

Professor Dr. Peter Krebs

Arbeitsgliederung - Kartellrecht

Gliederungsvorschlag für die Prüfung des Missbrauchsverbotes gemäß Art. 82 EG

A Anwendbarkeit des Art. 82 EG

- I. Unmittelbare Anwendbarkeit und Anwendbarkeit auch durch deutsche Behörden und Gerichte (Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 § 22 Abs. 3 GWB)
- II. Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht (Prüfung beginnt mit der Prüfung der europäischen Regeln)
- III. Inhaltlicher Vorrang des Art. 82 EG gegenüber nationalem Recht (aber strengere Regelung für einseitiges Verhalten von Unternehmen zulässig, Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003).
- IV. Verhältnis zu Art. 81 EG (bei Marktbeherrschung grundsätzlich Anwendungsvorrang des Art 82 EG, nach h.M. aber keine Sperrwirkung gegenüber Art. 81 EG).

B Verbotsadressaten: marktbeherrschende Unternehmen

- I. Ein oder mehrere Unternehmen

Unternehmen: jede selbstständig wirtschaftlich tätige Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform oder Gewinnerzielungsabsicht (Begriff dient der Abgrenzung gegenüber privater oder rein hoheitlicher Tätigkeit).

(Keine Anwendbarkeit des Art. 82 EG bei Unternehmen der Daseinsvorsorge und Finanzmonopolen nach Art. 86 Abs. 2 EG soweit für die Durchführung der übertragenen Aufgabe notwendig.)

- II. Marktbeherrschung

1. Abgrenzung des relevanten Marktes
(funktionales Marktmachtkonzept, Bedarfsmarktkonzept, Beurteilung aus der Sicht der Marktgegenseite)

- a) sachlich

Geht es um die Marktmacht von *Anbietern*, gehören alle Güter und Leistungen sachlich zum selben Markt, die aus der Sicht der Nachfrager „marktgleichwertig“, d.h. ohne große Überlegungen und Anpassungslasten

funktionell austauschbar sind (Bedarfsmarktkonzept). Dabei ist keine völlige Austauschbarkeit im Hinblick auf einen bestimmten Verwendungszweck erforderlich, es genügt ein „hinreichender Grad“ an Austauschbarkeit (z.B. Flachglas und Plastik mit Blick auf deren Verwendung in Gewächshäusern oder Veranden).

Für *Nachfragemärkte* kommt es umgekehrt darauf an, auf welche Produkte und Nachfrager ein Anbieter ohne größere Schwierigkeiten ausweichen kann.

Hilfsgesichtspunkt: *Kreuzpreiselastizität/SSNIP-Test* (würde eine allgemeine Preiserhöhung um 5-10 % zu einer spürbaren Abwanderung der Nachfrage führen).

b) räumlich

Gebiet, in dem das vermeintlich marktbeherrschende Unternehmen und seine Konkurrenten ihre Produkte und Dienstleistungen zu objektiv gleichen Bedingungen ohne wirtschaftliche Schranken von Bedeutung vertreiben können.

=> Hauptabsatzgebiet des betreffenden Produktes

Abgrenzungskriterien:

- Unternehmensstandort, der den natürlichen Aktionsradius bestimmt
- Transportkosten
- Produkteigenschaften (wie z.B. Haltbarkeit und Transportfähigkeit)
- Technische Faktoren wie die Reichweite von Funk- und Fernsehsignalen etc.
- Verbrauchergewohnheiten
- Marktanteilsunterschiede (Achtung: Nicht jeder Marktanteilsunterschied rechtfertigt eine räumliche Trennung z.B. in nationale Märkte. Es reichen im Wesentlichen gleiche Wettbewerbsbedingungen zur Annahme eines räumlich einheitlichen Marktes).

Märkte, deren natürliche Wettbewerbsbedingungen durch hoheitliche Interventionen (wie Einfuhrbeschränkungen, Produktionsquoten, rechtliche Monopole) verfälscht werden, bilden selbständige räumlich relevante Märkte. Gleiches gilt für faktische Monopole.

c) zeitlich

Art. 82 EG setzt voraus, dass ein Unternehmen *zurzeit* des Missbrauchs den relevanten Markt beherrscht. Beschränkt sich die Marktbeherrschung auf einen Zeitabschnitt, kann nur für diese Zeit ein Verstoß gegen Art. 82 EG vorliegen.

Dies wird nur in Ausnahmefällen relevant, z.B. wenn ein Unternehmen aufgrund vorübergehender Umstände eine vorübergehende Machtposition erlangt (z.B. bei vorübergehender Mangellage) oder bei zeitlich abgegrenzten Märkten (z.B. Abflugzeitenslots auf Flughäfen, Markt für Messen).

2. Beherrschende Stellung

a) Begriff

Ein Unternehmen verfügt über eine beherrschende Stellung, wenn es aufgrund seiner wirtschaftlichen Macht in der Lage ist, sein Verhalten gegenüber Wettbewerbern, Abnehmern und Lieferanten in nennenswertem Umfang unabhängig zu gestalten, und so einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt verhindern kann.

b) Kriterien

Ob eine beherrschende Stellung vorliegt, ist i.d.R. durch eine Gesamtbeurteilung aller für die Marktverhältnisse relevanten Faktoren zu ermitteln (vgl. die Kriterien des Art. 2 Abs.1 FKVO die möglicherweise analog heranzuziehen sind, zumindest aber Orientierungspunkte liefern). Zu diesen Faktoren gehören:

aa) Marktstruktur

Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt: bestimmt durch die Zahl der Wettbewerber und deren Marktanteile

Anders als im deutschen Recht kommt es weniger auf die abstrakte Größe der Marktanteile an, als vielmehr auf deren Verhältnis zu den Anteilen der Konkurrenz. Ab 70%- 80 % wird aber auch europäisch stets eine marktbeherrschende Stellung bejaht. Bei 50 % wird dies bei deutlichem Abstand zur Konkurrenz häufig der Fall sein. Darunter sind die Prozentsätze allein nicht hinreichend aussagekräftig. Unter 25 % kommt eine Marktbeherrschung praktisch nicht in Betracht (vgl. Erwägungsgrund 32 der FKVO). In der Praxis der Kommission reichen Marktanteile unter 35 % nur bei zersplitterter Konkurrenz.

bb) Unternehmensstruktur

relevant, wenn die Marktstruktur keine eindeutige Beurteilung der Marktbeherrschung zulässt

Frage, auf welche Weise ein Unternehmen seine Unabhängigkeit gegenüber anderen Marktteilnehmern behaupten kann

- etwa durch technologischen Vorsprung, Abhängigkeit der Lieferanten oder Abnehmer, besondere Finanzkraft oder Produktions- oder Lieferkapazitäten

cc) Marktverhalten des Unternehmens

Marktverhaltenstest als Kontrolle des durch die Strukturanalyse gewonnenen Ergebnisses

Marktverhalten indiziert Marktmacht, wenn es Ausdruck eines von anderen Marktteilnehmern unabhängigen Verhaltens ist, dass geeignet ist, wirksamen Wettbewerb zu verhindern, ohne dass dies dem fraglichen Unternehmen selbst schadet (z.B. Unternehmen reagiert nicht auf Preissenkungen der Konkurrenz, ohne dass dies seinen Marktanteil spürbar verändert - vgl. dazu den SSNIP-Test).

Insb. Frage nach der Bestimmung oder Kontrolle des Marktpreises

c) Beherrschung durch mehrere Unternehmen

- Mehrere Unternehmen eines Konzerns, die koordiniert und unter strikter Kontrolle durch die Muttergesellschaft am Markt auftreten, gelten im Sinne des Gemeinschaftsrechts als ein Unternehmen.
- Kollektiver Missbrauch durch Kartellmitglieder (Art. 81 EG und Art. 82 EG sind nebeneinander anwendbar.)
- Oligopole können erfasst sein (ein oder mehrere Unternehmen Art. 82 S. 1 EG). Eine Oligopolvermutung wie in § 19 Abs. 3 S. 2 GWB gibt es europäisch nicht.

Laut EuGH erfordert ein kollektiver Missbrauch durch ein Oligopol eine gemeinsame Marktbeherrschung durch Unternehmen, zwischen denen kein wirksamer Binnenwettbewerb besteht und die so eng verbunden sind, dass sie auf dem Markt in gleicher Weise vorgehen können. Dies muss nachgewiesen werden können.

3. Beherrschung eines wesentlichen Teils des Gemeinsamen Marktes

Der vom Unternehmen beherrschte relevante Markt muss sich über den gesamten Gemeinsamen Markt oder zumindest einen wesentlichen Teil davon erstrecken. Maßgeblich ist wirtschaftliche Bedeutung für den Gesamtmarkt, nicht die Fläche. 10 % des Europäischen Gesamtumsatzes reichen stets, 4 % grundsätzlich nicht (möglicherweise führt die Vergrößerung der EU zu einer Reduzierung des Prozentsatzes).

Die Gemeinschaftsrelevanz ist keine besonders hohe Hürde. Sie ist bei nationalen Märkten wichtiger Mitgliedsstaaten bei größeren Teilen großer Mitgliedsstaaten (Süddeutschland für Zucker) oder etwa besonders wichtigen Häfen, Flughäfen (z.B. Flughafen Frankfurt) oder Flugstrecken bereits gegeben.

C Verbotenes Verhalten: missbräuchliches Ausnutzen der marktbeherrschenden Stellung

I. Regelbeispiele (Art. 82 S. 2 EG)

1. Preis- oder Konditionenmissbrauch (lit. a)

Das Unternehmen erzielt als Anbieter oder Nachfrager von der Marktgegenseite unangemessene (stark überhöhte) Preise bzw. unbillige Konditionen.

Als typischer Fall des Ausbeutungsmisbrauchs liegt er regelmäßig nur in Verikalverhältnissen vor, in Horizontalverhältnissen nur zu bejahen, wenn der Preis- oder Konditionenmissbrauch zugleich die Behinderung von Konkurrenten bewirkt oder gerade zum Zweck der Behinderung eingesetzt wird (Behinderungsmisbrauch).

Beurteilung der Angemessenheit von Preisen nach einer Preis-Kosten-Analyse (Vergleich Preis – wirklicher Wert des Produkts) oder nach dem Vergleichsmarktkonzept (so mehrfach der EuGH). Zulässig ist es in besonders umkämpften Märkten Abschläge zu gewähren. Das Vergleichsmarktkonzept gibt es in der Form des sachlichen Vergleichsmarktes und des zeitlichen Vergleichsmarktes(früheres Verhalten des Unternehmens).

2. Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher (lit. b)

Zweck: Schutz vor künstlicher Verknappung, die dem Verbraucher (generell als Abnehmer verstanden) unmittelbar oder mittelbar – insbesondere durch Verteuerung – schadet.

Lit. b) betrifft sowohl die Selbstbeschränkung (Einschränkung eigener Produktions-, Absatz- und Entwicklungsaktivitäten, z.B. Einstellung der Produktion von Ersatzteile für ältere Produktmodelle) als auch die Fremdbeschränkung (Veranlassen einer Einschränkung bei anderen, z.B. durch Wettbewerbsverbote, besondere Vertriebs-, Ausschließlichkeits- und Verwendungsbedingungen, Spezialisierungsabkommen, Exportverbote etc.; insoweit Überschneidung mit lit. a möglich).

3. Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen – Diskriminierungsverbot (lit. c)

Das Verbot schützt vor einseitigen diskriminierenden Maßnahmen marktbeherrschender Unternehmen, um die Chancengleichheit am Markt zu wahren (vgl. Art. 81 I lit. d) EG).

Hauptanwendungsfall sind Preisdiskriminierungen: Das marktbeherrschende Unternehmen verlangt oder zahlt für gleichwertige Leistungen ohne sachlichen Grund unterschiedliche Preise (Musterfall des Ausbeutungsmisbrauchs).

Weitere Beispiele: Benachteiligung ausländischer Unternehmen beim Zugang zum Werbefernsehen, Bevorzugung einzelner Handelspartner, um sie von der Konkurrenz abzuwerben, Treuerabatte bei Ausschließlichkeit des Bezugs etc.

4. Verbot unsachlicher Kopplungen durch marktbeherrschende Unternehmen (lit. d)

Zweck: Verbot dient insbesondere der Verhinderung von Kopplungsstrategien, mit denen ein Unternehmen seine Marktmacht vom beherrschten auf einen weiteren Markt ausdehnen will (s. die Fälle „Hilti“ und „Tetra Pak“).

Marktbeherrschendes Unternehmen knüpft den Abschluss von Verträgen an die Bedingung, dass der Vertragspartner zusätzliche Leistungen abnimmt, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

II. Sonstige Fälle, Generalklausel Art. 82 S. 1 EG

Über die Regelbeispiele des S. 2 hinaus erfasst die Generalklausel des S. 1 weitere Fälle der Ausnutzung von Marktmacht in Form von

- Ausbeutungsmisbrauch (Verhalten zum Erzielen von Ergebnissen, die bei funktionierendem Wettbewerb nicht zu erzielen gewesen wären)
- Behinderungsmisbrauch (Maßnahmen, die sich gegen vorhandene oder potentielle Konkurrenten richten und den Restwettbewerb beeinträchtigen)
Hierher gehören z.B. Ausschließlichkeitsbindungen, Liefer- und Andienungsverpflichtungen, Treuerabatte und sonstige Rabatte, die letztlich den Treuerabatten gleichstehen.
- Strukturmissbrauch (Unternehmenszusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung verstärken und den Restwettbewerb dadurch noch weiter einschränken; Continental-Can-Doktrin; str., ob neben der FusionskontrollVO noch anwendbar, s. deren Art. 22 mit Erwägungsgrund Nr. 7),

durch die Konkurrenten, Handelspartner oder Verbraucher geschädigt oder die Strukturen des Marktes beeinträchtigt werden und die nicht schon von den Regelbeispielen erfasst werden.

Beispielsfälle für Art. 82 S. 1 EG (Generalklausel):

1. Kampfpreisunterbietung (*predatory pricing*)

- a) Missbrauch bei Verkauf unter variablen Kosten (auch ohne Verdrängungsabsicht)

Liegen die durchschnittlichen variablen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens über den Preisen, gilt das Verhalten als missbräuchlich.

- b) Gezielte Verdrängung
Voraussetzungen sind:

- dass die Preise zumindest die durchschnittlichen Gesamtkosten (variable Kosten + Fixkosten) unterschreiten (kostendeckende Tiefpreise sind generell zulässig) und
- der Marktbeherrscher in Verdrängungsabsicht handelt (Indizien: Drohungen gegen Konkurrenten, ungewöhnlich niedrige Preise, Lockvogelangebote, Preisdiskriminierungen zur gezielten Abwerbung von Kunden der Konkurrenten).

2. Geschäftsverweigerung; *essential-facilities-doctrine*

Missbrauch durch Abbruch von Geschäftsbeziehungen zu Handelspartnern oder Verweigerungen der Aufnahme von Geschäften mit potentiellen Partnern ohne sachlich rechtfertigenden Grund

- a) Abbruch
nur erlaubt, wenn ein Abbruch der Geschäftsbeziehung gemessen an den Zielen des EG sachlich gerechtfertigt ist (z.B. Wechsel zu einem

günstigeren Vertragspartner, Vertragspartner erfüllt bei selektivem Vertrieb Qualitätsanforderungen nicht, Vertragsverletzungen der Gegenseite, noch strengere Voraussetzungen bei Monopolstellung und unverzichtbarem Gut).

b) Nichtaufnahme
nur dann missbräuchlich, wenn ein Unternehmen wegen seiner besonderen Marktstellung kontrahierungspflichtig ist und eine Verweigerung sachlich nicht zu rechtfertigen ist.

c) Sonderfall *essential-facilities-doctrine* (vgl. auch § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB)
Unternehmen weigert sich, anderen Unternehmen gegen ein angemessenes Entgelt Zugang zu eigenen „wesentlichen Einrichtungen“ zu gewähren.

- Wesentliche Einrichtung: Einrichtungen oder Infrastrukturen, ohne deren Nutzung der Zugang zu den der betreffenden Einrichtung vor- oder nachgelagerten Märkten unmöglich ist.

(Beispiele: Versorgungsnetze, Häfen oder andere vergleichbare Infrastruktureinrichtungen, Microsoft Schnittstelleninformationen)

- Ein entsprechender Marktzugang ist unmöglich, wenn kein potentieller Konkurrent aus tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen in zumutbarer Weise eine entsprechende Einrichtung schaffen oder sich in sonstiger Weise Zugang zum fraglichen vor- oder nachgelagerten Markt verschaffen kann (Problem: mehrere parallele Netze).

- Missbrauch nur, wenn Zugangsverweigerung ohne rechtfertigenden Grund (z.B. Kapazitätsgrenzen, ernsthafte Funktionsbeeinträchtigung) erfolgt

- Zugang muss nur gegen ein angemessenes Entgelt (variable Kosten der Mitbenutzung, Beteiligung an fixen Kosten, angemessene Verzinsung investierten Kapitals vgl. Streit um Durchleitungsentgelte bei Telefon, Gas und Strom) gewährt werden.

e) Zwangslizenzen bei Immaterialgüterrechten

Besonders umstritten, aber möglich ist es, mit der *essential facilities* Doktrin Zwangslizenzen bei Immaterialgüterrechten zu rechtfertigen. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn durch die Öffnung des vorgelagerten beherrschten Marktes neue Märkte auf der nachgelagerten Stufe erschlossen werden und damit eine echte Innovation ermöglicht wird. (EuGH Slg. 2002 I-3401 IMS Health).

D Eignung, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Zwischenstaatlichkeitsklausel)

hierzu Leitlinien der Kommission (2004/C 101/07 ABl. 2004 (C101/82))

I. Grundsatz

Erfasst sind alle Fälle, die unmittelbar oder mittelbar tatsächlich oder potentiell den Waren- oder Dienstleistungsaustausch einschließlich der Errichtung von Niederlassungen zwischen den Mitgliedsstaaten mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit beeinträchtigen können und damit für das Ziel einheitlicher europäischer Märkte nachteilig sein können (weite funktionale Auslegung EuGH Slg. 1980, 3775 L'Oreal).

Rein innerstaatliche Fälle oder Fälle, die sich nur im Verhältnis zu Nichtmitgliedsstaaten *auswirken* können, fallen nicht unter Art. 82 EG, sondern sind nur nach nationalem Kartellrecht zu beurteilen.

Für die Anwendbarkeit von Art. 82 EG reicht eine abstrakte Eignung zur Beeinträchtigung, auch wenn sich der Missbrauch unmittelbar nur in einem Mitgliedsstaat auswirkt (z.B. Möglichkeit der Marktabschottung gegenüber ausländischen Konkurrenten reicht).

II. Spürbarkeit der Zwischenstaatlichkeit

Bei Marktbeherrschung in einem Mitgliedsstaat reichen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen in einem Teilbereich eines Mitgliedsstaates in der Regel für die Zwischenstaatlichkeit aus, es sei denn, der Missbrauch ist von rein lokaler Bedeutung oder betrifft einen unbedeutenden Umsatzanteil (Leitlinien Tz 96). Gleiches sollte bei Marktbeherrschung auf einen wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes in anderer Form (zentrales Gebiet etc.) gelten.

E Rechtsfolgen

I. Nichtigkeit von Verträgen und Beschlüssen, die gegen Art. 82 EG verstoßen, gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 82 EG

Anders als bei Art. 81 Abs. 2 EG gibt es keine unmittelbare Nichtigkeit nach Europarecht. Art. 82 EG ist aber ein unmittelbar wirkendes Verbot ohne Notwendigkeit einer Umsetzungsentscheidung und ohne Freistellungsmöglichkeit (s. Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003, § 22 Abs. 3 GWB).

II. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gemäß anwendbarem nationalem Recht (§ 33 Abs. 1 GWB)

Der nationale Gesetzgeber ist zur Gewährleistung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen gemäß dem Grundsatz des *effet utile* und unter Wahrung des Äquivalenzgrundsatzes (Rechtsfolgen des nationalen Kartellrechts müssen auch bei Verletzung der Art. 81, 82 EG gewährt werden) verpflichtet (EuGH Slg. 2001, I 6297 Rn. 29 Courage).

Im deutschen Recht gewährt § 33 Abs. 1 S. 1. Alt. GWB bei Verstößen gegen Art. 82 EG einen Beseitigungsanspruch. § 33 Abs. 1 S.1 2. Alt. GWB i.V.m. § 33 Abs. 1 S. 2 GWB gewährt einen Unterlassungsanspruch bei Wiederholungsgefahr oder drohender Erstbegehung (Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB analog ist nicht erforderlich und wohl auch nicht zulässig). Klageberechtigt sind gemäß § 33 Abs. 1 S. 3 GWB beeinträchtigte Marktteilnehmer (Konkurrenten, Zulieferer und Abnehmer von Konkurrenten, Abnehmer, Lieferanten, weitere Unternehmen in der Leistungskette und wohl auch Verbraucher als Marktteilnehmer) und Unternehmensverbände unter den Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 GWB.

Aus dem Anspruch auf Unterlassung einer Nichtbelieferung folgt bei Verstoß gegen Art. 82 EG (anders BGH EuZW 1998, 766 zu Art. 81 EG) nach h.M. auch ein Erfüllungsanspruch auf Belieferung (Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung).

III. Schadensersatzanspruch gemäß § 33 Abs. 3 GWB

Hinweis: Die Regelung des § 33 Abs. 3 GWB ist neu und in vielerlei Hinsicht unklar. Sie könnte sogar verfassungswidrig sein, da sie möglicherweise gegen das Übermaßverbot verstößt und mit dem bisher in Deutschland anerkannten Bereicherungsverbot für Geschädigte nicht vereinbar scheint. Unklar ist auch, in wieweit sie durch das europäische Effektivitätsgebot gefordert wird und damit nicht zur Disposition des deutschen Gesetzgebers und deutscher Gerichte steht. Diese Problematik ist klausurrelevant (!).

1. Voraussetzungen

Klageberechtigung (wohl jeder Geschädigte einschließlich der Verbraucher, da die Schutzgesetzkonstruktion bewusst aufgegeben wurde, problematisch wegen Uferlosigkeit der Zahl der Geschädigten und des Umfangs der Ersatzpflicht und Ausschluss der *passing off defence* in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB; Verstoß gegen Art. 82 EG (Beachte Bindungswirkung von Feststellungen gem. § 33 Abs. 4 GWB); Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Schädigers; kausaler Schaden (Ausschluss bzw. Einschränkung der sog. *passing off defence* bei in der Leistungskette weitergegebenen erhöhten Preisen gem. § 33 Abs.3 S.2 GWB aufgrund derer rein rechnerisch kein Schaden des unmittelbar Geschädigten vorliegt, sich dieser Schaden vielmehr innerhalb der Absatzkette verlagert); keine Verjährung (§§195, 198 ff. BGB; § 33 Abs. 5 GWB).

2. Rechtsfolgen

a) Genereller Schadensersatzumfang

Schadensersatz (Schätzung gem. § 287 ZPO unter möglicher („kann“) Berücksichtigung der Gewinne des Schädigers durch diese Handlung- neuartiges und unklares Abschreckungs- und Abschöpfungselement, welches bisher nur bei Verletzung des immateriellen Persönlichkeitsrechts verwendet wurde § 33 Abs. 3 S. 3 GWB und Ablehnung (?) der *passing off defence* § 33 Abs. 3 S. 2 GWB mit Unklarheit darüber, ob dieser Teil des Schadensersatzes etwa in der Lieferkette weitergegeben werden muss) und Verzinsung des Schadensersatzes gem. § 33 Abs. 3 S. 4,5 GWB.

- b) Problem paralleler und den Schaden überkompensierender Schadensersatzpflichten:

Völlig unklar ist, was passiert wenn gleichzeitig oder nacheinander alle Geschädigten Schadensersatz verlangen.

Lösung a): Der Schadensersatz wird uneingeschränkt an alle gewährt und zwar jeweils unter Ablehnung der *passing off defence* und unter Berücksichtigung des Verletzergewinns (Argumente: Wortlaut, unproblematisch handhabbar, Abschreckungswirkung, Versagen der bisherigen Schadensersatzregelung).

Lösung b): Der Schädiger ersetzt maximal den insgesamt entstandenen Schaden, kann sich also letztlich bei Inanspruchnahme durch alle doch auf die *passing off defence* berufen. Der Ersatz muss entsprechend zwischen allen Geschädigten verteilt werden (Argumente: Verhinderung der Überkompensation, Sicherung der Handlungsfreiheit des Schädigers).

Lösung c): Man grenzt von vornherein die Zahl der Klageberechtigten aus dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm und der Vorhersehbarkeit auf die unmittelbaren Vertragspartner und bei Handlungen zu Lasten von Konkurrenten auf diese Konkurrenten ein und vermeidet somit das Problem der Überkompensation (Argumente: Vermeidung der Überkompensation, leichte Handhabbarkeit, Nähe zur bisherigen Praxis).

- IV. Vorteilsabschöpfung durch deutsche Kartellbehörde gem. § 34 GWB (Vorsatz oder Fahrlässigkeit reicht, Abschöpfung entfällt bei Leistung von Schadensersatz oder Abschöpfung von Geldbußen, Billigkeitsregelung in § 34 Abs. 3 GWB) (eher theoretische Regelung).
- V. Vorteilsabschöpfung durch Verbände (§§ 34a, 34, 33 Abs. 2 GWB) bei vorsätzlich verursachten Streuschäden, soweit nicht die Kartellbehörde den Vorteil abschöpft oder Schadensersatzleistungen oder Geldbußen den Vorteil abschöpfen (sehr theoretische Regelung).
- VI. Feststellung der Missbräuchlichkeit, Untersagung (sowie Anordnung erforderlicher Abhilfemaßnahmen ggf. auch einstweilig gem. Art. 8 VO Nr. 1/2003) durch die Kommission nach Art. 7 ff. VO Nr. 1/2003 oder durch die nationale Kartellbehörde gem. §§ 32 ff. GWB.
- VII. Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen des Unternehmens durch die Kommission (Art. 9 VO 1/2003)
- VIII. Bußgeld durch die Kommission (Art. 23 VO 1/2003), oder durch die nationale Kartellbehörde (Obergrenze 10 % des weltweiten Konzernumsatzes des vergangenen Geschäftsjahres) gem. Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 bzw. § 81 Abs.4 GWB (nur nach Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003 ist bei Zahlungsunfähigkeit von Unternehmensvereinigungen ein Durchgriff auf die Unternehmen möglich).
- IX. Zwangsgelder durch die Kommission zur Durchsetzung einer Untersagungsverfügung (Art. 24 VO 1/2003 bis zum fünffachen durchschnittlichen Tagesumsatz des vergangenen Jahres) bzw. in Deutschland Geldbußen gem. § 81 Abs.4, 2 Nr. 1 GWB in kaum spürbarer Höhe (deutliche Sanktionendifferenz).