89)

*Die Bierbrauerei HB (nachstehend: Brauerei) verlangt von Stergios Delimitis, ehemaliger Pächter einer Gastwirtschaft in Frankfurt am Main (nachstehend: Gastwirt), einen Geldbetrag, den der Gastwirt nach der Kündigung des am 14. 5. 1985 zwischen den Parteien geschlossenen Pachtvertrags der Brauerei angeblich schuldet.*

*Nach Ziffer 1 dieses Vertrags verpachtet die Brauerei an den Gastwirt eine Gaststätte. Gemäß Ziffer 6 des Vertrags ist der Gastwirt verpflichtet, seinen Bedarf an Bieren in Faß, Flasche und Dose mit den Produkten und Handelswaren der Brauerei und seinen Bedarf an alkoholfreien Getränken bei den Tochtergesellschaften der Brauerei zu decken. Der Gastwirt darf jedoch Biere und alkoholfreie Getränke von Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten beziehen.*

*Der Gastwirt hat nach Ziffer 6 außerdem jährlich mindestens 132 hl Bier zu beziehen. Im Falle des Minderbezugs hat er Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten.*

*Der Vertrag wurde von dem Gastwirt am 31. 12. 1986 gekündigt. Die Brauerei war daraufhin der Ansicht, dass der Gastwirt ihr noch 6 032,15 DM (Miete, Pauschalbetrag wegen Nichterfüllung der Mindestbezugsverpflichtung und verschiedene Nebenkosten) schulde. Diesen Betrag verrechnete sie mit der Pachtkaution, die der Gastwirt ihr gestellt hatte.*

*Es ist von Folgendem auszugehen*[34]*: (1) Der Gastwirt hatte einen durchschnittlichen jährlichen Bierumsatz in Höhe von 135 hl. (2) Die Öffnungsklausel ist so zu verstehen, dass es dem Gastwirt lediglich gestattet ist, selbst Bier in anderen Mitgliedsstaaten zu kaufen, nicht aber Bier, das aus anderen Mitgliedsstaaten stammt, von dritten Unternehmen zu beziehen. (3) 60 Prozent aller deutschen*

[34] In der originalen Vorlagefrage des OLG Frankfurt finden sich hierzu keine Angaben.

*Gaststätten haben vergleichbare Bierlieferungsverträge abgeschlossen. Sie verkaufen auch in etwa 60 Prozent des in Gaststätten konsumierten Biers. (4) Die Brauererei hat in Deutschland einen Marktanteil von ca. 20 Prozent. Das gilt sowohl für den Einzelhandel als auch für den Bereich der Gaststätten. (5) Die Brauerei schließt üblicherweise Bierlieferverträge über einen Zeitraum von sieben Jahren. Üblich sind fünfjährige Laufzeiten.*

## 5. Eingriffsschwelle: *de minimis*-Regel (Spürbarkeitsgrenze)

- Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von Art. 101 AEUV (nicht zu verwechseln mit dem Erfordernis der spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels).

- Konkretisierung durch Kommission (für Gerichte und nationale Wettbewerbsbehörden unverbindlich) in der *de-minimis*-Bekanntmachung vom (ABl. v. 30.8.2014, C 291/01):

  - Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern (Horizontalvereinbarungen): Spürbarkeitsschwelle: Marktanteil aller an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen auf allen von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkten unter 10 Prozent,

  - Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern (insbesondere Vertikal-vereinbarungen):
    Die Spürbarkeitsschwelle wird nicht überschritten, wenn der Marktanteil aller an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen auf allen von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkten unter 15 Prozent liegt.

- Die de-minimis-Schwelle hat doppelte Bedeutung:

  - Sie hat – in der verbindlichen Auslegung durch den EuGH (nicht: der Kommission) – eine den Tatbestand von Art. 101 AEUV einschränkende (materiellrechtliche) Wirkung.

- Das von der Kommission in der de-minimis-Bekanntmachung präzisierte Verständnis (Marktanteilsschwellen) hat verfahrensrechtlich folgende Konsequenzen:
    - Die Kommission greift den Fall nicht auf, weder auf Beschwerde noch von Amts wegen.
    - Die Kommission verhängt keine Geldbuße, wenn sie zwar ein Verfahren eingeleitet hat, die Unternehmen aber nachweisen können, dass sie in gutem Glauben davon ausgegangen sind, dass die Marktanteilsschwellen nicht überschritten wurden.

*Beispielsfall Expedia*

*(EuGH, Urt. v. 13.12.2012, Rs. C-226/11 – Expedia Inc., NZKart 2013, 111)*

*Um den Vertrieb von Bahnfahrkarten und Reisen im Internet auszubauen, schloss die SNCF [Société nationale des chemins de fer français = staatliche französische Eisenbahngesellschaft] im September 2001 mehrere Vereinbarungen mit Expedia, einer auf den Vertrieb von Reisen im Internet spezialisierten amerikanischen Gesellschaft, und gründete mit dieser eine gemeinsame Tochtergesellschaft mit der Bezeichnung GL Expedia. Die Website voyages-SNCF.com, die bis dahin nur der Information, der Reservierung und dem Verkauf von Bahnfahrkarten im Internet gedient hatte, war fortan das Tätigkeitsfeld der gemeinsamen Gesellschaft und wurde umgestaltet, um neben den ursprünglichen Dienstleistungen auch die eines Online-Reisebüros anzubieten. Im Jahr 2004 wurde diese gemeinsame Tochtergesellschaft in Agence de voyages SNCF.com (im Folgenden: Agence VSC) umbenannt.*

*Mit Entscheidung vom 5. Februar 2009 stellte die Autorité de la concurrence [= französische Wettbewerbsbehörde] fest, dass die Partnerschaft von SNCF und Expedia bei der Gründung der Agence VSC ein gegen Art. 81 EG*

*[nunmehr Art. 101 AEUV] und Art. L. 420-1 des Code de Commerce [= Handelsgesetzbuch] verstoßendes Kartell darstelle, mit dem bezweckt und bewirkt werde, diese gemeinsame Tochtergesellschaft auf dem Markt für Reisebürodienstleistungen für Urlaubsreisen zum Nachteil der Wettbewerber zu fördern. Sie verhängte sowohl gegen Expedia als auch gegen SNCF Geldbußen.*

*Expedia legte gegen die Entscheidung Rechtmittel ein. Da die beteiligten Unternehmen weniger als 10 % Marktanteil hielten und damit unterhalb der Marktanteilsschwelle von Ziff. 8 lit. a der de-minimis-Bekanntmachung blieben, stelle die Vereinbarung zwischen SNCF und Expedia keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. Art. 101 Abs. 1 AEUV dar. Sie sei wegen Geringfügigkeit daher nicht kartellrechtswidrig. Vor diesem Hintergrund legte schließlich die Cour de cassation dem EuGH die Frage vor, ob es nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten gestattet sei, auch unterhalb der besagten Marktanteilsschwelle von 10 % eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen. Sie hob dabei hervor, dass die streitige Vereinbarung nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht nur wettbewerbswidrige Wirkung, sondern auch einen wettbewerbswidrigen Zweck hatte.*

## III. Ausnahmen vom Kartellverbot

Im Einzelfall können wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durch Effizienzgewinne gleichwohl wettbewerbsfördernde Wirkungen haben oder gar so große sonstige (nichtwettbewerbliche) Vorteile haben, dass sie die negativen Wirkungen der Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen. In diesem Fällen soll das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nicht wirken.

Dogmatisch kann dieses Ergebnis auf verschiedene Wege erreicht werden:

1. Gesetzlich angeordnete Ausnahmebereiche vom Kartellverbot

2. Richterrechtlich anerkannte Ausnahmen vom Kartellverbot

3. Freistellung vom grundsätzlich einschlägigen Kartellverbot

## 1. Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche

Die Zahl der Sondervorschriften für bestimmte Wirtschaftsbereiche, die die Anwendung des Kartellrechts oder jedenfalls des Kartellverbots ausschlossen, ist in den letzten Jahren stark zurückgegangen. Es verbleiben u. a. noch:

- Vertikale Preisbindungen bei Zeitungen, Zeitschriften (§ 30 GWB) sind vom Kartellverbot freigestellt.

- Bei Büchern ist die Preisbindung sogar zwingend vorgeschrieben (BuchpreisbindungsG).

- Landwirtschaft: Die Vorschrift § 28 GWB erlaubt bestimmte marktstabilisierende Maßnahmen, die an sich unter § 1 GWB fallen. Eine Bereichsausnahme für die Landwirtschaft sieht auch Art. 42 AEUV vor.

## 2. Richterrechtlich anerkannte Ausnahmen vom Kartellverbot

### *a) Selektiver Vertrieb*

Nach der sog. „Metro-Rechtsprechung" des EuGH[35] findet das Verbot des Art. 101 AEUV keine Anwendung auf eine Vereinbarung des selektiven Vertriebs,

„sofern die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen, und sofern diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden."[36]

Damit steht fest, dass die Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems als solches keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV bedeutet. Allerdings ist sorgfältig zu prüfen,

[35] EuGH, Urt. v. 25.10.1977, C-26/76 – *Metro*.
[36] Ebenda, Rn. 20.

ob einzelne Klauseln, die über die oben aufgestellten Regelungen hinausgehen, das Kartellverbot verletzten. Ein prominentes Beispiel ist der Sachverhalt im Fall Pierre Fabre[37] (faktisches Verbot des Internetvertriebs durch Erfordernis des Verkaufs in physischen Räumen in Anwesenheit eines diplomierten Apothekers).

### *b) Franchise-Vereinbarungen*

Hier gilt Entsprechendes wie beim Selektivvertrieb: Typische, funktionsnotwendige Klauseln fallen schon nicht unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV:

„Im Rahmen des Vertriebsfranchising fallen Verpflichtungen des Franchisenehmers, die vom Franchisegeber entwickelten Geschäftsmethoden anzuwenden und das von diesem übermittelte Know-how einzusetzen, nur Waren des Franchisegebers oder von diesem ausgewählter Lieferanten zu verkaufen, den Verkauf nur in dem nach den Anweisungen des Franchisegebers eingerichteten und ausgestatteten Ladengeschäft vorzunehmen, für jede Werbung die Zustimmung des Franchisegebers einzuholen sowie während der Vertragsdauer oder während eines angemessenen Zeitraumes nach Vertragsbeendigung kein Geschäft mit gleichem oder ähnlichem Zweck in einem Gebiet zu eröffnen, in dem der Franchisenehmer zu einem anderen Mitglied der Vertriebsorganisation in Wettbewerb treten könnte, nicht unter Art. 85 Abs. 1 EWGV [= Art. 101 Abs. 1 AEUV].“[38]

Wiederum sind Grenzen zu beachten, u. a.:

„Dagegen verstößt es gegen Art. 85 Abs. 1 EWGV [= Art. 101 Abs. 1 AEUV], wenn der Franchisenehmer verpflichtet wird, Vertragswaren nur in einem vertraglich festgelegten Geschäftslokal zu verkaufen. Bestimmungen zur Aufteilung der Märkte zwischen Franchisegeber, Franchisenehmern oder unter den Franchisenehmern sind Einschränkungen des Wettbewerbs i. S. von Art. 85 Abs. 1 EWGV [= Art. 101 Abs. 1 AEUV].“[39]

### *c) Arbeitsrecht*

Weitgehend einig ist man sich in Schrifttum und Rechtsprechung allerdings darüber, dass arbeitsrechtliche Kollektivregelungen (Tarifverträge) unter bestimmten Umständen nicht unter die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften von GWB und AEUV fallen. In der Rs. Albany hat der EuGH solche Vereinbarungen vom Kartellverbot ausgenommen, die

[37] EuGH, Urt. v. 13.10.2011, Rs. C-439/09 – *Pierre Fabre*.
[38] EuGH, Urt. v. 28.1.1986, Rs. 161/84 – *Pronuptia*., 1. LS, Teil 1.
[39] EuGH, Urt. v. 28.1.1986, Rs. 161/84 – *Pronuptia*., 1. LS, Teil 2.

- von den Tarifpartnern in Tarifverhandlungen getroffen wurden und
- dem Zweck der Verbesserung der Arbeitsbedingungen gelten.[40]

### *d) Sport*

EuGH (*Meca-Medina*[41] zu Regelungen zur Bekämpfung des Dopings): Regelungen, die mit der Organisation und dem ordnungsgemäßen Ablauf eines sportlichen Wettkampfs untrennbar verbunden sind und gerade dazu dienen, einen fairen Wettstreit zwischen den Sportlern zu gewährleisten, unterfallen nicht dem Kartellverbot. Voraussetzung ist, dass sie auf das zum ordnungsmäßen Funktionieren des sportlichen Wettkampfs Notwendige begrenzt sind.[42]

### *e) Immanenztheorie (notwendige Nebenabreden)*

Wettbewerbsbeschränkende Regelungen, die nicht den Hauptvertragsgegenstand (z. B. einer insbesondere im Zusammenhang mit Unternehmensveräußerung) bilden, sind vom Anwendungsbereich des Kartellverbots ausgenommen, wenn sie notwendig sind, um das Zustandekommen des wettbewerbsfördernden oder wettbewerbsneutralen Hauptvertrags zu ermöglichen.[43] Wichtige Beispiele sind

- Wettbewerbsverbote,[44]
- Kundenschutzklauseln[45],
- Alleinbezugsbindungen[46].

---

[40] EuGH, Urt. v. 21.9.1999, Rs. C-67/96 – *Albany*.
[41] EuGH, Urt. v. 18.07.2006, Rs. C-519/04 P, EU:C:2006:492 – *Mecca Medina*, EuZW 2006, 593, benannt nach dem Kläger und spanischen Langstreckenschwimmer David Meca-Medina, der mit einer zweijährigen Dopingsperre belegt wurde.
[42] Rn. 45 des Urteils
[43] *Zimmer*, in Immenga/Mestmäcker, EU-WettbewerbsR, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 146 ff.
[44] BGH, Urt. v. 03.11.1981, KZR 33/80 = NJW 1982, 2000, 2001 – *Wettbewerbsverbot bei Unternehmensveräußerung*. Siehe auch § 74 – 75d HGB („arbeitsrechtliches Kartellverbot" mit Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung, Umgehungsverbot in § 75f HGB, zur Rechtfertigung von Abwerbeverboten näher BGH, Urt. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NZA 2015, 111).
[45] BGH, Urt. v. 10.12.2008, KZR 54/08 = NJW 2009, 1751, 1753 – *Subunternehmervertrag II*.
[46] EuGH, Urt. v. 28.01.1986, Rs. 161/84 = Slg. 1986, 353. 375 ff. – *Pronuptia.*

*Bsp.: Kinderarzt A verkauft seine in der Rhön gelegene Praxis an den jungen Nachfolger N. In dem Kaufvertrag verpflichtet sich A, in der folgenden fünf Jahren im Umkreis von 10 km keine Kinderarztpraxis zu eröffnen.*[47]

Nicht durchsetzen konnte sich die Einstufung enger Bestpreisklausel[48] zwischen einer Hotelvermittlungsplattform und den auf ihr vertretenen Hotels (als notwendige Nebenabreden durch das OLG Düsseldorf[49]. Der BGH hat dieser Ansicht eine Absage erteilt: Die verwendeten Klauseln seien gerade nicht unerlässlich für das Geschäft der Hotelvermittlung.[50] Siehe noch unten Art. 5 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO, wonach weite Preispartitätsklauseln nicht gruppenfreigestellt sind.

### *f) Arbeitsgemeinschaften*[51]

Besonders im deutschen Recht anerkannt ist der sog. Arbeitsgemeinschaftsgedanke.[52] Das Phänomen der zeitlich befristeten, auf eine bestimmte Gelegenheit beschränkte Arbeitsgemeinschaft (ARGE) begegnet insbesondere im Baugewerbe bei Großvorhaben (Stuttgart 21 etc.). Ziel ist es, den Zuschlag für einen Einzelauftrag zu erhalten und diesen mit vereinten Kräften durchzuführen. Rechtlich ist die ARGE in der Regel als BGB-Gesellschaft organisiert. Zwar liegt in dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags konkludent auch der Verzicht auf Wettbewerb bei der jeweiligen Ausschreibung. Allerdings fehlt es an der Wettbewerbsbeschränkung, wenn erst die Kooperation in der ARGE es den Unternehmen ermöglicht, ein Angebot abzugeben. Sie führt dann im

---

[47] In § 29 Abs. II S. 2 der Musterberufsordnung der Ärzte wird die Niederlassung eines Arztes im Einzugsbereich einer Praxis, in der er mindestens drei Monate tätig war, innerhalb eines Jahres danach als berufsunwürdig bewertet. Rechtliche Wirkung entfaltet das standesrechtliche Wettbewerbsverbot in der Umsetzung durch die Ärztekammer.
[48] Enge Bestpreisklausel = Das durch die Klausel gebundene Hotel darf im eigenen Onlinevertrieb keine günstigeren Zimmerpreise und Vertragsbedingungen anbieten als auf der Plattform booking.com. Weite Bestpreisklauseln, deren Kartellrechtswidrigkeit schon das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 9.1.2015 – VI-Kart 1/14 (V) – Bestpreisklausel, NZKart 2015, 148) festgestellt hatte, gehen noch darüber hinaus und verbieten zusätzlich das Anbieten günstigerer Zimmerpreise auf konkurrierenden Plattformen (z. B. HRS, Expedia).
49 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.6.2019, VI-Kart 2/16 (V), Rn. 62 ff. – *booking.com*. Kritisch z. B. Bernhard, NZKart 2019, 577 ff.
[50] BGH, Beschl. v. 18.5.2021, KVR 54/20, NZKart 2021, 499.
[51] *Säcker*, MükoGWB, 3. Auflage 2020, § 1 Rn. 27- 32; *Möschel*, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 120 f.; *Zimmer,* in Immenga/Mestmäcker, EU-WettbewerbsR, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 252 ff.
[52] Grundlegend: BGH, Urt. v. 13.12.1983, KRB 3/82 - Bauvorhaben Schramberg, WuW/E BGH 2050. Ähnlich die Kommission, Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, ABl.EU 2011 Nr. C 11/1, Rn. 237 über „Konsortialvereinbarungen, die es den beteiligten Unternehmen erlauben, sich an Vorhaben zu beteiligen, die sie alleine nicht bewältigen könnten."

Ergebnis nicht zu weniger, sondern zu zusätzlichem Wettbewerb mit einem weiteren Anbieter oder Nachfrager, der ARGE.

Ähnlich kann es sich mit Forschungsgemeinschaften verhalten, die im Übrigen aber den – wichtigen – innovatorischen Wettbewerb zu verhindern drohen.

#### *g) Unternehmensbegriff*

Siehe schon oben zum einschränkenden Verständnis des Unternehmensbegriffs in Art. 101, 102 AEUV durch den EuGH in der Rs. FENIN.

## IV. Freistellung vom Kartellverbot (Art. 101 Abs. 3 AEUV) insbesondere

### 1. Überblick

Artikel 101 Abs. 3 AEUV enthält eine Ausnahmeregel, die es Unternehmen bei einem festgestellten Verstoß gegen Artikel 101 Abs. 3 AEUV erlaubt sich zu rechtfertigen.

#### *a) Regelungszweck*

Mit den Wettbewerbsregeln der EU soll durch den Schutz des Wettbewerbs der Wohlstand der Verbraucher gefördert und eine effiziente Ressourcenallokation gewährleistet werden. Im Einzelfall können wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durch Effizienzgewinne gleichwohl wettbewerbsfördernde Wirkungen haben und somit die negativen Wirkungen der Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen, etwa durch Senkung von Entwicklungs-, Produktions- oder Vertriebskosten, Verbesserung der Produktqualität, Entwicklung neuer Produkte.

#### *b) Materielle Voraussetzungen*

Die Vorschrift Art. 101 Abs. 3 AEUV (beinahe wortgleich § 2 GWB) nennt hierfür vier Voraussetzungen:

> „(3) Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf [Vereinbarungen etc.], die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden

Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder

b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten."

Die vier Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit das in Abs. 1 normierte Kartellverbot nicht greift:[53]

(1) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen Fortschritts (vgl. „Geeignetheit")

(2) Unerlässlichkeit der den beteiligten Unternehmen auferlegten Beschränkungen für die Zielverwirklichung (vgl. „Erforderlichkeit")

(3) Angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn (vgl. „Verhältnismäßigkeit i. e. S.)

(4) Keine Ermöglichung der Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren.

### *c) Verfahren (formelle Voraussetzungen)*

Zwei Formen der Freistellung kommen in Betracht: Einzelfreistellung und Gruppenfreistellung aufgrund abstrakt-genereller Verordnung (GVO).

1.5.2004: Übergang von einem Anmeldesystem mit Erlaubnisvorbehalt (VO 17/62) zu einem System der Legalausnahme (VO 1/2003: „KartellverfahrensVO").

***Beachte:*** *In der Klausur prüft man zunächst das Eingreifen einer GVO und erst anschließend die Möglichkeit einer Einzelfreistellung.*

[53] In dieser Reihenfolge prüft die Kommission, vgl. die Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG.

### *d) Konkurrenzen*

Unabhängig von der Art der Freistellung bleibt Art. 102 AEUV weiterhin anwendbar.

> EuG, Urt. v. 10.7.1990, Rs. T-51/89, Slg. 1990 II, 347 - *Tetra Pak I*, 2. LS: „Sowohl aus dem Wortlaut des Artikels 85 Absatz 3 EWG-Vertrag [= Art. 101 Abs. 3 AEUV] als auch aus der Systematik der Artikel 85 und 86 [= Art. 101 und 102 AEUV] folgt, dass die Gewährung einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 - gleichgültig, ob es sich um eine Einzel- oder um eine Gruppenfreistellung handelt - keinesfalls zugleich eine Befreiung von dem Verbot des Artikels 86 [= Art. 102 AEUV] bedeuten kann. Die Anwendung von Artikel 85 [= Art. 101 AEUV] vollzieht sich in zwei Stufen, nämlich in der Feststellung eines Verstoßes gegen Artikel 85 Absatz 1 [= Art. 101 Abs. 3 AEUV] und sodann gegebenenfalls der Befreiung von diesem Verbot, wenn das Kartell die Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 erfüllt. Artikel 86 [= Art. 102 AEUV] schließt dagegen bereits aufgrund seines Gegenstands (Missbrauch) jede Möglichkeit einer Ausnahme von dem in ihm angeordneten Verbot aus.“

## 2. Die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB im Einzelnen

### *a) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen Fortschritts (Effizienzgewinne, = 2. Voraussetzung von Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB)*

Erfasst sind Produkte und Dienstleistungen (obwohl vom Wortlaut „Waren“ nicht erfasst).

(1) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung

Beispiele[54]:

- Synergieeffekte aufgrund Zusammenlegung der Geschäftsaktivitäten zweier Unternehmen, die jeweils einen anderen Teil der Wertschöpfungskette optimiert haben.

- Skalenvorteile, etwa durch gemeinsame Beladung eines einzigen Lkw durch zwei Unternehmen, die ihn jeweils nur halb beladen könnten.

[54] Die nachfolgenden Beispiele stammen überwiegend aus den Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG.

- Vereinbarung von „just in time"-Lieferung kann beim Abnehmer der Lieferungen Lagerhaltungskosten senken und gleichzeitig helfen, Produktionskapazitäten besser auszunutzen.

- Vertriebsvereinbarung führt zu niedrigeren Vertriebskosten oder zur Erbringung einer wertvollen Dienstleistung.

- Befristete Preisbindung der zweiten Hand erlaubt die Einführung eines neuen Produkts, das besonderen Beratungsbedarf aufweist.

(2) Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts

Es geht insbesondere um Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen.

Beispiele:

- Vereinbarung über den Technologietransfer versetzt den Lizenznehmer in die Lage, neue oder verbesserte Produkte herzustellen.

- Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens mit dem Ziel der Entwicklung und, falls erfolgreich, gemeinsamen Herstellung eines besonders sicheren Reifens mit verschiedenen Luftkammern.

- Bankenkooperation, die die innereuropäische Zahlung erleichtert und beschleunigt.

### *b) Unerlässlichkeit der den beteiligten Unternehmen auferlegten Beschränkungen für die Zielverwirklichung (= 3. Voraussetzung von Art. 101 Abs. 3 AEUV = § 2 Abs. 1 GWB)*

Es geht um die Frage, ob die Effizienzgewinne nicht auch mit einer weniger wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung oder Beschränkung erzielt werden können.

Beispiel:

- Unternehmen können sich nur dann erfolgreich auf Skalenvorteile (s. o.) aufgrund der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung berufen, wenn diese nicht auch durch internes Wachstum und Preiswettbewerb zu erzielen sind.

- Verhinderung einer hold-up-Situation durch entsprechende Vertikalvereinbarung: wenn eine Partei eine größere nicht rückgängig machbare Investition (sunk investment) getätigt hat.

*Beispiel: Ein Lieferant tätigt eine erhebliche kundenspezifische Investition, um einen Kunden mit einem Betriebsmittel zu beliefern, ist der Lieferant an den Kunden gebunden. Um zu verhindern, dass der Kunde daraufhin diese Abhängigkeit ausnützt, um günstigere Bedingungen zu erlangen, kann es erforderlich werden, die Bedingung aufzuerlegen, die vertragsgegenständlichen Teile nicht von Dritten zu beziehen oder Mindestmengen der Teile beim Lieferanten zu kaufen.*

### *c) Angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn (= 1. Voraussetzung von Art. 101 Abs. 3 AEUV = § 2 Abs. 1 GWB)*

*Verbraucher* i. S. d. Art. 101 Abs. 3 AEUV sind nicht nur Verbraucher i. S. d. § 13 BGB, sondern alle unmittelbaren und mittelbaren Nutzer der Produkte, auf die sich die Vereinbarung bezieht. Das können neben Endkunden sein: Produzenten, die die Ware als Vorprodukt benötigen; Großhändler und Einzelhändler.

*Gewinn* sind alle denkbaren Vorteile der Vereinbarung, nicht nur Preissenkungen i. e. S., sondern auch eine größere Auswahl, größere Markttransparenz, höhere Produktqualität.

Die *Angemessenheit* der Vorteile ist zu bejahen, wenn sie die mit der Wettbewerbsbeschränkung verbundenen Nachteile mindestens zu kompensieren vermögen (neutrale Nettowirkung der Vereinbarung):

- Führt die Vereinbarung zu höheren Preisen, muss der Ausgleich zum Beispiel in Form höherer Qualität der Produkte erzielt werden. Die Bewertung (und damit Abwägung) dieser Form von Effizienz (dynamische Effizienz) ist allerdings sehr schwierig.

- Je länger die zeitliche Verzögerung ist, mit der die Verbraucher Vorteile aus der Vereinbarung haben, desto größer müssen die entstehenden Effizienzgewinne sein.

- Je umfangreicher die Auswirkungen der Vereinbarungen auf den Wettbewerb sind, umso unwahrscheinlicher ist die Weitergabe von Effizienzvorteilen, insbesondere durch marktstarke Unternehmen, und umso wahrscheinlicher werden die Verbraucher langfristig Nachteile davontragen.

- Grundsätzlich wird davon ausgegangen (ratio legis der Norm), dass gerade diejenigen Verbraucher, die die Nachteile der Vereinbarung (etwa in Form höherer Preise oder geringerer Auswahl) zu tragen haben, auch entschädigt werden müssen. Es genügt allerdings, wenn die Nachteile auf Markt A auftreten und sich Verbrauchervorteile auf Markt B ergeben, solange die betroffenen Verbrauchergruppen im Wesentlichen deckungsgleich sind.

- In jüngerer Zeit wird darüber nachgedacht, ob Nachhaltigkeitskooperationen (fiktives Bsp.[55]: Vereinbarung der Automobilhersteller, Dieselfahrzeuge ausschließlich mit AdBlue-Technik ausgestattet auf den Markt zu bringen), die zu höheren Preisen für die Abnehmer führen, gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden können. Die Kommission möchte in ihrem Vorschlag für neue Leitlinien betreffend die Anwendbarkeit von Art. 101 auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (1.3.2022) zwar einerseits daran festhalten, dass die Gesamtauswirkungen für Verbraucher *auf dem relevanten Markt* mindestens neutral sind. Zugleich erklärt sie aber auch bloß „*kollektive Verbrauchervorteile*“ (im Beispiel: bessere Luftqualität für die Allgemeinheit) für grundsätzlich berücksichtigungsfähig. Voraussetzung für eine Freistellung ist demnach, dass die Verbraucher auf dem relevanten Markt zugleich von den Vorteilen für die Allgemeinheit profitieren und diese Vorteile „erheblich“ sind.[56]

### *d) Keine Ermöglichung der Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren (= 4. Voraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV = § 2 Abs. 1 GWB).*

Diese Voraussetzung ist Ausdruck des Grundsatzes, wonach dem **Schutz des Wettbewerbs bzw. dem Wettbewerbsprozess Vorrang** eingeräumt wird vor

[55] Nach *Zimmer/Schäfer*, JZ 2022, S. 870, 871.
[56] Kommission, Entwurf neue Leitlinien Art. 101 Rn. 603.

potenziellen Effizienzgewinnen, die sich aus wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen ergeben könnten. Die Rivalität zwischen Unternehmen ist eine wesentliche Antriebskraft für die wirtschaftliche Effizienz, einschließlich langfristiger dynamischer Effizienzsteigerungen in Form von Innovationen und technologischem Fortschritt.

Je geringer der Wettbewerb vor Abschluss der Vereinbarung, desto geringer braucht ihre wettbewerbsbeschränkende Wirkung sein, um das Tatbestandsmerkmal Ausschaltung des Wettbewerbs im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu erfüllen.

Berücksichtigt werden nicht nur die Marktanteile (wenige Wettbewerber mit hohen Marktanteilen = geringer Wettbewerbsdruck), sondern auch weitere Faktoren:

Beispiele:

- Wettbewerber können vor Kapazitätsengpassen stehen oder aufgrund relativ höherer Produktionskosten Schwierigkeiten haben, durch Erhöhung der Produktion Wettbewerbsdruck auszuüben.

- Potentielle Wettbewerber könnten unter Umständen bereit sein, in den Markt einzusteigen. Voraussetzung hierfür ist aber u. a., dass der potentielle Wettbewerber auch die rechtlichen Voraussetzungen eines Markteinstiegs erfüllt (z. B. die erforderliche staatliche Lizenz erhält).

## 3. Verfahren der Freistellung im Einzelfall

### *a) Grundsatz*

**Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 und § 2 Abs. 1 GWB: Legalausnahme** (s. schon oben). Es besteht **kein Freistellungserfordernis mehr**, vielmehr gilt Prinzip der „Selbstveranlagung“ (*Bechtold*). Die von Art. 101 Abs. 3 AEUV = § 2 Abs. 1 GWB erfassten Vereinbarungen sind automatisch (ipso iure) freigestellt, Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003: „sind nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.“

### *b) Europäische Kommission (VO 1/2003)*

**Art. 10 VO 1/2003: Positiventscheidung.** Möglich ist die (deklaratorisch wirkende) verbindliche (vgl. Art. 16 VO 1/2003) Feststellung der Nichtanwendbarkeit durch förmliche Entscheidung im öffentlichen Interesse der Gemeinschaft (u. a.: Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV liegen vor). Problem: Voraussetzungen liegen wohl nur bei neuartiger Fragestellung vor, nicht bei bloßem Interesse des Unternehmens an Rechtssicherheit oder Bußgeldimmunität. Praktisch bedeutungslos.

**Unverbindliche Beratungsschreiben** (guidance letters), sollen Unternehmen ggf. Orientierung geben, wenn eine (Rechts-)Frage durch Rechtsprechung oder Entscheidungspraxis der Kommission noch nicht geklärt ist. Rechtsgrundlage: Bekanntmachung „Beratungsschreiben".

### *c) Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden*

**§ 32c GWB: „Kleine Positiventscheidung"**. Die deutschen Kartellbehörden können (Ermessen), in bestimmten Fällen (Kooperation zwischen Wettbewerbern, erhebliches Interesse der Unternehmen) müssen sie (§ 32c Abs. 4 GWB 2021) förmlich entscheiden, dass aus ihrer Sicht kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Diese Entscheidung bindet allerdings nur die entscheidende Behörde selbst, nicht hingegen die Gerichte und die Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedsstaaten oder gar die Kommission. Faktisch geht die Wirkung allerdings über eine Selbstbindung der Behörde hinaus.

Daneben besteht ebenfalls die Möglichkeit der **informellen Beratung**, ggf. verschriftlicht in Form eines sog. Vorsitzendenschreibens (§ 32c Abs. 2 GWB).

## 4. Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO)

### *a) Überblick*

*Zweck:* Erleichterung der Selbstveranlagung dadurch, dass die Kommission in den sog. Gruppenfreistellungsverordnungen bestimmte typische Kategorien („Gruppen") von Sachverhalten und Vereinbarungen einer detaillierten Regelung unterzieht.

*Rechtsnatur:* Verordnungen i.S.v. Art. 288 Abs. 1 AEUV (= Art. 249 Abs. 1 EG a. F.), denen in den Mitgliedsstaaten unmittelbare und vorrangige Wirkung zukommt (keine Umsetzung erforderlich wie bei Richtlinien).

*Rechtsgrundlage:* Art. 103 Abs. 1 AEUV (= Art. 83 Abs. 1 EG a. F.)[57]: Ermächtigung des Rates zum Erlass von GVOen, der diese Befugnis an die Kommission übertragen hat.

*Wirkung:* Konstitutiv (str.), das heißt die GVOen entfalten ihre freistellende Wirkung auch, wenn die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 im Einzelfall nicht erfüllt sind. In diesem Fall kommt aber ein Entzug des Vorteils der GVO in Betracht, Art. 29 Abs. 1 VO 1/2003.

*Praktische wichtigste GVO:* Vertikal-GVO (VO (EU) 2022/722). Sie stellt Vereinbarungen vom Kartellverbot frei, die zwischen Unternehmen auf verschiedenen Wirtschaftsstufen (z.B. Hersteller – Großhändler) abgeschlossen wurden.

*Weitere GVOen (Auswahl):*

- Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (VO (EU) Nr. 1217/2010, ABl. 2010 Nr. L 335, S. 36)

- Spezialisierungsvereinbarungen (VO (EU) Nr. 1218/2010, ABl. 2010 Nr. L 335, S. 43)

- Technologie-Transfer (VO (EG) Nr. 772/2004, ABlEG 2004 Nr. L 123, S. 11)

### *b) Vertikal-GVO im Besonderen*

*Anwendungsbereich:* Grundsätzlich sämtliche Vereinbarungen im Vertikalverhältnis.

Beispiele: Einkaufs-, Liefer- und Vertriebsverträge, einschließlich Handelsvertreter-, Vertragshändler und Franchiseverträge („Umbrella"- oder „Schirm"-GVO). Speziellere GVOen (insbesondere Technologietransfer-GVO) gehen aber vor.

[57] „Die zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 101 und 102 niedergelegten Grundsätze werden vom Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments beschlossen."

*Definition der „vertikalen Vereinbarung"* in Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO: „Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise, die zwischen zwei oder mehr Unternehmen, die für die Zwecke der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise jeweils auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind, geschlossen wird und die die Bedingungen betrifft, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen;"

Daraus folgen drei Voraussetzungen:[58]

(1) Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Unternehmen,

(2) Tätigkeit der beteiligten Unternehmen auf verschiedenen Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette und

(3) Bezug der Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise auf den Bezug, den Verkauf oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen.

*Definition der „vertikalen Beschränkung"* in Art. 1 Abs. 1 lit. b Vertikal-GVO: „Wettbewerbsbeschränkung in einer vertikalen Vereinbarung, die unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fällt.", siehe die Beispiele oben.

Der *Begriff* „vertikale Beschränkung" ist irreführend: Die Wettbewerbsbeschränkung wird zwar durch eine Vereinbarung im Vertikalverhältnis veranlasst, sie entsteht jedoch im horizontalen Verhältnis zwischen Konkurrenten auf einer Absatz- oder Produktionsebene, z. B. zwischen zwei Einzelhändlern, denen jeweils ein Absatzgebiet vorbehalten ist. Treffender erscheint es daher, von einer „horizontalen Beschränkung" durch eine „vertikale Vereinbarung" zu sprechen.[59]

[58] Bernhard, in MükoEUWettbR, 2023, Vertikal-GVO Art. 1 Rn. 1.
[59] Bernhard, in MükoEUWettbR, 2023, Vertikal-GVO Art. 1 Rn. 24.

*Freistellungsvoraussetzungen*

(1) Doppelte Marktanteilsschwelle (Art. 3 Vertikal-GVO): Weder der Anbieter noch der Abnehmer dürfen einen Marktanteil von über 30 Prozent haben.

(2) Keine Kernbeschränkungen („schwarze Klauseln", Art. 4 Vertikal-GVO), insbesondere:

- Festlegung des Verkaufspreises (Preisbindung der 2. Hand)

- Gebiets- und Kundenbeschränkungen: Wird Einzelhändlern im Selektivvertrieb der aktive oder passive[60] Verkauf an Endverbraucher erschwert oder untersagt, liegt gem. Art. 4 lit. c eine Kernbeschränkung vor.

*Rechtsfolge* bei Verstoß: Entfallen der Freistellung im Hinblick auf sämtliche in der vertikalen Vereinbarung enthaltenen und Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallenden, ohne die Kernbeschränkung nach Art. 2 freigestellten Wettbewerbsbeschränkungen („Alles-oder-Nichts-Prinzip")[61], keine geltungserhaltende Reduktion.

(3) Keine Wettbewerbsverbote und weitere Beschränkungen „mittlerer Schwere" (*Baron*) („graue Klauseln", Art. 5 Vertikal-GVO).

– Wettbewerbsverbote iSv Art. 1 Abs. 1 lit. f (Art. 5 Abs. 1 lit. a, Abs. 2), wobei Art. 5 Abs. 1 lit. c eine Sonderregelung für Wettbewerbsverbote im selektiven Vertrieb trifft.

– nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 5 Abs. 1 lit. b, Abs. 3).

[60] „Passiver Verkauf" ist nach der Begriffsbestimmung in den Vertikal-Leitlinien der Kommission (vom 19.5.2010, Abl. Nr. C 130 S. 1) Tz. 50 die „Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden", d. h. ohne gezielte Ansprache dieser Kunden.

[61] Ellger, in Immenga/Mestmäcker, 6. Auflage 2019, Vertikal-GVO, Art. 4 Rn. 121.

- Weite Preisparitätsklauseln zulasten von Abnehmern von Online-Vermittlungsdiensten (Art. 5 Abs. 1 Lit. b), siehe sogleich unten (c)

Die Regelungen schützen ganz überwiegend den Abnehmer.

*Rechtsfolge* im Fall eines Verstoßes: nur die betreffende Klausel, nicht die Vereinbarung als Ganzes ist nichtig (sog. „carve out"), anders die RF bei Verstößen gegen Art. 4 Vertikal-GVO (Entfallen der Freistellung für sämtliche wettbewerbsbeschränkende Klauseln in dem Vertrag).

### *c) Preisparitätsklauseln insbesondere*

Die neue Vertikal-GVO 2022 schließt in Art. 5 Abs. 1 lit. d „unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen, die einen Abnehmer von *Online-Vermittlungsdiensten* veranlassen, Waren oder Dienstleistungen Endverbrauchern nicht unter Inanspruchnahme konkurrierender Online-Vermittlungsdienste zu günstigeren Bedingungen anzubieten, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen" von der Freistellung des Art. 2 Abs. 1 aus. Nicht gruppenfreigestellt sind somit sog. *weite Paritätsvereinbarungen*.

Sog. *enge Paritätsvereinbarungen*, in denen sich Abnehmer von Online-Vermittlungsdiensten lediglich dazu verpflichten, ihre über den Online-Vermittlungsdienst angebotenen Waren oder Dienstleistungen nicht selbst günstiger anzubieten, sind demgegenüber freistellungsfähig.

*Ziel der Regelung*: Schutz der Abnehmer von Online-Vermittlungsdiensten, die sich zusätzlich zu oder anstelle von eigenen Vertriebskanälen der Online-Vermittlungsdienste Dritter bedienen, um Endverbraucher anzusprechen.

Schon bislang sind nationale Wettbewerbsbehörden[62] gegen Paritätsklauseln vorgegangen, die Praxis war uneinheitlich. Besonders streng war das Bundeskartellamt,

[62] Siehe etwa Konkurrensverket (Schweden), Beschl. v. 15.04.2015, 596/2013; Autorité de la concurrence (Frankreich), Beschl. v. 21.04.2015, 15-D-06; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Italien), Beschl. v. 21.04.2015.

das mit Billigung des BGH auch gegen enge Preisparitätsklauseln der Hotelbuchungsportale Booking.com und HRS vorgegangen war.

### *d) Handelsvertreterprivileg insbesondere*

Handelsvertreter[63] gelten als Abnehmer iSd Vertikal-GVO (Art. 1 Abs. 1 lit. k). Grundsätzlich ist das Kartellrecht auch auf Vereinbarungen zwischen Handelsvertretern und ihren Prinzipalen (den Unternehmen) anwendbar. Wenn jedoch der Handelsvertreter keine oder nur unwesentliche vertragsspezifische und auch sonst keine Risiken trägt (das ist anders beim normalen Weiterverkäufer wie etwa einem Einzelhändler, der die Ware zunächst erwerben muss), die mit marktspezifischen Investitionen oder mit den ihm vom Prinzipal übertragenen Tätigkeiten verbunden sind, ist das Kartellverbot nicht anwendbar (sog. „Handelsvertreterprivileg"). Dahinter steht der Gedanke, dass der Prinzipal zur Risikotragung auf nachgelagerter Vertriebsebene in der Regel nur bereit sein dürfte, wenn er die Geschäftsstrategie und die hiermit verbundenen Vertriebsmodalitäten wie Preis, Vertriebsgebiet etc. vorgeben kann (Handelsvertreter als „verlängerter Arm" des Unternehmens).

## 5. Dynamischer Verweis auf europäische GVO in § 2 II GWB

Er führt zu einer analogen Anwendung der europäischen GVOen und damit zu „jederzeitigem und möglichst vollständigem Gleichklang"[64] des deutschen Kartellrechts mit dem europäischen Recht betreffend wettbewerbsbeschränkende Verhaltenskoordination. Erfasst sind auch künftige GVOen, die zum Zeitpunkt des Normerlasses (§ 2 GWB) noch nicht existieren.

## 6. Wichtige Materialien

- Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (2004/C 101/08), Amtsblatt Nr. C 101/97 vom 27.4.2004.

- Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen (C(2022) 4238 final), Amtsblatt Nr. C 248/01 v. 30.6.2022

[63] § 84 Abs. 1 HGB: „Handelsvertreter ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer (Unternehmer) Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann."
[64] I/M-*Fuchs,* GWB, 5. Auflage 2014, § 2 Rz. 232.

# D. Rechtsfolgen, insbesondere Durchsetzung von Art. 101 und 102 AEUV durch private Schadensersatzklagen

## I. Überblick

Sanktionen für Verstöße gegen das Kartellverbot können

- verwaltungsrechtlicher (insbes. Abstellungsverfügungen)

- bußgeldrechtlicher

- zivilrechtlicher (insbes. Nichtigkeit, Unterlassungsanspruch, Schadensersatz)

- strafrechtlicher

Natur sein.

## II. Strafrechtliche Sanktionen

(Rechtsvergleichend *Wagner-von Papp*, WuW 2009, 1236)

§ 298 StGB: Submissionsbetrug (öffentliche und private Ausschreibungen)

§ 263 StGB: Betrug (setzt Vermögensschaden und damit Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises voraus).

§§ 299[65], 300 StGB: Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr: Verlangen oder Entgegennahme einer Leistung für unlautere Bevorzugung im Wettbewerb (begünstigter Dritter kann nach h. M. auch das Unternehmen sein) – soweit ersichtlich bislang keine Beispiele aus der Praxis.

[65] § 299 StGB lautet: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens

1. einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, […]“

Beispiel LG München II v. 3.5.2006, BeckRS 2008, 00736: Verurteilung des „Königs der Rohre“ im Fernwärmerohr-Kartell zu einer Gefängnisstrafe von zwei Jahren und 10 Monaten.[66]

Argument für eine weitergehende Kriminalisierung von Kartellverstößen: Hohe Unternehmensbußgelder schrecken die handelnden Privatpersonen nur bedingt ab. Das mag anders sein, wenn Regressansprüche der bebußten Gesellschaft drohen. Individualbußgelder kennt nur das deutsche, nicht das Unionskartellrecht.

Argumente gegen eine weitergehende Kriminalisierung: Fraglich, ob sie einem gesellschaftlichen Konsens entspricht. Praktische Bedenken betreffen die mit der Führung von Strafprozessen verbunden Mühen (hoher Standard der Verfahrens-garantien). Weiterhin bestünde das Bedürfnis der Abstimmung mit dem Bonusprogramm des Bundeskartellamts. Mögliches rechtssystematisches Problem: Kurzfreiheitsstrafen sind im deutschen Recht bislang nicht vorgesehen.

Zum Vergleich: Rechtslage in den USA:

- Durchschnittliche Dauer der Gefängnisstrafe in den Jahren 2010 – 2012 betrug 25 Monate (http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2013/criminal-program.html), die längste bislang für einen Kartellverstoß verhängte Haftstrafe 5 Jahre (U.S. v. Frank Peake, Case No. 3:11-cr-00512, U.S. Dist. Ct., DPR).

- Seit 1999 werden Haftstrafen auch gegen Ausländer verhängt (seither über 50mal), mit einer durchschnittlichen Dauer von 16 Monaten im Jahr 2012. Die ausländischen Manager treten die Haftstrafe u. a. deshalb an, um als „cooperating alien“ auch weiterhin in die USA einreisen zu können und nicht auf der Fahndungsliste von INTERPOL zu stehen.

[66] Weitere Entscheidung: LG Mannheim, Urt. v. 17.10.2013 – 23 KLs 601 Js 19057/11: Verurteilung von drei Angeklagten wegen § 298 StGB (in Tateinheit mit § 299 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten (dazu BGH, Beschluss vom 29.04.2015 – 1 StR 235/14 = NStZ-RR 2015, 278); BGH, Beschluss vom 22.06.2004 – 4 StR 428/03, BGHSt 49, 201 ff: Bestätigung einer vom LG Bielefeld verhängten Freiheitsstrafe zu zwei Jahren und sechs Monaten.

## III. Kartellverwaltungsrecht

### 1. Überblick über die verschiedenen Entscheidungsarten

- Art. 7 VO 1/2003 und § 32 GWB: Abstellungsverfügungen (evtl. Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art, ggf. auch Entflechtung)

- Art. 8 VO 1/2003 und § 32a GWB: einstweilige Maßnahmen „in dringenden Fällen" bzw., wenn eine Zuwiderhandlung „überwiegend wahrscheinlich erscheint und die einstweilige Maßnahme zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist."

  Bislang geringe praktische Bedeutung, möglicherweise aufgrund abgesenkter Voraussetzungen (10. GWB-Novelle 2021) zukünftig größer, insbesondere im Digitalbereich, wo Unternehmen und Kartellbehörde allerdings häufig mit neuen Rechtsfragen konfrontiert sind.[67]

- Art. 9 VO 1/2003 und § 32b GWB: Verpflichtungszusagen: Verbindlicherklärung von Zusagen, die Unternehmen machen, um eine Abstellungsverfügung zu vermeiden.

- Art. 10 VO 1/2003: Feststellung der Nichtanwendbarkeit (kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 bzw. Art. 102 oder Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV)

- § 32c Abs. 1 GWB: Entscheidung, gegen eine Verhaltensweise vorerst nicht tätig zu werden. Auf diese Entscheidung besteht unter bestimmten Umständen sogar ein Anspruch der Unternehmen (Abs. 4).[68]

[67] Näher *Bernhard*, in Bien u. a. (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, 2021.
[68] Näher *Klumpp/Seitz*, in Bien u. a. (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle 2021.

- § 32c Abs. 2 GWB 2021 normiert zudem das sog. Vorsitzendenschreiben als informelles Verwaltungshandeln. Es gewährt nur geringe Rechtssicherheit.

- Art. 29 VO 1/2003 und § 32d GWB: Entzug des Vorteils einer Gruppenfreistellung

## 2. Ausblick: 11. GWB-Novelle[69]

### *a) Effektivierung der Sektoruntersuchung*

§ 32f GWB-Entw.: Zukünftig soll das BKartA – nach britischem Vorbild – unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit erhalten, im Nachgang zu einer **Sektoruntersuchung** (§ 32e GWB) Unternehmen

- zu einer Anmeldung von Zusammenschlüssen verpflichten (bislang § 39a GWB 2021)

- bei erheblichen, andauernden oder wiederholten Störungen des Wettbewerbs die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art (einschließlich Entflechtung) vorzuschreiben.

### *b) Erleichterung der Vorteilsabschöpfung*

§ 34 GWB-Entw.: Verschärfung der **Vorteilsabschöpfung**, die bislang keine Anwendung in der Praxis gefunden hat:

- Vermutung, dass ein Unternehmen mit dem nachgewiesenen Kartellrechtsverstoß einen Vorteil in Höhe von 1% seiner Inlandsumsätze mit dem vom Kartellverstoß betroffenen Produkt oder der Dienstleistung erzielt hat. Vorteil: Verzicht auf ressourcenintensive ökonomische Gutachten.[70]

- Streichung des Verschuldenserfordernisses.

[69] 11. GWB-Novelle, abrufbar unter www.bmwk.de/Redaktion/DE/Meldung/2022/20220920-bmwk-legt-entwurf-zur-verscharfung-des-wettbewerbsrechts-vor.html.
[70] *Käseberg*, NZKart 2022, 539, 540.

## 3. Rückerstattungsverfügungen gemäß § 32 Abs. 2a GWB insbesondere

Vor 8. GWB-Novelle (2013): Grds. nur zwei Möglichkeiten zum Entzug kartellrechtswidriger Gewinne:

- Private Schadensersatzforderungen (§ 33a Abs. 1 GWB)
- Vorteilsabschöpfung (§§ 34, 34a GWB)

BGH, Besch. v. 10.12.2008, KVR 2/08 – Stadtwerke Uelzen, WuW/E DE-R 2538 ff.

> Wegen überhöhter Gaspreise erließ die Landeskartellbehörde Niedersachsen eine Feststellungsverfügung gemäß § 32 Abs. 3 GWB verbunden mit der Anordnung der Rückerstattung der überhöhten Gaspreisanteile an die betroffenen Verbraucher. Der BGH hob in seiner Entscheidung das Urteil des vorinstanzlich zuständigen OLG Celle wegen fehlerhafter Marktabgrenzung auf, wies in diesem Zusammenhang *obiter dictum* jedoch darauf hin, *„dass nach § 32 Abs. 2 GWB keine grundsätzlichen Bedenken dagegen bestehen, i. R. einer Abstellungsverfügung auch Maßnahmen anzuordnen, die der Beseitigung einer geschehenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung dienen. Dazu gehört die Anordnung, durch das missbräuchliche Verhalten erwirtschaftete Vorteile zurückzuerstatten (Bornkamm, in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 32 Rdn. 35).“*

Nachfolgende Entwicklung:

- Rasche Übernahme der die Stadtwerke-Uelzen-Rechtsprechung des BGH durch die Kartellbehörden, z. B. BKartA v. 16.9.2009, B 10-11/09 – Gasversorgung Ahrensburg, WuW/E DE-V 1803
- Bestätigung der eigenen Rechtsprechung in BGH v. 15.5.2012 – KVR 51/11 – Wasserpreise Calw, NJW 2012, 3243 Tz. 21
- 8. GWB-Novelle v. 30.6.2013: Einführung des neuen Absatzes 2a in § 32 GWB:
    - Klarstellung, dass Kartellbehörden die Möglichkeit haben, im Rahmen einer Abstellungsverfügung die Rückerstattung der kartellrechtswidrig erwirtschafteten Vorteile anzuordnen

- Erlass steht im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Kartellbehörde
- Höhe des der Rückerstattung zugrundeliegenden Mehrerlöses kann von der Kartellbehörde geschätzt werden, § 34 Abs. 4 GWB entsprechend
- Beschwerde gegen eine Rückerstattungsanordnung gem. § 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB 2013 entfaltet aufschiebende Wirkung. (Hintergrund: Betroffene Unternehmen hätten im Fall eines späteren Obsiegens vor Gericht nur eine geringe Chance, die gezahlten Beträge von einer Vielzahl von Empfängern zurückzuerhalten.)

- Beachte: Rückerstattung kommt auch im Falle einer Verpflichtungszusagen-entscheidung (§ 32b GWB, dazu sogleich unten) in Betracht, wenn das betroffene Unternehmen eine entsprechende Zusage anbietet.

## 4. Verpflichtungszusagenentscheidungen versus Abstellungsverfügungen

Zur Vermeidung einer Abstellungsverfügung können betroffene Unternehmen im Kartellverwaltungsverfahren Zusagen anbieten, Art. 9 VO 1/2003 bzw. § 32b GWB. Sofern diese Zusagen geeignet sind, die kartellrechtlichen Bedenken der Behörde auszuräumen, kann die Behörde unter Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens die Zusagen durch förmliche Entscheidung für verbindlich erklären. Im Unterschied zu einer Abstellungsverfügung gemäß Art. 7 VO 1/2003 bzw. § 32 GWB trifft eine Entscheidung nach Art. 9 VO 1/2003 bzw. § 32b GWB keinerlei Aussage darüber, ob ein Verstoß tatsächlich vorgelegen hat. Werden die Zusagen von den Unternehmen später nicht eingehalten, kann die Behörde dies mit einem Bußgeld oder Zwangsgeld ahnden, ohne einen Kartellverstoß nachweisen zu müssen, Art. 23 Abs. 2 S. 1 lit. c) VO 1/2003 bzw. § 81 Abs. 2 Nr. 2 a) GWB. So belegte die Kommission Microsoft am 6.3.2013 mit einer Geldbuße in Höhe von 561 Mio. EUR wegen Nichteinhaltung der Verpflichtung zur Gewährleistung einer freien Browserwahl („Internet Explorer“).

Voraussetzungen und Verfahren im Einzelnen:

- Kartellrechtliche Bedenken der Kommission bzw. des Bundeskartellamts und Einleitung eines Verfahrens nach Art. 9 VO 1/2003 bzw. § 32 GWB

  Bloße Bedenken reichen aus, umgekehrt ist aber auch nicht erforderlich, dass die Kartellbehörde einen Verstoß umfassend nachweist (summarische Prüfung).

  Eine Entscheidung nach § 32b GWB kommt grundsätzlich nicht in Betracht, wenn die Behörde beabsichtigt, im Verfahren eine Geldbuße zu erlassen (siehe Erwägungsgrund 13 zur VO 1/2003; Regierungsbegründung zur 7. GWB-Novelle, S. 34). Praktisch spielt diese Einschränkung allerdings kaum eine Rolle, da die Behörde zu jedem Zeitpunkt im Verfahren von einer Geldbuße absehen kann.

- Schriftliche Mitteilung der Bedenken gegenüber den betroffenen Unternehmen Die Mitteilung muss alle erforderlichen Angeben enthalten, die vom potentiellen Entscheidungsadressaten zur Entscheidung Verpflichtungszusagen anzubieten und zur konkreten Ausgestaltung benötigt werden.

- Angebot von Zusagen des betroffenen Unternehmens, die geeignet sind, die kartellrechtlichen Bedenken der Behörde vollständig auszuräumen

  Jede Art von Zusagen kommt in Betracht, d.h. sowohl verhaltungsbezogene als auch Zusagen struktureller Art. Die Zusagen können auch über den zulässigen Inhalt einer Abstellungsverfügung hinausgehen (EuGH, Urteil v. 29.6.2010, C-441/07 P – Alrosa, Slg. I-2010, S. 6012).

- EU-Recht: Veröffentlichung einer Kurzzusammenfassung im Amtsblatt durch Kommission

  Kommission veröffentlicht eine kurze Zusammenfassung des Falls und des wesentlichen Inhalts der betreffenden Verpflichtungszusagen im Amtsblatt. Interessierte Dritte können hierzu innerhalb einer von der Kommission bestimmten Frist (mindestens 1 Monat) Bemerkungen abgeben, Art. 27 Abs. 4 VO 1/2003.

- Verbindlicherklärung der Zusagen durch Entscheidung der Kartellbehörde, Art. 9 VO 1/2003 bzw. § 32b GWB

Entscheidung ist ein förmlicher Kartellverwaltungsakt. Begründungspflicht gem. § 61 S. 1 GWB, Möglichkeit der Befristung gem. § 32b Abs. 1 S. 3 GWB.

Rechtsschutz gegen eine Verpflichtungszusagenentscheidung:

- Beschwerde des *Adressaten* gegen eine Verpflichtungszusagenentscheidung wird überwiegend wegen widersprüchlichen Verhaltens ausgeschlossen.
  Z. T. wird dem entgegengehalten, dass Verpflichtungszusagenentscheidungen tatsächlich nicht freiwillig, sondern unter dem Druck einer drohenden Abstellungsverfügung abgegeben werden. Außerdem haben Verpflichtungszusgenentscheidungen oft eine deutlich belastende Wirkung.

- *Drittbeschwerde*: Beschwerdemöglichkeit für am vorangegangenen Kartellverfahren *Beteiligte* gem. § 63 Abs. 2, 3 GWB, wenn tatsächliche oder rechtliche Betroffenheit durch Zusage; Voraussetzungen im Einzelnen noch weitgehend ungeklärt; auf europäischer Ebene sind die Voraussetzungen in der allgemeinen Vorschrift kommt Art. 263 Abs. 4 AEUV geregelt (Bsp.: EuG, 11.7.2007, Rs. T 170/06 – Alrosa).

Vorteile und Nachteile einer Zusagenentscheidung:

- Vorteile

  - Verfahrensökonomie: Deutlich geringerer Aufwand für die Kartellbehörde, da kein Verstoß nachgewiesen muss. Daher bedeutend schnellerer Abschluss des Verfahrens.

  - Schonung von Ressourcen bei der Behörde und bei den betroffenen Unternehmen

  - Geringerer Reputationsschaden für beteiligte Unternehmen

  - Schnellere Abhilfe bei wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen (kürzeres Verfahren, praktisch keine Rechtsschutzmöglichkeiten)

- Nachteile

  - Geringere Rechtssicherheit (keine Aussage zur Frage der Kartellrechtswidrigkeit des Verhaltens des betroffenen Unternehmens).

  - Erschwerung von privaten Schadensersatzklagen (mangels Feststellung eines Kartellverstoßes keine Bindungswirkung nach § 33b GWB) Dennoch ergehen Verpflichtungszusagen nicht selten auch in klaren Fällen, in denen ein Verstoß mit hoher Wahrscheinlichkeit oder sogar sicher vorliegt (z.B. BKartA v. 22.1.2015, B 3-164/14 – Soda Stream, WuW DE-R S. 4764)

    → Risiko: keine Kompensation für Kartellopfer

    → Risiko: keine Abschöpfung illegaler Gewinne

  - Missbrauchspotential für Behörden (praktisch unbegrenzte Möglichkeiten für die Behörde nach Alrosa-Rechtsprechung des EuGH, Erpressungspotential)

  - Geringere Abschreckungswirkung als Abstellungsverfügung oder gar Bußgeldentscheidung

## IV. Bußgeldrecht

Trotz zunehmender Angleichung (u. a. aufgrund Umsetzung der sog. ECN+-RiLi in das deutsche Recht im Rahmen der 10. GWB-Novelle 2021) unterscheiden sich das unionale und das deutsche Bußgeldrecht weiterhin grundlegend von einander. Während das europäische Kartellbußgeldrecht auf die effektive Verfolgung und Sanktionierung von *Unternehmen* ausgerichtet ist, basiert der deutsche ordnungswidrigkeitenrechtliche Ansatz auf der Annahme einer Verantwortlichkeit *natürlicher Personen*, deren

Handlungen juristischen Personen und Personenvereinigungen zugerechnet werden, die aber auch selbst mit Bußgeldern belegt werden können.[71]

## 1. Unionskartellrecht

Rechtsgrundlage: Art. 23 VO 1/2003

- Telos: Spezial- und Generalprävention

- Bußgelder nur gegen Unternehmen, nicht gegen natürliche Personen (anders: GWB)

- Unterscheide zwischen Verstößen gegen bloße Verfahrensvorschriften (Art. 23 Abs. 1: maximal 1 % des Konzernumsatzes) einerseits und Verstößen gegen materielles Kartellrecht und behördliche Verfügungen (Art. 23 Abs. 2 VO: maximal 10 % Konzernumsatz)

- Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 insbesondere:

  - Kommission betrachtet 10 %-Grenze als bloße „Kappungsgrenze“ (siehe noch unten b) Deutsches Kartellrecht)

  - Höhe hängt von Schwere u. Dauer der Zuwiderhandlung ab (Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003)

  - Details geregelt in Bußgeldleitlinien der Kommission 2006 (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210/2).

  - Formel: „bis zu 30 Prozent des kartellbefangenen Umsatzes“ x Anzahl Jahre, außerdem noch gewisse Zu- und Abschläge

[71] *Kallfaß*, in Bien u. a. (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, 2021, Die Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden, Rn. 4.

## 2. Deutsches Kartellrecht

Deutsches Bußgeldverfahren ist geregelt in §§ 81 ff. GWB. Möglich sind neben Bußgeldern gegen Unternehmen auch solche gegen natürliche Personen (vgl. §§ 81 und 81a, 81h GWB 2021).

- Manager als Bußgeldadressaten: Zurechnung der Unternehmenseigenschaft seines Unternehmens

*§ 9 OWiG (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)*

*(1) Handelt jemand*

*1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,*

*2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder*

*3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen,*

*so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Möglichkeit der Ahndung begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.*

- Außerdem (mangels eigener Tatbeteiligung) über § 130 OWiG: Bußgeld gegen Manager wegen Verletzung einer Aufsichtspflicht (insbesondere fehlende Compliance-Maßnahmen)

- Unternehmen als Bußgeldadressat (nachdem gemäß §§ 9 und 130 OWiG Verantwortlichkeit eines Unternehmensrepräsentanten festgestellt wurde):

*§ 30 OWiG (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)*

*(1) Hat jemand*

*1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,*

*2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,*

*3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,*

*4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder*

*5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört, eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden.*

*(2) Die Geldbuße beträgt*

*1. im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu zehn Millionen Euro,*

*2. im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünf Millionen Euro.*

*[…]*

- *Bußgeldhöhe* gemäß § 81c Abs. 1 und 2 GWB: entweder fester Geldbußenrahmen (bis 1 Mio. EUR) oder – bei schweren Verstößen von Unternehmen darüber hinaus bis zu 10 Prozent des Konzernumsatzes (BGH, Urt. Grauzementkartell: Obergrenze, nicht Kappungsgrenze). Bis 2005 war Obergrenze der dreifache Mehrerlös.

Bemessungsfaktoren sind gemäß § 81d Abs. 1 GWB:

„1. die Art und das Ausmaß der Zuwiderhandlung, insbesondere die Größenordnung der mit der Zuwiderhandlung in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang stehenden Umsätze,

2. die Bedeutung der von der Zuwiderhandlung betroffenen Produkte und Dienstleistungen,

3. die Art der Ausführung der Zuwiderhandlung,

4. vorausgegangene Zuwiderhandlungen des Unternehmens sowie vor der Zuwiderhandlung getroffene, angemessene und wirksame Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen und

5. das Bemühen des Unternehmens, die Zuwiderhandlung aufzudecken und den Schaden wiedergutzumachen sowie nach der Zuwiderhandlung getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen."

In der Praxis kommt den (novellierten) *Bußgeldleitlinien* des Bundeskartellamts vom 11.10.2021 große Bedeutung zu (Grundlage: § 81d Abs. 4 GWB): Bedeutung kommt dem *tatbezogenen Umsatz* und dem *Gesamtumsatz* des Unternehmens zu. Auf dieser Grundlage wird ein sog. *Ausgangswert* bestimmt. Sodann werden alle *erschwerenden oder mildernden Umstände* im Rahmen einer umfassenden Gesamtabwägung berücksichtigt.

- *Bonusprogramm* (syn.: Kronzeugenprogramm; leniency) des Bundeskartellamts: Möglichkeit für Kartellanten, als sog. Kronzeuge durch Kooperation mit Kartellbehörde vollständigen (erster Kronzeuge) oder teilweisen Erlass des Bußgelds (nachfolgende Kronzeugen) zu erlangen. Problem: grundsätzlich kein Schutz gegenüber privaten Schadensersatzklägern (siehe aber zu gewissen Erleichterungen sogleich unten). Einzelheiten in §§ 81h ff. GWB

- *Verfahren:* Kartellbehörde erlässt Bußgeldbescheid (Zuständigkeit gemäß § 82 GWB); dagegen ist Einspruch möglich; danach gerichtliches Verfahren vor dem zuständigen OLG (bei Bundeskartellamt: OLG Düsseldorf); Bußgeldbescheid hat jetzt „praktisch nur noch Funktion einer Anklageschrift"[72]*;* idR Hauptverhandlung nach den Vorschriften der StPO mit Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde; gegen Urteil des OLG ist Rechtsbeschwerde zum BGH zulässig.

Der Bußgeldbescheid hat nach allgemeiner Auffassung die Rechtsnatur eines Verwaltungsakts, in dem die Behörde dem Betroffenen gewissermaßen das „Angebot" unterbreitet, die Beschuldigung anzuerkennen

[72] BeckOK KartellR/*Heinichen*, 2. Ed. 15.7.2021, GWB § 83 Rn. 30, 31. Siehe schon *Bechtold*, GWB, 8. Auflage 2015, vor § 81 Rn. 6.

und die Geldbuße anzunehmen.[73] Im Fall der Unterwerfung unter den Spruch wird der Bußgeldbescheid rechtskräftig. Alternativ möglich ist der Einspruch gegen den Bußgeldbescheid. In diesem Fall hat das Gericht (OLG Düsseldorf) in der Sache völlig neu (Tatsachen- und Rechtsfragen) zu entscheiden. An Ende der häufig viele Verhandlungstage dauernden Beweisaufnahme kann auch die „Verböserung" des ursprünglich vom Bundeskartellamt festgesetzten Bußgeldbescheids stehen.[74]

- Zur Schließung der sog. *„Wurstlücke"* im Rahmen der 9. GWB-Novelle

Nach früherem deutschem Kartellbußgeldrecht (bis Juni 2017) erlaubten bestimmte Formen der *Umstrukturierung* es findigen Bußgeldadressaten, einer Bußgeldhaftung zu entgehen. Zwar erlaubt § 30 Abs. 2a OWiG es, die Buße in den meisten Fällen der Gesamtrechtsnachfolge auch gegen den Rechtsnachfolger zu verhängen. Nicht erfasst war allerdings der Fall der Einzelrechtsnachfolge. In Betracht kam die Übertragung einzelner Gegenstände, die den Gesamtbetrieb ausmachen, aufgrund einzelner sachenrechtlicher Geschäfte etwa auf eine Schwestergesellschaft (*asset deal* anstelle eines *share deal*). Unter Umständen verbleibt am Ende nur noch die – letztlich wertlose – Geschäftshülle, in die praktisch nicht vollstreckt werden kann.[75] Diese Variante hat der führende deutsche Wurstkonzern, die zur-Mühlen-Gruppe, im Hinblick auf seine beiden Töchter Böklunder und Könecke gewählt.[76]

Die genannten Möglichkeiten bestehen auf der Ebene des Unionsrechts nicht. Die Kommission wendet hier – mit Billigung des EuGH[77] – den Begriff der „wirtschaftlichen Einheit" so flexibel an, dass sie praktisch alle Umstrukturierungsfälle erfassen kann.

## V. Die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

### 1. Bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten vor den Zivilgerichten

- *Landgericht*, ausschließliche Zuständigkeit (§§ 87, 95 GWB)
    - Spezielle Kartellgerichte (§ 89 GWB), z. B.
        - Baden-Württemberg: LG Stuttgart und LG Mannheim;
        - Bayern: LG München I und LG Nürnberg-Fürth

[73] *Kurz*, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl. 2018, § 65 Rn. 8.
[74] Siehe die Kontroverse zwischen *Ost/Breuer*, NZKart 2019, 119, einerseits und *Mäger*, NZKart 2019, 361, andererseits.
[75] Näher *Ost*, in Bien, Das neue deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle, 2013, S. 335 ff.
[76] *Schumacher/Brück*, Sünder schlägt Fahnder: Wurstkönig Tönnies trickst das Kartellamt aus, WirtschaftsWoche vom 3.2.2015.
[77] EuGH, Urteil vom 18.12.2014 – C-434/13 P, NZKart 2015, 189 = WuW/E EU-R 3258 – Kommission/Parker Hannifin; EuG, Urteil v. 11.3.1999 – T-134/94, Slg. 1999, II-239, Rn. 33 ff. – NMH Stahlwerke.

    - Hessen: LG Frankfurt und LG Kassel
    - Niedersachen: LG Hannover
    - NRW: LG Düsseldorf und LG Köln
  - Kammer für Handelssachen, für SE-Klagen nicht (mehr) wählbar, § 95 Abs. 1 Nr. 2 GVG

- *Oberlandesgericht*
  - Kartellsenate, § 91 GWB (§ 92 GWB gilt nur für Kartellverwaltungs- und bußgeldsachen)

- *Bundesgerichtshof* (Kartellsenat, § 94 Abs. 3 GWB)

## 2. Verhältnis zwischen behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen im Überblick

- Große Bedeutung von Follow-on-Klagen
- Kronzeugenanträge helfen bei der Aufdeckung von Kartellen, sind daher auch für private Kartellschadensersatzkläger von Bedeutung
  - Problem I: Akteneinsicht in Kronzeugenanträge?
  - Problem II: Haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen?
- Behördliche Rückerstattungsanordnung (§ 32 Abs. 2a GWB 2013)
- Verpflichtungszusagen (Art. 9 VO 1/2003, § 32b GWB)
- Gewinnabschöpfung (§ 34 GWB), Anrechnung von Schadensersatzleistungen
- Berücksichtigung von Wiedergutmachungsanstrengungen bei der Bußgeldbemessung

## 3. Zusammenarbeit der Gerichte

*... mit BKartA und Landeskartellbehörden (§ 90 GWB)*

- Gericht hat Kartellbehörde über Kartellzivilstreitigkeiten zu unterrichten.
- Gericht hat Kartellbehörde auf Verlangen Abschriften zu übersenden.

- Amicus Curiae-Rolle der Kartellbehörden, einschließlich Stellungnahme- und Fragerecht.

*... mit EU-Kommission (Art. 15 VO 1/2003 und § 90a GWB):*

- Gericht hat Kommission (nur) Entscheidung zuzusenden.
- Information der Kommission über Verfahren erfolgt ggf. durch BKartA.
- Kommission hat Recht (nur) zur schriftlichen Stellungnahme.
- Gericht hat Kommission auf Verlangen Abschriften zu übersenden.
- Gericht kann Kommission um Informationen und Stellungnahme bitten.

## 4. Rechtspolitische Diskussion

***(1) Vorteile der behördlichen Durchsetzung:***

*(a)* *Hoheitsgewalt der Behörde* erleichtert Ermittlung und Sanktionierung von Verstößen (insbesondere Sektoruntersuchung, Art. 17 VO 1/2003 bzw. § 32e GWB und allgemeine Ermittlungsbefugnisse einschließlich Beschlagnahmen und Hausdurchsuchungen gemäß Art. 18 ff. VO 1/2003 bzw. 57 ff. GWB).

*(b)* *Spezialisierung der Beamten* ist kostengünstiger als private Durchsetzung. Besondere Marktkenntnis privater Dritter kann durch ihre Einbindung in das Verwaltungsverfahren (Anhörung gemäß Art. 27 Abs. 3 VO 1/2003 bzw. Beiladung gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB) nutzbar gemacht werden.

*(c)* *Unabhängige Behörde verfolgt keine Privatinteressen.* Umgekehrt besteht bei privater Rechtsdurchsetzung die Gefahr eines missbräuchlichen Einsatzes der Rechtsschutzinstrumente.

***(2) Vorteile der privaten Durchsetzung***

*(a)* *Bessere Marktkenntnis* der betroffenen Unternehmen.

*(b)* Behördliche Durchsetzung vernachlässigt (von Ausnahmen abgesehen) den *Kompensationsgedanken.*

## 5. Defensiver und offensiver Einsatz des Kartellrechts

Unterscheide:

(1) Defensiver Einsatz des Privatrechts: Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen („Schild“)

Geltendmachung des Nichtigkeitseinwands in Zivilprozess (verstärkt „Fliehkräfte innerhalb des Kartells“, *Möschel*).

Angeordnet in Art. 101 Abs. 2 AEUV (siehe auch § 1 GWB iVm § 134 BGB).

Nichtigkeitsfolge betrifft nur kartellrechtswidrigen Vertrag bzw. Vertragsteil, nicht aber sog. Folgeverträge, z. B. zwischen Kartellanten und unbeteiligten Dritten (ganz h. M.).

(2) Offensiver Einsatz des Privatrechts („Schwert“)

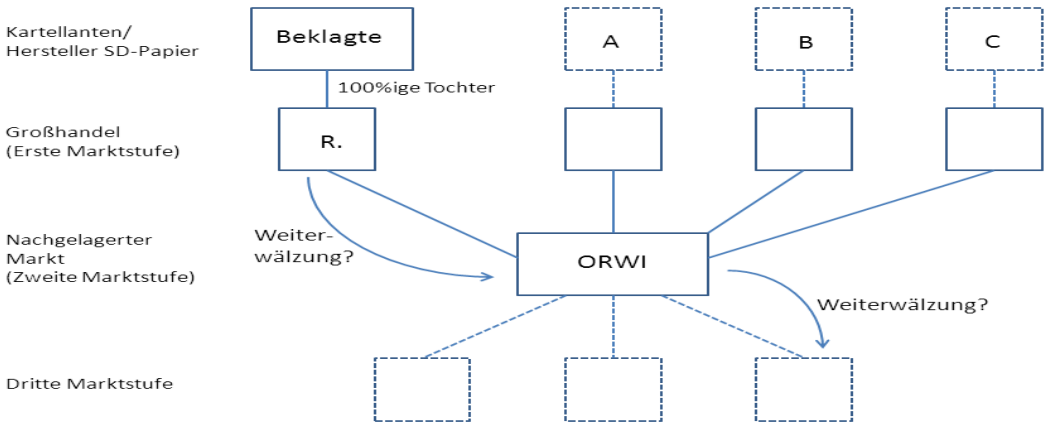
- *Unterlassungsanspruch*, § 33 Abs. 1 GWB
  - verschuldensunabhängig,
  - auf Zukunft ausgerichtet (Wiederholungsgefahr)
  - Anwendung: Unterlassung einer Liefersperre im Fall der § 19 Abs. 2 Nr. 1 und 20 Abs. 1 GWB (dazu sogleich näher)

- *Beseitigungsanspruch*, § 33 Abs. 1 GWB
  - verschuldensunabhängig,
  - gerichtet auf Beseitigung einer fortbestehenden rechtswidrigen Störung
  - Anwendung:
    - Rückzahlung einer vorenthaltenen Vergütung (Stromeinspeisungsfälle)
    - Auch Rückerstattung von kartellrechtswidrig erhöhten Preisen?

- *Schadensersatzanspruch*, § 33a GWB (Einzelheiten sogleich)
  - verschuldensabhängig,
  - Umfang:

- Rückzahlung der Preisüberhöhung („damnum emergens“),
  - Problem: Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises
- Entgangener Gewinn (Nachfragerückgang, „lucrum cessans“) – in D praktisch bedeutungslos

- *Bereicherungsausgleich nach Anfechtung,* § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB
  - Voraussetzungen:
    - Anfechtbarkeit des Folgevertrags wegen arglistiger Täuschung?
      - Rspr.: Ausschreibungsfälle
      - Vorbeugend empfiehlt sich evtl. Compliance-Klausel
    - Greift Bindungswirkung gemäß § 33b GWB?
    - Anspruchssteller und Anspruchsgegner:
      - Anspruch nur der direkten, nicht der indirekten Abnehmer und
      - auch nur gegen eigenen Vertragspartner, nicht gegen übrige Kartellanten




- Rechtsfolgen der Anfechtung (nur für Spezialisten):

- Kartellant hat (überhöhten) Kaufpreis vollständig zurückzuerstatten, Entreicherungseinwand (§ 818 Abs. 3 BGB) scheitert an Bösgläubigkeit (§ 819 Abs. 1 BGB) des Kartellanten
- Soweit Kaufsache weiterveräußert oder verarbeitet, hat anfechtender Abnehmer Wertersatz i.H.d. hypothetischen Marktpreises zu leisten (§ 818 Abs. 2 BGB).
- Beweislast für hypothetischen Marktpreis trägt Kartellant.
- Es greift Zweikondiktionentheorie, Saldotheorie ist wegen Bösgläubigkeit des Kartellanten nicht anwendbar.

## 6. Private Enforcement of Competition Law: Vorbild USA?

Verschiedene Besonderheiten des US-amerikanischen Zivil(prozess)rechts erleichtern den privaten Rechtsschutz im Kartellrecht erheblich:

(1) *Notice pleading* senkt die Anforderungen an die Substantiierung der Klage; *pretrial discovery procedure* erleichtert es den Klägern, an Beweise zu gelangen. Der Beklagte ist verpflichtet, bestimmte Geschäftsgeheimnissen vor Beginn des eigentlichen Gerichtsverfahrens offenzulegen.

(2) Kartellverstöße werden mit *treble damages* (dreifacher Schadensersatz) sanktioniert (Section 4 Clayton Act, 15 U.S.Code § 15).

(3) *Erfolgshonorare für Anwälte* (vgl. jetzt § 4a RVG) vermindern das Kostenrisiko für den Kläger.

(4) *Class Actions (opt out-Modell)* erlauben die effektive Geltendmachung von Streuschäden.

(5) Die Anwendung der *American Rule* hat zur Folge, dass der zu Unrecht Beklagte seine (häufig sehr erheblichen) Rechtsverteidigungskosten selbst zu tragen hat.[78] Darin liegt ein großer Anreiz für den Beklagten, sich frühzeitig im Vergleichswege zu einigen.

## E. Im Besonderen: Private Schadensersatzklagen wegen Verstößen gegen das europäische Kartellrecht

### I. Anspruchsgrundlage

Bei Verstoß gegen europäisches (oder deutsches) Kartellrecht ist § 33a Abs. 1 GWB Anspruchsgrundlage (lex specialis zu § 823 II BGB). Im Verhältnis der Vertragsparteien ebenfalls in Betracht kommt § 280 Abs. 1 BGB. Eine im Unionsrecht wurzelnde Anspruchsgrundlage existiert nicht.

§ 33a GWB: „(1) Wer einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

### II. Anspruchsberechtigung

#### 1. Grundsatz

*Anspruchsberechtigt* ist gemäß § 33 Abs. 3 GWB jeder, der „als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist". Darunter fällt insbesondere auch die Marktgegenseite (etwa Abnehmer und Lieferanten als Opfer eines Anbieter- bzw. Nachfragerkartells).

[78] Die sog. American Rule wird zwar in Section 4 (a) Clayton Act durch eine spezielle kartellzivilprozessuale Regelung verdrängt. Danach erhält die obsiegende Partei ihre Kosten von der anderen Partei erstattet. Die Kostenerstattungsregelung wirkt jedoch einseitig. Für den beklagten vermeintlichen Kartellanten verbleibt es auch im Fall seines Obsiegens dabei: Er trägt seine Kosten selbst.

## 2. Indirekte Abnehmer

Die Aktivlegitimation indirekter Abnehmer, auf die der Kartellaufschlag „weitergewälzt“ wurde, war lange Zeit umstritten.

Rechtspolitische Diskussion:

- Argumente contra Aktivlegitimation indirekter Geschädigter:

  - Zahl der möglichen Anspruchsberechtigten würde vervielfacht. So bestünde die Gefahr einer unverhältnismäßigen Inanspruchnahme des Schädigers (BGH, Urt. v. 28.6.2011 - KZR 75/10 - ORWI, Rn. 27).

  - Bei gleichzeitiger Verweigerung des Abwälzungseinwands (passing on defense, s. u.) wird die Schadensberechnung praktikabler.

  - Es entspricht dem Präventionsgedanken des Kartellrechts „die Schadensersatzansprüche beim Direktabnehmer zu konzentrieren, der den besten Zugang zu den für die Substantiierung der Klage erforderlichen Informationen habe und am ehesten das verbotene Verhalten und die Höhe von Preisaufschlägen beweisen könne.“ (vgl. BGH, ORWI, Rz. 28)

- Argumente pro Aktivlegitimation indirekter Geschädigter:

  - Die schädlichen Wirkungen eines Kartells bleiben häufig nicht auf die unmittelbare Marktgegenseite beschränkt.“ (BGH, ORWI, Rn. 26)

  - „Indirekte Abnehmer generell von der Anspruchsberechtigung auszunehmen hätte zur Folge, gerade jenen Ansprüche zu verwehren, die häufig in erster Linie durch Kartelle oder verbotene Verhaltensweisen geschädigt werden.“ (BGH, ORWI, Rz. 26)

  - Eine unzumutbare Inanspruchnahme kann über die Grundsätze der Vorteilsausgleichung bei den einzelnen Geschädigten vermieden werden, wenn die unmittelbar Geschädigten die Preiserhöhung tatsächlich an die mittelbar Geschädigten weitergeben konnten (BGH, ORWI, Rn. 27); denkbar ist ein Innenausgleich zwischen den Geschädigten. (BGH, ORWI, Rn. 22).

  - „Angesichts der Bedeutung des Kartellverbots für die Wirtschaftsordnung ist es geboten, denjenigen gesetzestreuen Marktteilnehmern deliktsrechtlichen Schutz zu gewähren, auf deren Kosten ein kartellrechtlich verbotenes Verhalten praktiziert wird.“ (BGH, ORWI, Rn. 25)

- „Einem Geschädigten darf ein Schadensersatzanspruch nicht von vornherein mit der Begründung verwehrt werden, dass ein Nachweis seiner Voraussetzungen Schwierigkeiten bereitet.“ (BGH, ORWI, Rn. 27)

- „Nicht selten werden die direkten Abnehmer wenig oder kein Interesse haben, Schadensersatz von ihren kartellangehörigen Lieferanten zu verlangen“ (Rn. 30) (langjährige Geschäftsbeziehungen; eigene wirtschaftliche Vorteile etc. vgl. BGH, ORWI, Rn. 33)

Der US Supreme Court hat im Fall *Illinois Brick* (9.6.1977) die Klagebefugnis indirekter Abnehmer verneint.

Demgegenüber hat der BGH schon in seinem Grundsatzurteil ORWI (28.6.2011 - KZR 75/10) klargestellt, dass auch indirekte Abnehmer anspruchsberechtigt sind:

„[Es] können sich auch indirekte Abnehmer auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 101 AEUV berufen, wenn sie durch das kartellrechtswidrige Verhalten einen Schaden erlitten haben.“ (Tz. 40, 1. Leitsatz).

Entsprechend lautet auch Art. 12 Abs. 1 SE-RiLi:

„Damit das Recht auf vollständigen Schadensersatz nach Artikel 3 uneingeschränkt geltend gemacht werden kann, gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass gemäß den Vorschriften dieses Kapitels **jeder Geschädigte unabhängig davon, ob er unmittelbarer oder mittelbarer Abnehmer** eines Rechtsverletzers ist, Schadensersatz verlangen kann, […]“

§ 33c Abs. 2 GWB:

## Vermutung der Schadensabwälzung

„(2) Dem Grunde nach wird zugunsten eines mittelbaren Abnehmers vermutet, dass der Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde, wenn

1. der Rechtsverletzer einen Verstoß gegen § 1 oder 19 oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union begangen hat,
2. der Verstoß einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer des Rechtsverletzers zur Folge hatte und
3. der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die

    a) Gegenstand des Verstoßes waren,
    b) aus Waren oder Dienstleistungen hervorgegangen sind, die Gegenstand des Verstoßes waren, oder
    c) Waren oder Dienstleistungen enthalten haben, die Gegenstand des Verstoßes waren.

(3) Die Vermutung einer Schadensabwälzung nach Absatz 2 findet keine Anwendung, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Preisaufschlag nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde.

(4) Die Absätze 1 bis 3 finden entsprechende Anwendung für den Fall, dass der Verstoß gegen § 1 oder 19 oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union die Belieferung des Rechtsverletzers betrifft.

(5) Bei der Entscheidung über den Umfang der Schadensabwälzung findet § 287 der Zivilprozessordnung entsprechende Anwendung"

## 3. Umbrella Pricing

Auch wer zu überhöhten Preisen Verträge mit einem Kartellaußenseiter geschlossen hat, der „im Windschatten" des Kartellpreisniveaus gesegelt ist, kann – Kausalität vorausgesetzt – von den Kartellanten Schadensersatz verlangen (sog. *umbrella-plaintiff*). Siehe dazu EuGH, 4. Juni 2014, Rs. C-557/12 – *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317.

## 4. Sonstige Geschädigte (nicht auf dem vom Kartell betroffenen Markt tätig)

EuGH, Urt. v. 12.12.2019 - C-435/18 - *Otis*: Auch öffentliche Subventionsgeber (hier: Bundesland Oberösterreich), die für kartellierte Waren oder Dienstleistungen (hier: Aufzüge, Rolltreppen) eine möglicherweise überhöhte Subvention gewähren, sind aktivlegitimiert.[79]

## 5. Verbandsklagen

Rechtsfähige *Verbände* zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen (§ 33 Abs. 2 Nr. 1) sowie Verbraucherverbände (§ 33 Abs. 2 Nr. 2) können zwar auf Unterlassung und Beseitigung, nicht aber auf Schadensersatz klagen. Mindestens theoretisch möglich wäre aber die Geltendmachung eines auf Zahlung gerichteten Beseitigungsanspruchs zugunsten der von ihnen vertretenen Unternehmen

[79] Voraussetzung für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch ist, dass das klagende Land vor dem staatlichen Gericht den Beweis führen kann, dass es den Differenzbetrag für andere gewinnbringende Zwecke hätte verwenden können.

oder Verbraucher.[80] Sie haben zudem den – praktisch irrelevanten – subsidiären Anspruch auf *Abschöpfung* des Kartellgewinns zugunsten des Bundeshaushalts (!), § 34a GWB („Vorteilsabschöpfung“).

## III. Passivlegitimation

### 1. Grundsatz: Gesamtschuldnerische Haftung

Unbestritten haften die Kartellanten grundsätzlich gesamtschuldnerisch (jeder auf den vollen Schaden, nach Wahl des Klägers)

BGH, Urt. v. 28.6.2011 – KZR 75/10 – ORWI:

„Da es sich bei der Verabredung und Durchführung eines Kartells um eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung handelt, haften alle Kartellteilnehmer nach §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner.“ (Rn. 80)

Art. 11 Abs. 1 SE-RiLi:

„Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass Unternehmen, die durch gemeinschaftliches Handeln gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen haben, gesamtschuldnerisch für den durch diese Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden haften, mit der Wirkung, dass jedes dieser Unternehmen zum vollständigen Ersatz des Schadens verpflichtet ist, und der Geschädigte das Recht hat, von jedem von ihnen vollständigen Schadensersatz zu verlangen, bis der Schaden vollständig ersetzt ist.“

### 2. Haftungsrechtliche Privilegierung von Kronzeugen

Kronzeugen iSd Art. 2 Nr. 19 der Richtlinie (vollständiger Erlass der Geldbuße) werden haftungsrechtlich insofern privilegiert, als sie primär nur ihren eigenen Abnehmern und deren Abnehmern haften.

Art. 11 Abs. 4 SE-RiLi

„Abweichend von Absatz 1 gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass ein Kronzeuge gesamtschuldnerisch haftbar ist

[80] Näher *Bien*, in *ders.* (Hrsg.), Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle, 2013, S. 329, 336 ff.; *ders.*, in ZWeR; 2013, 448, 450 ff.

a) gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten und
b) gegenüber anderen Geschädigten nur dann, wenn von den anderen Unternehmen, die an derselben Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beteiligt waren, kein vollständiger Schadensersatz erlangt werden kann."

§ 33e GWB

Kronzeuge

„(1) Abweichend von § 33a Absatz 1 ist ein an einem Kartell beteiligtes Unternehmen oder eine an dem Kartell beteiligte natürliche Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der seinen oder ihren unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten aus dem Verstoß entsteht. Anderen Geschädigten ist der Kronzeuge nur zum Ersatz des aus dem Verstoß gemäß § 33a Absatz 1 entstehenden Schadens verpflichtet, wenn sie von den übrigen Rechtsverletzern keinen vollständigen Ersatz erlangen konnten.

(2) In Fällen nach Absatz 1 Satz 2 ist der Kronzeuge nicht zum Ersatz des Schadens verpflichtet, soweit die Schadensersatzansprüche gegen die übrigen Rechtsverletzer bereits verjährt sind.

(3) Die übrigen Rechtsverletzer können von dem Kronzeugen Ausgleichung nach § 33d Absatz 2 nur bis zur Höhe des Schadens verlangen, den dieser seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat. Diese Beschränkung gilt nicht für die Ausgleichung von Schäden, die anderen als den unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten der an dem Kartell beteiligten Unternehmen aus dem Verstoß entstehen."

## 3. Haftung auch der Konzernmutter?

Umstritten ist, ob die Umsetzung der RiLi den deutschen Gesetzgeber dazu zwingt, das im Unionsbußgeldrecht anerkannte Institut der Haftung auch der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer (100prozentigen) Tochtergesellschaft aufgrund „wirtschaftlicher Einheit" (siehe oben) auch ins Kartelldeliktsrecht zu übernehmen. Bislang hat die deutsche Rechtsprechung dieses Konzept weder im Kartellbußgeld- noch im Kartellzivilrecht nachvollzogen.[81]

Art. 1 SE-RiLi:

[81] Im Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle lässt der Gesetzgeber diese Frage offen. Kritisch *Petrasincu,* WuW 2016, S. 330, 331.

„[Telos der Richtlinie ist es] zu gewährleisten, dass jeder, der einen durch eine Zuwiderhandlung eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, das Recht, den vollständigen Ersatz dieses Schadens von diesem **Unternehmen** oder dieser Unternehmensvereinigung zu verlangen, wirksam geltend machen kann."

In der 9. GWB-Novelle findet sich in keine Regelung, die das Konzept der wirtschaftlichen Einheit auf das Kartellschadensersatzrecht erstrecken würde.

In dem (im Hinblick auf den Sachverhalt recht speziellen) finnischen Vorlageverfahren **Skanska**[82] hat der EuGH die Anwendung des im Bußgeldrecht anerkannten Grundsatzes der wirtschaftlichen Kontinuität auf das Kartelldeliktsrecht übertragen. Danach führt eine Unternehmensumstrukturierung, die den Untergang der für den Kartellrechtsverstoß verantwortlichen Einheit zur Folge hat, weder zur Befreiung von der bußgeldrechtlichen noch (hier relevant) von der Haftung für Schadensersatz. Viele Autoren verallgemeinern das Urteil dahingehend, dass nunmehr (untermittelbar aus Art. 101 AEUV) eine Anwendung des Konzepts der wirtschaftlichen Einheit auch im Kartelldeliktsrecht folgt.

## IV. Bindungswirkung von Behördenentscheidungen gemäß § 33b GWB

### 1. Historische Vorbilder

- EuGH, Urteile Delimitis (28.2.1991- C-234/89, Slg. 1991, I-935) und v. a. Masterfoods (14.12.2000 - C-344/98, Slg. 2000, I-11369): Nationales Gericht darf „keine Entscheidung [zu Art. 101 und 102 AEUV] erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderläuft, selbst wenn Letztere im Widerspruch zu der Entscheidung eines erstinstanzlichen nationalen Gerichts steht." Ggf. ist Verfahren auszusetzen oder Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof zu richten.

- Art. 16 VO 1/2003

[82] EuGH, Urt. v. 14.3.2019 – C-724/17.

- Zu vermeiden ist Widerspruch nicht nur zu erlassenen (Abs. 1 S. 1), sondern auch zu lediglich beabsichtigten Entscheidungen (Abs. 1 S. 2).
- Bindung nicht nur der nationalen Gerichte, sondern auch der nationalen Behörden (Abs. 2).

## 2. US-Recht

Vgl. Section 5 (a) Clayton Act (15 U.S. Code § 16 – Judgments)

> *"A **final judgment or decree** heretofore or hereafter rendered in any civil or criminal proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that a defendant has violated said laws shall be **prima facie evidence** against such defendant in any action or proceeding brought by any other party against such defendant under said laws as to all matters respecting which said judgment or decree would be an estoppel as between the parties thereto [...]."*

- Abschließenden Gerichtsentscheidungen in einem behördlichen Zivil- oder Strafverfahren kommt die Bedeutung eines **prima facie-Beweises** zu.
- Er richtet sich gegen diejenige Partei, gegen die die Entscheidung in dem vorangegangenen Zivil- oder Strafverfahren erlasst wurde.

## 3. EU-Richtlinie

Die SE-Richtlinie (Art. 9) verpflichtet seit Ende 2016 alle Mitgliedsstaaten, eine dem ehemaligen § 33 Abs. 4 GWB 2005 (jetzt § 33b GWB) ähnliche Regelung einzuführen.
§ 33b GWB

Bindungswirkung von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde

„Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union Schadensersatz gefordert, so ist das Gericht 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. Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen

Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 ergangen sind. Diese Verpflichtung gilt unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union."

## 4. Anwendungsbereich von § 33b GWB (sachlich):

- Schadensersatzklagen (Wortlaut)
- Vorteilsabschöpfung durch Verbände, § 34a Abs. 5 GWB, nicht Behörde?
- Beseitigungs- und Unterlassungsklagen?
- Anfechtung von Folgeverträgen?
- Geltendmachung des Nichtigkeitseinwands?

## 5. § 33b GWB: Behörden- oder Gerichtsentscheidung als Voraussetzung

- Bestandskraft erforderlich. Soweit Entscheidung des Rechtsmittelgerichts von Behördenentscheidung abweicht, geht Gerichtsentscheidung vor.
- Deutsche Kartellbehörden, Kommission, mitgliedsstaatliche Kartell-behörde oder entsprechendes Kartellgericht (z. B. Österreich).
- Verwaltungsentscheidung (Art. 7 VO 1/2003, § 32 GWB) oder Bußgeldentscheidung (Art. 23 VO 1/2003, § 81 GWB).
- Keine Entscheidungen gemäß
    - Art. 8 VO 1/2003, § 32a GWB (einstweilige Maßnahmen)
    - Art. 9 VO 1/2003, § 32b GWB (Verpflichtungszusagen)[83]
    - Art. 10 VO 1/2003 (Feststellung der Nichtanwendbarkeit)
    - § 32c GWB (Kein Anlass zum Tätigwerden)

## 6. Insbesondere: Behördenentscheidung gegenüber erstem Kronzeugen (100 %- Erlass)

- Unionsrecht:

[83] Dazu ausf. *Becker*, Kartellschadensersatz trotz Zusagenentscheidung?, 2018.

- Auch das Verfahren gegen ersten Kronzeugen wird mit einer Entscheidung abgeschlossen.[84]
- Mangels Beschwer keine Anfechtbarkeit, sofortige Bestandskraft.
- Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 und § 33b GWB greifen zugunsten der Geschädigten.

- Deutsches Recht:
  - Keine Verfügung gegen ersten Kronzeugen.[85]
  - § 33b GWB greift nicht, allerdings ggf. faktische Bindungswirkung.

## 7. Umfang der Bindungswirkung gemäß § 33b GWB

- Persönlich:
  - Bindungswirkung beschränkt sich auf *Verfügungsadressaten*.
  - Im Fall der *Ausgliederung* gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG gilt Bindungswirkung auch für denjenigen, auf den die Verbindlichkeiten übergehen (LG Köln, 17.1.2013 – 88 O 1/11, juris Rn. 158).
  - Keine Bindungswirkung gegenüber in Verfügung lediglich erwähnten *Mitarbeitern* und *Mitkartellanten* (Dritte im Verhältnis zur Verfügung)
  - Grund: Nur Adressaten (nicht Dritte) können Verfügung vom Gericht überprüfen lassen.
  - Aber möglicherweise *faktische Bindungswirkung* …
    - … gegenüber Mitkartellanten (KG, 1.10.2009 - 2 U 10/03 Kart, 2 U 10/03 – Transportbeton, NJOZ 2010, 536 = GRUR-Prax 2010, 46: „Anscheinsbeweis“).
    - … gegenüber Mitarbeitern? (ArbG Essen, 19.12.2013 - 1 Ca 657/13, NZKart 2014, 194 und LAG Düsseldorf, NZKart 2015 - 16 Sa 459/14, NZKart 2015, 277 –

[84] Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, Abl. 2006 Nr. C 298, Rn. 22.
[85] *Bechtold*, GWB, 7. Auflage 2013, § 33 Rn. 42.

ThyssenKrupp/Uwe Sehlbach, § 33 Abs. 4 GWB 2013 nicht erwähnt)

- Inhaltlich:
    - Regierungsbegründung 6. GWB-Novelle (BT-Drucks. 15/3640, 54): *„Die Tatbestandswirkung bezieht sich allein auf die Feststellung eines Kartellverstoßes. Alle weiteren Fragen, insbesondere zur Schadenskausalität und zur Schadensbezifferung unterliegen der freien Beweiswürdigung des Gerichts."*
    - Keine Bindungswirkung bei *Freispruch* oder Verfahrenseinstellung, aber ggf. faktische Bindungswirkung zugunsten des Betroffenen.
    - *Grenzziehung* zwischen bindender Feststellung und den von Kläger beizubringenden Tatsachen im Einzelfall *schwierig*.
    - Unterscheide zwischen drei Stufen der Bindungswirkung von Verwaltungsakten
        - Erlassener VA ist als existent hinzunehmen (1. Stufe)
        - Regelungsgehalt des VA ist ohne eigene Rechtmäßigkeitsprüfung zugrunde zulegen (2. Stufe, „Tatbestandswirkung")
        - Feststellungen zum Sachverhalt und zu entscheidungserheblichen Vorfragen sind bindend (3. Stufe, „Feststellungswirkung").
    - Um die letztgenannte Form der Bindungswirkung handelt es sich bei § 33b GWB (trotz missverständlichen Wortlauts der Reg.-Begr.).

## V. Zugang zu Beweismitteln

### 1. Überblick

Informationsdefizite, teilweise auch die (bloße) Beweisnot stellt in vielen Fällen ein großes Problem für geschädigte Kartellopfer dar. Im Hinblick auf den Einwand der

Schadensweiterwälzung kann sich ein ähnliches Problem auf für die beklagten Kartellanten ergeben.

Betroffene Informationen: Dauer, betroffenen Vertragsschlüsse (dazu § 33a V GWB-Entw. 10.-GWB-Novelle: Vermutung der Kartellbefangenheit), Funktionsweise, Preiserhöhungen etc.

Der Zugang zu Informationen und Beweismitteln durch Gewährung von Offenlegungsansprüchen ist eine zentrale Frage für wirksamen privaten Rechtsschutz.

## 2. Als Adressaten der Offenlegungsansprüche kommen in Betracht:

- Beklagte Kartellanten bzw. Kläger (hinsichtlich Schadensweiterwälzung) selbst
- Dritte (Private)
- Kartellbehörden

## 3. Probleme, die mit Offenlegungspflichten verbunden sein können:

- Hohe Kosten (Aufbereitung und Sichtung der relevanten Unterlagen)
- Risiko von „fishing expeditions“ (Ausforschung der anderen Partei)
- Erpressungspotential
- Schutz von Geschäftsgeheimnissen

## 4. Anspruchsgrundlagen im deutschen Recht:

- gegenüber potentiell Schadensersatzpflichtigen sowie Dritten:
    - §§ 809, 810 BGB (Vorlagepflicht);
    - § 242 BGB (Auskunftspflicht);
    - §§ 142, 144 ZPO (Urkundenvorlegung und Einnahme des Augenscheins)

- §§ 421 ff. ZPO (Pflicht zur Vorlegung von Urkunden)

Die praktische Bedeutung ist (bislang) sehr gering.

- gegenüber Kartellbehörden:
  - BKartA:
    - § 46 Abs. 1, 3 S. 4 OWiG iVm § 406e StPO
    - IFG (Informationsfreiheitsgesetz)
  - Kommission: TransparenzVO 1049/2001

Die SE-Richtlinie regelt Offenlegungsansprüche und ihre Grenzen ausführlich in Art. 5 - 8 SE-RiLi, die eine vorsichtige Entwicklung in Richtung *discovery* mit sich bringen dürften.

Grundsatz gemäß Art. 5 Abs. 1 SE-RiLi:

„Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass in Verfahren über Schadensersatzklagen in der Union auf Antrag eines Klägers, der eine substantiierte Begründung vorgelegt hat, die mit zumutbarem Aufwand zugängliche Tatsachen und Beweismittel enthält, die die Plausibilität seines Schadensersatzanspruchs ausreichend stützen, die nationalen Gerichte unter den Voraussetzungen dieses Kapitels die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch den Beklagten oder einen Dritten, die sich in deren Verfügungsgewalt befinden, anordnen können. Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die nationalen Gerichte auf Antrag des Beklagten die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch den Kläger oder einen Dritten anordnen können."

§ 33g GWB

Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften

„(1) Wer im Besitz von Beweismitteln ist, die für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 33a Absatz 1 erforderlich sind, ist verpflichtet, sie demjenigen herauszugeben, der glaubhaft macht, einen solchen Schadensersatzanspruch zu haben, wenn dieser die Beweismittel so genau bezeichnet, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist.

(2) Wer im Besitz von Beweismitteln ist, die für die Verteidigung gegen einen auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nach § 33a Absatz 1 erforderlich sind, ist verpflichtet, sie demjenigen herauszugeben, gegen den ein Rechtsstreit über den Anspruch nach Absatz 1 oder den Anspruch auf Schadensersatz nach § 33a Absatz 1 rechtshängig ist, wenn dieser die Beweismittel so genau bezeichnet, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem

Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist. Der Anspruch nach Satz 1 besteht auch, wenn jemand Klage auf Feststellung erhoben hat, dass ein anderer keinen Anspruch nach § 33a Absatz 1 gegen ihn hat, und er den der Klage zugrunde liegenden Verstoß im Sinne des § 33a Absatz 1 nicht bestreitet.

(3) Die Herausgabe von Beweismitteln nach den Absätzen 1 und 2 ist ausgeschlossen, soweit sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist. Bei der Abwägung sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. in welchem Umfang der Antrag auf zugängliche Informationen und Beweismittel gestützt wird,
2. der Umfang der Beweismittel und die Kosten der Herausgabe, insbesondere, wenn die Beweismittel von einem Dritten verlangt werden,
3. der Ausschluss der Ausforschung von Tatsachen, die für den Anspruch nach § 33a Absatz 1 oder für die Verteidigung gegen diesen Anspruch nicht erheblich sind,
4. die Bindungswirkung von Entscheidungen nach § 33b,
5. die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts und
6. der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und sonstiger vertraulicher Informationen und welche Vorkehrungen zu deren Schutz bestehen.

Das Interesse desjenigen, gegen den der Anspruch nach § 33a Absatz 1 geltend gemacht wird, die Durchsetzung des Anspruchs zu vermeiden, ist nicht zu berücksichtigen.

(4) Ausgeschlossen ist die Herausgabe eines Dokuments oder einer Aufzeichnung, auch über den Inhalt einer Vernehmung im wettbewerbsbehördlichen Verfahren, wenn und soweit darin eine freiwillige Erklärung seitens oder im Namen eines Unternehmens oder einer natürlichen Person gegenüber einer Wettbewerbsbehörde enthalten ist,

1. in der das Unternehmen oder die natürliche Person die Kenntnis von einem Kartell und seine beziehungsweise ihre Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder die Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken (Kronzeugenerklärung) oder
2. die ein Anerkenntnis oder den Verzicht auf das Bestreiten seiner Beteiligung an einer Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht und seiner Verantwortung für diese Zuwiderhandlung enthält und die eigens für den Zweck formuliert wurde, der Wettbewerbsbehörde die Anwendung eines vereinfachten oder beschleunigten Verfahrens zu ermöglichen (Vergleichsausführungen).

Nicht von der Kronzeugenerklärung umfasst sind Beweismittel, die unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen, unabhängig davon, ob diese Informationen in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind oder nicht. Behauptet ein Verpflichteter, ein Beweismittel oder Teile davon seien nach Satz 1 von der Herausgabe ausgeschlossen, kann der Anspruchsteller insoweit die Herausgabe an das zuständige Gericht nach § 89b Absatz 8 allein zum Zweck der Prüfung verlangen.

(5) Bis zum vollständigen Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens gegen alle Beteiligten ist die Herausgabe von Beweismitteln ausgeschlossen, soweit sie Folgendes enthalten:

1. Informationen, die von einer natürlichen oder juristischen Person oder Personenvereinigung eigens für das wettbewerbsbehördliche Verfahren erstellt wurden,

2. Mitteilungen der Wettbewerbsbehörde an die Beteiligten in dem Verfahren oder

3. Vergleichsausführungen, die zurückgezogen wurden.

(6) Die Herausgabe von Beweismitteln nach den Absätzen 1 und 2 kann verweigert werden, soweit der Besitzer in einem Rechtsstreit über einen Anspruch nach § 33a Absatz 1 dieses Gesetzes gemäß § 383 Absatz 1 Nummer 4 bis 6 oder gemäß § 384 Nummer 3 der Zivilprozessordnung zur Zeugnisverweigerung berechtigt wäre. In diesem Fall kann der Anspruchsteller die Herausgabe der Beweismittel an das zuständige Gericht zur Entscheidung nach § 89b Absatz 6 verlangen. Satz 2 ist nicht anzuwenden auf

1. Personen im Sinne des § 383 Absatz 1 Nummer 4 und 5 der Zivilprozessordnung, soweit sie nach dieser Vorschrift zur Zeugnisverweigerung berechtigt wären, und
2. Personen im Sinne des § 203 Absatz 1 Nummer 1 bis 5, Absatz 2 und 3 des Strafgesetzbuchs, soweit sie nach § 383 Absatz 1 Nummer 6 der Zivilprozessordnung zur Zeugnisverweigerung berechtigt wären.

Geistlichen stehen ihre berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind.

(7) Macht der nach Absatz 1 oder Absatz 2 Verpflichtete zu der Herausgabe der Beweismittel Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, kann er von dem anderen Teil den Ersatz dieser Aufwendungen verlangen.

(8) Erteilt der Verpflichtete nach Absatz 1 oder 2 die Auskunft vorsätzlich oder grob fahrlässig falsch, unvollständig oder gar nicht oder gibt er Beweismittel vorsätzlich oder grob fahrlässig fehlerhaft, unvollständig oder gar nicht heraus, ist er dem Anspruchsteller zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(9) Die von dem Verpflichteten nach den Absätzen 1 und 2 erteilten Auskünfte oder herausgegebenen Beweismittel dürfen in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten wegen einer vor der Erteilung der Auskunft oder der Herausgabe eines Beweismittels begangenen Tat gegen den Verpflichteten oder gegen einen in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen nur mit Zustimmung des Verpflichteten verwertet werden. Dies gilt auch, wenn die Auskunft im Rahmen einer Zeugen- oder Parteivernehmung erteilt oder wiederholt wird. Die Sätze 1 und 2 finden keine Anwendung in Verfahren gegen Unternehmen.

(10) Die Absätze 1 bis 9 sowie die §§ 89b bis 89d über die Herausgabe von Beweismitteln gelten für die Erteilung von Auskünften entsprechend."

## § 89c GWB

## Offenlegung aus der Behördenakte

„(1) In einem Rechtsstreit wegen eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder nach § 33g Absatz 1 oder 2 kann das Gericht auf Antrag einer Partei bei der Wettbewerbsbehörde die Vorlegung von Urkunden und

Gegenständen ersuchen, die sich in deren Akten zu einem Verfahren befinden oder in einem Verfahren amtlich verwahrt werden, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass er

1. einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 33a Absatz 1 gegen eine andere Partei hat und
2. die in der Akte vermuteten Informationen nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder einem Dritten erlangen kann.

Das Gericht entscheidet über den Antrag durch Beschluss. Gegen den Beschluss findet sofortige Beschwerde statt.

(2) Das Gericht kann dem Antragsteller die vorgelegten Urkunden und Gegenstände zugänglich machen oder ihm Auskünfte daraus erteilen, soweit

1. es seinem Antrag entspricht,
2. die Tatsachen oder Beweismittel zur Erhebung eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder zur Verteidigung gegen diesen Anspruch erforderlich sind und
3. die Zugänglichmachung oder Auskunftserteilung nicht unverhältnismäßig ist.

Das Gericht hat von der Offenlegung Betroffene und die Wettbewerbsbehörde vor der Zugänglichmachung oder Auskunftserteilung anzuhören. Tatsachen und Beweismittel, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen verlangt wird, sind von der Zugänglichmachung oder Auskunftserteilung auszunehmen. § 89b Absatz 6 findet entsprechende Anwendung.

(3) Das Ersuchen nach Absatz 1 oder um die Erteilung amtlicher Auskünfte von der Wettbewerbsbehörde ist ausgeschlossen, soweit es unverhältnismäßig ist. Bei der Entscheidung über das Ersuchen nach Absatz 1, über das Ersuchen um die Erteilung amtlicher Auskünfte von der Wettbewerbsbehörde sowie über die Zugänglichmachung oder Auskunftserteilung nach Absatz 2 berücksichtigt das Gericht neben § 33g Absatz 3 insbesondere auch

1. die Bestimmtheit des Antrags hinsichtlich der in der Akte der Wettbewerbsbehörde erwarteten Beweismittel nach deren Art, Gegenstand und Inhalt,
2. die Anhängigkeit des Anspruchs nach § 33a Absatz 1,
3. die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts, insbesondere den Einfluss der Offenlegung auf laufende Verfahren und auf die Funktionsfähigkeit von Kronzeugenprogrammen und Vergleichsverfahren.

(4) Die Wettbewerbsbehörde kann die Vorlegung von Urkunden und Gegenständen, die sich in ihren Akten zu einem Verfahren befinden oder in einem Verfahren amtlich verwahrt werden, ablehnen, soweit sie Folgendes enthalten:

1. Kronzeugenerklärungen,
2. Vergleichsausführungen, die nicht zurückgezogen wurden,

3. interne Vermerke der Behörden oder

4. Kommunikation der Wettbewerbsbehörden untereinander oder mit der Generalstaatsanwaltschaft am Sitz des für die Wettbewerbsbehörde zuständigen Oberlandesgerichts oder dem Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof.

§ 33g Absatz 5 und § 89b Absatz 8 finden entsprechende Anwendung; letztere Regelung mit der Maßgabe, dass sie auch für die Überprüfung von Urkunden und Gegenständen im Sinne des Satzes 1 Nummer 3 und 4 gilt.

(5) Die §§ 406e und 475 der Strafprozessordnung finden neben den Absätzen 1 bis 3 keine Anwendung, soweit die Einsicht in die kartellbehördliche Akte oder die Auskunft der Erhebung eines Schadensersatzanspruchs wegen eines Verstoßes nach § 33 Absatz 1 oder der Vorbereitung dieser Erhebung dienen soll. Das Recht, aufgrund dieser Vorschriften Einsicht in Bußgeldbescheide zu begehren, die eine Kartellbehörde erlassen hat, bleibt unberührt. § 33g Absatz 1 und 2 findet keine Anwendung auf Wettbewerbsbehörden, die im Besitz von Beweismitteln sind.

(6) Die Regelungen der Absätze 1 bis 5 gelten entsprechend für Behörden und Gerichte, die Akten, Bestandteile oder Kopien von Akten einer Wettbewerbsbehörde in ihren Akten haben. Die Wettbewerbsbehörde, die die Akte führt oder geführt hat, ist nach Absatz 2 Satz 2 zu beteiligen."

Eine Neuregelung (Einsicht in Akten der Kartellbehörde zugunsten von Dritten) findet sich in § 56 Abs. 5 GWB 2021.

## 5. Ausschluss der Einsicht in Kronzeugenakten

Wenn der Kartellant sicher damit rechnen muss, in anschließendem privaten SE-Prozess verklagt zu werden und die dort zugesprochene Summe derjenigen des (eingesparten) Bußgeldverfahrens entspricht oder sie sogar noch übersteigt, so büßt die Selbstanzeige stark an Attraktivität ein.

In den USA greift eine haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen: Er erhält eine Reduktion des dreifachen auf einfachen SE unter der Bedingung, dass er dem Kläger Informationen zukommen lässt, die die Inanspruchnahme weiterer Kartellanten erleichtern.

Der europäische Recht setzt de

Nach Art. 6 Abs. 6 SE-RiLi

sollen die „nationalen Gerichte für die Zwecke von Schadensersatzklagen zu keinem Zeitpunkt die Offenlegung der folgenden Beweismittelarten durch eine Partei oder einen Dritten anordnen können:

a) **Kronzeugenerklärungen** und

b) Vergleichsausführungen."

Der EuGH hat mit Urt. v. 6.6.2013 – C-536/11 – Donau Chemie zu § 39 Abs. 2 österr. KartG allerdings entschieden, dass das öffentliche Interesse am Schutz der Kronzeugenprogramme nicht **pauschal** das Interesse der Antragssteller überwiegt, vielmehr eine **Einzelabwägung** erforderlich ist: *„Nur wenn Gefahr besteht, dass ein bestimmtes Schriftstück konkret das öffentliche Interesse an der Wirksamkeit des nationalen Kronzeugenprogramms beeinträchtigen könnte, kann die Nichtweitergabe dieses Schriftstück gerechtfertigt sein."* (Rn. 48 des Urteils).

Beachte dagegen § 33g Abs. 4 GWB sowie die Regelungen in § 89c GWB (siehe oben).

Siehe außerdem oben zu weiteren Privilegierungen des Kronzeugen im Hinblick auf die Inanspruchnahme auf Kartellschadensersatz (Bindungswirkung nur von Bußgeldbescheiden gemäß § 33b GWB und Passivlegitimation – haftungsrechtliche Privilegierung im Innen- und Außenverhältnis gemäß § 33e GWB).

## VI. Verjährung

### 1. Früheres deutsches Recht

(a) Dauer: Im deutschen Recht gilt grundsätzlich die dreijährige Regelverjährung gemäß § 195 BGB.

(b) Beginn: Kenntnis oder Kennenmüssen der relevanten Umstände und der Person, Ultimoverjährung (§ 199 BGB)

(c) Zwei Hemmungsgründe sind zu beachten:

- § 33h Abs. 6 GWB: Hemmung der Verjährung während der Dauer des behördlichen Kartellverfahrens erlaubt das Abwarten der behördlichen Entscheidung und damit die Erhebung von *Follow-on*-Klagen.

- § 203 BGB: Hemmung der Verjährung während der Dauern von Verhandlungen (zwischen Kartellopfer und mutmaßlichem Kartellamt)

(d) Ende der Hemmung:

- ein Jahr nach Verfahrensabschluss (§§ 33h ,Abs. 6 S. 2 GWB).

(e) Höchstdauer der Verjährung: 10 Jahre ab Anspruchsentstehung (§ 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB).

## 2. Umsetzungsbedarf in Deutschland

Die Umsetzung der Richtlinie hat einiger Änderungen im deutschen Recht bedurft (ausf. *Pohlmann*, WRP 2015, 546 ff.)

Art. 10 Abs. 2 bis 4 SE-RiLi:

„(2) Die Verjährungsfrist beginnt nicht, bevor die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht **beendet wurde** und der Kläger von Folgendem Kenntnis erlangt hat oder diese Kenntnis vernünftigerweise erwartet werden kann:
a) dem Verhalten und de**r Tatsache, dass dieses eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht darstellt**,
b) der Tatsache, dass ihm durch die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ein Schaden entstanden ist, und
c) der Identität des Rechtsverletzers.

(3) Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die Verjährungsfristen für die Erhebung von Schadensersatzklagen **mindestens fünf Jahre** betragen.

(4) Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass eine Verjährungsfrist gehemmt oder — je nach nationalem Recht — unterbrochen wird, wenn eine Wettbewerbsbehörde Maßnahmen im Hinblick auf eine Untersuchung oder ihr Verfahren wegen einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht trifft, auf die sich die Schadensersatzklage bezieht. **Die Hemmung endet frühestens ein Jahr,** nachdem die Zuwiderhandlungs-entscheidung bestandskräftig geworden oder das Verfahren auf andere Weise beendet worden ist.“

Erwägungsgrund 36 der SE-RiLi:

„Die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit haben, allgemein anwendbare **absolute Verjährungsfristen** beizubehalten oder einzuführen, sofern die Dauer dieser absoluten Verjährungsfristen die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz in voller Höhe nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren."

## § 33h GWB

## Verjährung

„(1) Ansprüche aus § 33 Absatz 1 und § 33a Absatz 1 verjähren in fünf Jahren.
(2) Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem

1. der Anspruch entstanden ist,
2. der Anspruchsberechtigte Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen
    a) von den Umständen, die den Anspruch begründen, und davon, dass sich daraus ein Verstoß nach § 33 Absatz 1 ergibt, sowie
    b) von der Identität des Rechtsverletzers und
3. der den Anspruch begründende Verstoß nach § 33 Absatz 1 beendet worden ist.

(3) Ansprüche aus § 33 Absatz 1 und § 33a Absatz 1 verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den Umständen nach Absatz 2 Nummer 2 in zehn Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem

1. der Anspruch entstanden ist und
2. der Verstoß nach § 33 Absatz 1 beendet wurde.

(4) Im Übrigen verjähren die Ansprüche in 30 Jahren nach dem Verstoß nach § 33 Absatz 1, der den Schaden ausgelöst hat.

(5) Verjährung tritt ein, wenn eine der Fristen nach den Absätzen 1, 3 oder 4 abgelaufen ist.

(6) Die Verjährung eines Anspruchs nach § 33 Absatz 1 oder nach § 33a Absatz 1 wird gehemmt, wenn

1. eine Kartellbehörde Maßnahmen im Hinblick auf eine Untersuchung oder auf ihr Verfahren wegen eines Verstoßes im Sinne des § 33 Absatz 1 trifft;
2. die Europäische Kommission oder eine Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder das als solche handelnde Gericht Maßnahmen im Hinblick auf eine Untersuchung oder auf ihr Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen eine Bestimmung des nationalen Wettbewerbsrechts eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union im Sinne des § 89e Absatz 2 trifft oder
3. der Anspruchsberechtigte gegen den Rechtsverletzer Klage auf Auskunft oder Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g erhoben hat.

Die Hemmung endet ein Jahr nach der bestands- und rechtskräftigen Entscheidung oder der anderweitigen Erledigung des Verfahrens. § 204 Absatz 2 Satz 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet entsprechende Anwendung.

(7) Die Verjährungsfrist eines Anspruchs auf Ausgleichung nach § 33d Absatz 2 wegen der Befriedigung eines Schadensersatzanspruchs nach § 33a Absatz 1 beginnt mit der Befriedigung dieses Schadensersatzanspruchs.

(8) Abweichend von Absatz 2 beginnt die Verjährungsfrist des Schadensersatzanspruchs nach § 33a Absatz 1 von Geschädigten,

1. die nicht unmittelbare oder mittelbare Abnehmer oder Lieferanten des Kronzeugen sind, gegen den Kronzeugen mit dem Schluss des Jahres, in dem der Geschädigte von den übrigen Rechtsverletzern keinen vollständigen Ersatz seines aus dem Verstoß entstehenden Schadens erlangen konnte;
2. die nicht unmittelbare oder mittelbare Abnehmer oder Lieferanten eines kleinen oder mittleren Unternehmens nach § 33d Absatz 3 Satz 1 sind, gegen dieses Unternehmen mit dem Schluss des Jahres, in dem der Geschädigte nach § 33d Absatz 3 Satz 2 von den übrigen Rechtsverletzern mit Ausnahme des Kronzeugen keinen vollständigen Ersatz seines aus dem Verstoß entstehenden Schadens erlangen konnte.

Absatz 3 findet keine Anwendung auf Schadensersatzansprüche, deren Verjährungsfrist nach Maßgabe dieses Absatzes beginnt."

# VII. Bestimmung der Schadenshöhe

## 1. Differenzhypothese als Ausgangspunkt

Grundsätzlich ist die aus allgemeinem Schadensrecht bekannte Differenzhypothese (§ 249 Abs. 1 BGB) anwendbar: Vergleich der tatsächlichen Vermögenspositionen des Geschädigten mit der hypothetischen Situation ohne wettbewerbswidriges Verhalten. Problem: Erforderlich ist Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises, ggf. zusätzlich die Ermittlung des entgangenen Gewinns.

Art. 3 Abs. 2 S. 1 SE-RiLi:

„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."

## 2. Schadensposten

Im Wesentlichen sind folgende Schadensposten zu unterscheiden und ersatzfähig:

- Preisüberhöhungsschaden

- Entgangener Gewinn (Mengeneffekt)
- Zinsschaden (→ § 33a Abs. 4 GWB: Verzinsungspflicht ab Eintritt des Schadens)

Art. 3 Abs. 2 S. 2 SE-RiLi:

„Er [der Schadensersatz] erfasst daher das Recht auf Ersatz der eingetretenen Vermögenseinbuße und des entgangenen Gewinns, zuzüglich der Zahlung von Zinsen."

§ 33a Abs. 2 – 4 GWB

[Schadensersatzpflicht]

„(2) Es wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Ein Kartell im Sinne dieses Abschnitts ist eine Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter. Zu solchen Absprachen oder Verhaltensweisen gehören unter anderem

1. die Festsetzung oder Koordinierung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen,
2. die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten,
3. die Aufteilung von Märkten und Kunden einschließlich Angebotsabsprachen, Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen oder
4. gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbsschädigende Maßnahmen.

(3) Für die Bemessung des Schadens gilt § 287 der Zivilprozessordnung. Dabei kann insbesondere der anteilige Gewinn, den der Rechtsverletzer durch den Verstoß gegen Absatz 1 erlangt hat, berücksichtigt werden.

(4) Geldschulden nach Absatz 1 hat der Schuldner ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung."

## 3. Einwand der Schadensweiterwälzung (Passing on defence)

Problematisch ist die Behandlung einer möglichen Schadensabwälzung innerhalb der Absatzkette.

Die Regelung in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB 2005 schließt aus, dass sich der Schädiger pauschal auf die schadensbeseitigende Weiterveräußerung beruft. Die Vorschrift ist so zu verstehen, dass sie die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast regelt. Demnach

obliegt es nicht dem Anspruchsteller, im Rahmen der Differenzhypothese konkrete Anhaltspunkte für die Schadensberechnung vorzutragen und ggf. zu beweisen, dass er den Schaden nicht weiterwälzen konnte (Problem der Schadensentstehung). Vielmehr hat der Anspruchsgegner darzulegen und ggf. zu beweisen, dass der dem Abnehmer zunächst durch den Erwerb zu überhöhten Kartellpreisen entstandene Schaden aufgrund günstiger Weiterveräußerung später wieder weggefallen ist. Es handelt sich damit um ein Problem der Vorteilsausgleichung. So sieht es auch der BGH (Urt. v. 28.6.2011 – KZR 75/10 - ORWI).

Rechtspolitische Würdigung: Sowohl die Anerkennung als auch der Ausschluss des Weiterwälzungseinwands können zu unbefriedigenden Ergebnissen führen: Einerseits droht die Gefahr, dass der Schadensersatzanspruch wirkungslos bleibt, das wettbewerbswidrige Verhalten des Schädigers jedenfalls zivilrechtlich nicht sanktioniert wird. Andererseits ist nicht nur eine ungerechtfertigte Bereicherung der Marktgegenseite, sondern auch eine mehrfache Inanspruchnahme des Schädigers zu befürchten. Denkbar ist nämlich, dass letzterer nicht nur von der unmittelbaren Marktgegenseite, sondern auch von Unternehmen der nach- bzw. vorgelagerten Wirtschaftsstufen in Anspruch genommen wird (etwa Abnehmer des Abnehmers). In der deutschen Diskussion fanden sich früher als Lösungsmodelle die Gesamtgläubigerschaft (§§ 426ff. BGB) und die Drittschadensliquidation. Der BGH hat in seinem ORWI-Urteil (28.6.2011 – KZR 75/10, Tz. 73)) im Wege eines obiter dictums die Kartellanten auf die Möglichkeit der Streitverkündung gemäß § 72 I ZPO hingewiesen.

Der US Supreme Court hat – konsequent – in seiner Entscheidung *Hanover Shoe* (17.6.1968) den Kartellanten den Schadensweiterwälzungseinwand verwehrt.

Der RiLi-Geber hat in Art. 13 und 14 eine etwas andere Beweislastverteilung angeordnet. Sie dürfte dazu führen, dass einerseits Kartellanten den Schadensweiterwälzungseinwand etwas leichter als nach der Rechtsprechung des BGH im Fall ORWI geltend machen können, andererseits indirekte Geschädigte sich ebenfalls eher auf die Weiterwälzung berufen können.

Siehe schon oben § 33c GWB

### 4. Bestimmung des Preisüberhöhungsschadens

§ 287 ZPO erlaubt richterliche Schadensschätzung, die allerdings nachvollziehbar sein muss.

Mögliche Methoden: Vergleichsmarktkonzept (räumlicher, zeitlicher oder sachlicher Vergleichsmarkt); Kostenanalyse; § 33a Abs. 3 GWB.

Gemäß § 90 Abs. 5 GWB ist es dem Bundeskartellamt erlaubt (es gibt keine Verpflichtung!), sich in Zivilprozessen zur Schadenshöhe zu äußern.

## VIII. Innenausgleich der Kartellanten

### 1. Grundsatz: Gesamtschuldnerische Haftung

Kartellanten haften grundsätzlich gesamtschuldnerisch (BGH, ORWI):

*„Da es sich bei der Verabredung und Durchführung eines Kartells um eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung handelt, haften alle Kartellteilnehmer nach §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner." (Tz. 80)*

Grundsätzlich besteht Regressanspruch gegen Mitkartellanten:

- Ausgleichungspflicht (§ 426 Abs. 1 BGB)
- Forderungsübergang (§ 426 Abs. 2 BGB).

So auch Art. 11 Abs. 5 S. 1 SE-RiLi:

„Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass ein Rechtsverletzer von anderen Rechtsverletzern einen Ausgleichsbetrag verlangen kann, dessen Höhe anhand ihrer relativen Verantwortung für den durch die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden bestimmt wird."

Haftungsquotierung gemäß der Verursachungsbeiträge? Faktoren?
- Marktanteile, Haupttäter v. Mitläufer, Beiträge zum Zusammenhalt des Kartells nach innen und außen, Umsetzung der kartellwidrigen Vereinbarung, individueller Kartellgewinn, unterschiedlicher Verschuldensgrad

## Dazu SE-RiLi, ErwG 37:

„Die Bestimmung dieses Anteils [an der Haftung im Innenverhältnis] anhand der relativen Verantwortung des betreffenden Rechtsverletzers und der einschlägigen Kriterien, wie **Umsatz, Marktanteil oder Rolle in dem Kartell**, ist Sache des geltenden nationalen Rechts, wobei der Effektivitäts- und der Äquivalenzgrundsatz zu beachten sind.“ (Hervorhebung vom Verf.)

## § 33d GWB

## Gesamtschuldnerische Haftung

„(1) Begehen mehrere gemeinschaftlich einen Verstoß im Sinne des § 33a Absatz 1, sind sie als Gesamtschuldner zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Im Übrigen finden die §§ 830 und 840 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.
(2) Das Verhältnis, in dem die Gesamtschuldner untereinander für die Verpflichtung zum Ersatz und den Umfang des zu leistenden Ersatzes haften, hängt von den Umständen ab, insbesondere davon, in welchem Maß sie den Schaden verursacht haben. Im Übrigen finden die §§ 421 bis 425 sowie 426 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

(3) Verstoßen mehrere Unternehmen gegen § 1 oder 19 oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, so ist die Verpflichtung eines kleinen oder mittleren Unternehmens im Sinne der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36) zum Schadensersatz nach § 33a Absatz 1 auf den Ersatz des Schadens beschränkt, der seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten aus dem Verstoß entsteht, wenn

1. sein Anteil an dem relevanten Markt während des Zeitraums, in dem der Verstoß begangen wurde, stets weniger als 5 Prozent betrug und
2. die regelmäßige Ersatzpflicht nach Absatz 1 seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit unwiederbringlich gefährden und seine Aktiva jeden Werts berauben würde.

Anderen Geschädigten ist das kleine oder mittlere Unternehmen nur zum Ersatz des aus dem Verstoß gemäß § 33a Absatz 1 entstehenden Schadens verpflichtet, wenn sie von den übrigen Rechtsverletzern mit Ausnahme des Kronzeugen keinen vollständigen Ersatz erlangen konnten. § 33e Absatz 2 findet entsprechende Anwendung.

(4) Die übrigen Rechtsverletzer können von dem kleinen oder mittleren Unternehmen im Sinne von Absatz 3 Satz 1 Ausgleichung nach Absatz 2 nur bis zur Höhe des Schadens verlangen, den dieses seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat. Satz 1 gilt nicht für die Ausgleichung von Schäden, die anderen als den unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten der beteiligten Rechtsverletzer aus dem Verstoß entstehen.

(5) Die Beschränkung der Haftung nach den Absätzen 3 und 4 ist ausgeschlossen, wenn

1. das kleine oder mittlere Unternehmen den Verstoß organisiert oder

2. das kleine oder mittlere Unternehmen die anderen Rechtsverletzer zur Teilnahme an dem Verstoß gezwungen hat oder

3. in der Vergangenheit bereits die Beteiligung des kleinen oder mittleren Unternehmens an einem sonstigen Verstoß gegen § 1 oder 19 oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder gegen Wettbewerbsrecht im Sinne des § 89e Absatz 2 behördlich oder gerichtlich festgestellt worden ist."[86]

## 2. Regress gegen Mitkartellanten

Problem:

Keine gesamtschuldnerische Haftung, sondern quotale Haftung der übrigen Gesamtschuldner

→ Es sind häufig Einzelklagen gegen die übrigen Kartellanten erforderlich.

→ Damit verbunden ist das Risiko abweichender Entscheidungen zulasten des klagenden Kartellanten.

Lösungsansätze:

- Bündelung in einem Prozess
  - Zuständigkeit (örtlich, international, Spruchkörper)
- Vertragliche Vereinbarung über Regress
  - Praktische und rechtliche Probleme (Wirksamkeit?)
  - Unterscheide zwischen Vereinbarung vor und nach Beendigung des Kartells

## 3. Vergleich mit US-amerikanischer Rechtslage: Kartellregress ausgeschlossen

- Joint and several liability
- Rule of no-contribution and pro-tanto reduction

[86] Nach der Begründung des Regierungsentwurfs können darüber hinaus auch die Marktanteile, der jeweilige Umsatz, sowie die erzielten Mehrerlöse zur Verteilung herangezogen werden.

## 4. Sonderproblem I: Kartellregress und Kronzeuge (Art. 11 SE-RiLi)

### Art. 11 Abs. 6 SE-RiLi (Gesamtschuldnerische Haftung):

„Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass, soweit durch die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht anderen Geschädigten als den unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten der Rechtsverletzer ein Schaden entstanden ist, der Ausgleichsbetrag eines Kronzeugen gegenüber den anderen Rechtsverletzern **anhand seiner relativen Verantwortung für diesen Schaden** bestimmt wird."

## 5. Sonderproblem II: Kartellregress und Vergleich (Art. 18 SE-RiLi)

### Artikel 19 Abs. 1 und 2 SE-RiLi (Wirkung einvernehmlicher Regelungen auf anschließende Schadensersatzklagen)

„(1) Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass sich bei einem Vergleich der Anspruch des sich vergleichenden Geschädigten um den Anteil des sich vergleichenden Rechtsverletzers an dem Schaden, der dem Geschädigten durch die Zuwiderhandlung entstanden ist, verringert.
(2) Der verbleibende Anspruch des sich vergleichenden Geschädigten darf nur gegenüber nicht am Vergleich beteiligten Rechtsverletzern geltend gemacht werden. Nicht am Vergleich beteiligte Rechtsverletzer dürfen von dem sich vergleichenden Rechtsverletzer **keinen Ausgleichsbetrag für den verbleibenden Anspruch** verlangen." (Hervorhebung v. Verf.)

### § 33f GWB

### Wirkungen des Vergleichs

„(1) Wenn nicht anders vereinbart, wird im Falle einer durch einvernehmliche Streitbeilegung erzielten Einigung (Vergleich) über einen Schadensersatzanspruch nach § 33a Absatz 1 der sich vergleichende Gesamtschuldner in Höhe seines Anteils an dem Schaden von seiner Haftung gegenüber dem sich vergleichenden Geschädigten befreit. Die übrigen Gesamtschuldner sind nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der nach Abzug des Anteils des sich vergleichenden Gesamtschuldners verbleibt. Den Ersatz des verbliebenen Schadens kann der sich vergleichende Geschädigte von dem sich vergleichenden Gesamtschuldner nur verlangen, wenn der sich vergleichende Geschädigte von den übrigen Gesamtschuldnern insoweit keinen vollständigen Ersatz erlangen konnte. Satz 3 findet keine Anwendung, wenn die Vergleichsparteien dies in dem Vergleich ausgeschlossen haben.
(2) Gesamtschuldner, die nicht an dem Vergleich nach Absatz 1 beteiligt sind, können von dem sich vergleichenden Gesamtschuldner keine Ausgleichung nach § 33d Absatz 2 für den Ersatz des Schadens des sich vergleichenden Geschädigten verlangen, der nach Abzug des Anteils des sich vergleichenden Gesamtschuldners verblieben ist."

Bsp.: Die Kartellanten A, B, C haben gleichen Anteil am Schaden des X (60). X schließt mit A einen Vergleich über die Zahlung von 15.

1. X kann nur noch 40 verlangen (Art. 19 Abs. 1 SE-RiLi).
2. Dieser Anspruch steht ihm nur gegen B oder C zu (Art. 19 Abs. 2 S. 1, Ausnahme Abs. 3).
3. B und C können von A keinen Regress verlangen (Art. 19 Abs. 2 S. 2).

## IX. Gruppenklagen

(1) Opt in- versus opt out-Modell

(2) Formen der prozessualen Anspruchsbündelung

- Streitgenossenschaft
- Verbandsklage nach § 34a GWB (subsidiäre Abschöpfung zugunsten des Bundeshaushalts)
- Verbandsklage gerichtet auf Unterlassung und Beseitigung (nicht Schadensersatz) gemäß § 33 Abs. 4 GWB
- Einziehungsklage
- Kapitalanleger-Musterverfahren nach dem KapMuG zum Vergleich
- „Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG“ (Richtlinie (EU) 2020/1828[87]), umzusetzen bis Dezember 2022

(3) Materiellrechtliche Anspruchsbündelung

- Anspruchsbündelung durch Abtretung („CDC-Modell“)

[87] ABl. L 409 v. 04.12.2020, S. 1-27.

- Einziehungsklage gemäß § 79 Abs. 2 ZPO

(4) Ausländische Rechtsordnungen

- Class action nach Rule 23 der Federal Rules of Civil Procedure (USA)
- Parens patriae-Klage nach Sec. 4C bis 4H Clayton Act (USA)
- Action de groupe der französischen Verbraucherschutzverbände
- Consumer Rights Act 2015: Opt out class action (United Kingdom)

## X. Ausblick: 11. GWB-Novelle

26.9.2022: Veröffentlichung eines Referentenentwurfs zur 11. GWB-Novelle[88]:

- Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch des § 33 Abs. 1 GWB sowie der Schadensersatzanspruch gemäß § 33a GWB soll auf Verstöße gegen die Art. 5 bis 7 DMA ausgeweitet werden. Damit Erleichterung u. a. von Schadensersatzklagen im Fall eines Verstoßes gegen die Torwächter-Verpflichtungen des DMA (Verbot der Selbstbevorzugung, Verhinderung von Interoperabilität etc., näher: Kartellrecht II).

- Bindungswirkung des § 33b GWB soll ebenfalls in Fällen von Schadensersatzklagen greifen, wenn Kommission Verstoß gegen die Art. 5 bis 7 DMA festgestellt hat. Insoweit greift aber ohnehin Art. 39 Abs. 5 S. 1 DMA, der es nationalen Gerichten verbietet, Entscheidungen zu erlassen, die Beschlüssen der Kommission zuwiderlaufen.

[88] Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsstrukturen und zur Abschöpfung von Vorteilen aus Wettbewerbsverstößen (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz), Bearbeitungsstand: 15.09.2022, abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Meldung/2022/20220920-bmwk-legt-entwurf-zur-verscharfung-des-wettbewerbsrechts-vor.html (im Folgenden: Referentenentwurf 11. GWB-Novelle).

## XI. Anhang: Geschichte des Reformprojekts der Europäischen Kommission

2003/2005: Übergang vom Verbotssystem mit Erlaubnisvorbehalt zu einem System der Legalausnahme zunächst im europäischen und später im nationalen Kartellverfahrensrecht

→ Wunsch nach einer weiteren, zivilrechtlichen Säule der Kartellrechts-durchsetzung.

2004: Ashurst-Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules: "total underdevelopment" of actions for damages for breach of EC competition and "astonishing diversity" in the approaches taken by the Member States.

2005: Grünbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbs-rechts“ vom 19.12.2005, anschließend zahllose Stellungnahmen.

2008: Weißbuch der EG-Kommission „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ vom 2.4.2008, anschließend zahllose Stellungnahmen.

2009: Arbeit an einer EG-Richtlinie zur Harmonisierung der nationalen Gesetzgebung in Bezug auf Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (unveröffentlicht, ein zweiter Entwurf ist jedoch im Umlauf), außerdem

2011: Konsultationspapier vom 4.2.11: „Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz“, zahllose Stellungnahmen.

Entwurf eines Leitfadens zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Artikels 101 oder 102 AEUV

11.6.2013 Empfehlung der Kommission: Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei

Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten kollektiver Rechtsschutz

13.6.2013: Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV

26.11. 2014: Veröffentlichung der RICHTLINIE 2014/104/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union über Private Kartell-schadensersatzklagen, zweijährige Umsetzungsfrist für die Mitgliedsstaaten

28.9. 2016 Das Bundeskabinett einigt sich auf den Referentenentwurf des BMWi für eine neunte Novelle des GWB. Kern der Novelle ist die Umsetzung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie. Als Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen am 1.6.2017 verkündet und mit Wirkung vom 9.6.2017 in Kraft getreten.

*Beispielsfall ORWI*

*(BGH, Urt. v. 28.6.2011, Az. KZR 75/10 – ORWI („Selbstdurchschreibpapier")*

*Die Beklagte ist Herstellerin von Selbstdurchschreibepapier (SD-Papier), das sie über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft R. GmbH (R.) auch als Großhändlerin vertreibt. Die Kommission hat im Dezember 2001 gegen zehn Unternehmen, darunter die Beklagte, wegen eines von Januar 1992 bis September 1995 europaweit durchgeführten Preiskartells für SD-Papier Geldbußen von insgesamt 313,7 Mio. € verhängt, wovon 33,07 Mio. € auf die Beklagte entfielen*

*(Entscheidung vom 20. Dezember 2001, COMP/E1/36.212). Die dagegen auch von der Beklagten gerichtete Klage blieb vor dem Gericht (Urteil vom 26. April 2007, Rs. T 109/02 u.a., Slg. 2007, II947) und dem Gerichtshof der Europäischen Union (Urteil vom 3. September 2009, Rs. C 322/07, Slg. 2009, I7191) erfolglosDie Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht der ORWI Formulardruck GmbH & Co. KG (ORWI) auf Ersatz kartellbedingten Schadens in Anspruch. ORWI befasste sich bis zu ihrer Insolvenz im Frühjahr 2003 mit dem Druck selbstdurchschreibender Formulare. Das dafür benötigte SD-Papier bezog sie von R. und drei weiteren Großhändlern, die ihrerseits sämtlich von am Kartell beteiligten Herstellern beliefert wurden.*

*Die Klägerin macht geltend, ORWI habe aufgrund des Kartells im Zeitraum vom 1. Februar 1994 bis Februar 1996 überhöhte Preise an R. und die anderen Großhändler zahlen müssen. Denn diese hätten die kartellrechtswidrig vereinbarten Preiserhöhungen zumindest teilweise auf die nächste Handelsstufe und damit auch auf ORWI abgewälzt. Als Beteiligte des Kartells sei die Beklagte nach §§ 830, 840 BGB auch insoweit verantwortlich, als ORWI über den Großhandel Ware anderer kartellbeteiligter Hersteller bezogen habe. Die Klägerin behauptet, ORWI habe dadurch insgesamt Mehrkosten in Höhe von 223.540,26 € gehabt, die sie nicht an ihre Kunden habe weitergeben können.*