

## Professor Dr. Peter Krebs

### Arbeitsgliederung - Kartellrecht

## Gliederungsvorschlag für die Prüfung des Kartellverbotes gemäß §§ 1 ff. GWB

### A Anwendbarkeit der §§ 1 ff. GWB bei Vorgängen mit europäischem und internationalem Bezug

#### I. Anwendungsvorrang des Art. 81 EG

#### II. Ergebnisvorrang des Art. 81 EG (einschließlich der GVO) in Fällen der Zwischenstaatlichkeit (Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003; § 22 Abs. 2 GWB)

- Art. 81 EG ist Höchst- und Mindeststandard in seinem Bereich. Eine abweichende Entscheidung bei Erfüllung der Zwischenstaatlichkeitsklausel ist daher nicht zulässig. Die parallele Anwendung der §§ 1 ff. GWB ist zulässig, aber als echte Prüfung mit Obersätzen und Subsumtion mangels Zulässigkeit abweichender Ergebnisse jedoch entbehrlich. Es reicht ein Hinweis auf die notwendig parallelen Ergebnisse.
- Ist ein Verhalten gem. Art. 81 EG ggf. unter Heranziehung einer GVO zulässig, so ist nur darauf hinzuweisen, dass gleiches im Rahmen der §§ 1 ff. GWB gelten muss. Eine Prüfung der §§ 1 ff. GWB ist entbehrlich.
- Ist ein Verhalten gem. Art. 81 EG unzulässig, gilt gleiches auch gem. § 1 GWB. Auch hier ist eine parallele Prüfung grundsätzlich entbehrlich, da die Rechtsfolgen gem. § 33 GWB und § 81 GWB bei Verstößen gegen Art. 81 EG und § 1 GWB identisch sind. Zwar ist unklar, ob § 3 GWB, der keine Entsprechung in Art. 81 EG hat, zumindest in Einzelfällen theoretisch zu anderen Ergebnissen führen könnte. Dies bedarf jedoch grundsätzlich keiner Klärung, da § 3 GWB in einem solchen Fall wegen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 nicht anwendbar wäre. In der Arbeit ist wiederum auf die notwendig parallelen Ergebnisse und darauf hinzuweisen, dass auch § 3 GWB aufgrund des Vorrangs nicht zu abweichenden Ergebnissen führen kann. (Eine Prüfung der §§ 1 ff. GWB ist hingegen durchzuführen, wenn die Aufgabenstellung hierzu auffordert, z.B. danach fragt, ob es bei Anwendung der §§ 1 ff. GWB zu gleichen Ergebnissen käme. Selbst dann sollte die Prüfung stark verkürzt werden und vor allem § 3 GWB diskutiert werden.)

#### III. Bei Auslandssachverhalten muss Wettbewerb in Deutschland gemäß § 130 Abs. 2 GWB betroffen sein (Auswirkungsprinzip)

Auch in dieser Hinsicht würden theoretisch vorstellbare abweichende Ergebnisse ggü. Art. 81 EG bei zwischenstaatlichen Vorgängen zu einer Unanwendbarkeit der deutschen Regelung führen.

## **B Abgrenzung zu §§ 35 ff. GWB bei Gemeinschaftsunternehmen**

§§ 1 ff. GWB sind aufgrund der fehlenden Konkurrenzregelung in den §§ 35 ff. GWB grundsätzlich auf die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen anwendbar. Dies gilt nicht bei rein konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen, in denen eine bestimmte Aktivität der Muttergesellschaften zusammengeschlossen wird und ein kooperatives Element nicht enthalten ist (BGHZ 96, 69, 78 – OAM; BGHZ 147, 325, 331 – Ost-Fleisch). Konzentrierte Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen sind daher wie auf europäischer Ebene kein Fall eines verbotenen Kartells. Eine nähere Prüfung des § 1 GWB ist nicht erforderlich, da in diesen Fällen, generell die Voraussetzungen der §§ 1 ff. GWB nicht erfüllt sind. Nach deutschem Verständnis kommt auch bei Gründung eines Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmens die Annahme eines rein konzentrativen Vorgangs in betracht, der eine Prüfung der §§ 1 ff. GWB entbehrlich macht. Mangels gesetzlicher Konkurrenzregel erscheint es jedoch sinnvoll im Rahmen der Subsumtion unter § 1 GWB zu erörtern, ob die Gründung eines konkreten Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmens rein konzentrativ ist oder doch ein die Voraussetzungen des § 1 GWB erfüllendes kooperatives Element enthält (a.A. vertretbar).

## **C Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche**

- Gem. Art. 2 VO 26/62; § 28 GWB ist die Anwendbarkeit von § 1 GWB auf landwirtschaftliche Erzeuger stark eingeschränkt.
- Die Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften ist spezialgesetzlich in § 30 GWB geregelt. Diese Regelung ist bei grenzüberschreitendem Vertrieb an Art. 81 EG und Art. 28,30 EG zu messen.
- Arbeitsrechtliche Kollektivvereinbarungen unterfallen nach ganz h.M. nicht dem Kartellverbot. Dies kann man als Sonderregelung für einen Wirtschaftsbereich interpretieren aber auch im Rahmen einer engen Interpretation der Begriffe Unternehmen und Unternehmensvereinigungen rechtfertigen.
- Wettbewerbsregeln von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen sind in §§ 24 ff. GWB nicht vom Kartellverbot freigestellt. Sie unterfallen aber einem speziellen Anerkennungsverfahren.

## **D § 1 GWB Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen**

Unternehmen: jede wirtschaftlich selbständige Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform, Abgrenzung gegenüber privater oder rein hoheitlicher Tätigkeit (vgl. auch § 130 Abs. 1 GWB); teilweise schon hier Erörterung der Konzernproblematik.

Unternehmensvereinigungen: Vereinigungen von Unternehmen, deren Zweck es zumindest auch ist, die wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder zu wahren. Eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit ist nicht erforderlich. Bei eigener wirtschaftlicher Tätigkeit sind sie zugleich Unternehmen. Bei einer rein hoheitlichen Tätigkeit insbesondere bei einer im Wesentlichen gesetzlich determinierten Tätigkeit liegt keine

Unternehmensvereinigung vor. Eine gesetzliche Verpflichtung, Allgemeininteressen zu wahren, dürfte jedenfalls bei fehlender effektiver Überprüfung dieser Regelung nicht ausreichen, die Einordnung als Unternehmensvereinigung abzulehnen (str.). Sinnvoll sind eine großzügige Bejahung der Unternehmensvereinigung und eine separate Prüfung des konkreten Beschlusses.

## **E Verbotenes wettbewerbsbeschränkendes Zusammenwirken gem. § 1 GWB**

### **I. Vereinbarungen**

Hierzu gehören alle horizontalen oder vertikalen Abreden mit Bindungswillen ohne dass es auf die Wirksamkeit der Abrede oder eine allgemeine Zwang- oder Druck-situation ankommt(z.B. bei Missbrauch von Marktmacht). Verlangt z.B. ein markt-beherrschendes Unternehmen ein bestimmtes Verhalten und erfolgt dieses Verhal-ten unter diesem Druck so liegt im Regelfall zumindest eine konkludente Vereinba-rung vor. Dies gilt nicht bei zumindest teilweiser Nichtbefolgung(EuGH GRUR Int. 2004, 508 –Bayer). Eine Vereinbarung die einer zwingenden gesetzlichen Rege-lung folgt(z.B. gesetzliche Buchpreisbindung, die allerdings an Art. 28, 30 EG zu messen ist) ist in diesem Sinne keine Vereinbarung, da diese einen freien Spiel-raum voraussetzt.

Streitig ist die Erfassung sogenannter gentlemen agreements, bei denen zumindest kein Bindungswille im Sinne einer gewollten Einklagbarkeit besteht. Es handelt sich hierbei zumindest um aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, weshalb es kei-ner Entscheidung bedarf, ob auch eine Einordnung als Vereinbarung gerechtfertigt ist.

### **II. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen**

Auffangtatbestand, der einen (auch konkludenten) gemeinschaftlichen Willen und ein dadurch verlangtes kausales Marktverhalten verlangt. Bei Parallelverhalten von Unternehmen kann nicht generell ein aufeinander abgestimmtes Verhalten unter-stellt werden(Unschuldsvermutung). Anders ist dies bei vorheriger Information über das beabsichtigte Verhalten und einer Wiederholung dieses Vorgangs. Schon die Übermittlung von Informationen selbst kann ein abgestimmtes Verhalten beinhal-ten.

### **III. Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen**

Erfasst sind alle Beschlüsse unabhängig von ihrer Form und Wirksamkeit und zwar grundsätzlich auch durch ein unzuständiges Gremium. Ist der Beschluss inhaltlich im Wesentlichen hoheitlich bestimmt, liegt in soweit kein Beschluss vor, da hier nur der eigenverantwortliche Eingriff in den Wettbewerb erfasst sein soll. Empfehlun-gen sind anders als bisher (§ 22 Abs. 1 S. 1 GWB a.F.) nicht ausdrücklich geregelt. Empfehlungen einer Unternehmensvereinigung sind dann als Beschlüsse anzuse-hen, wenn sie verbindlich sind oder zumindest geeignet sind, die Empfänger zur Einhaltung zu veranlassen, weil ansonsten Nachteile drohen. Werden Empfehlun-gen nur rein tatsächlich befolgt liegt zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise vor.

### **IV. Ausnahme bei konzerninternen Vereinbarungen (Konzernprivileg)**

Bei gesellschaftsrechtlich legaler Möglichkeit von Weisungen eines Konzerns an-stelle der zu beurteilenden Vereinbarung besteht kein durch das Kartellverbot schutzfähiges Wettbewerbsverhältnis zwischen den Konzernunternehmen, wes-halb Vereinbarungen in solchen Konzernen unter Beteiligung oder mit Einver-

ständnis der Muttergesellschaft nicht erfasst sind (EuGH Slg. 1998, I 2111-Stora Koppabergs Bergslags). Problematisch sind die Fälle, in denen das Weisungsrecht selbst umstritten ist (deutscher faktischer Aktienrechtskonzern vgl. §§ 311, 317 AktG) oder Tochtergesellschaften selbstständig ohne Beteiligung der Muttergesellschaft den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb beschränken.

## **F Bezwecken oder Bewirken der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung von Wettbewerb**

Geschützt werden alle Marktteilnehmer, der Vertragspartner wie auch alle Dritten, aktueller und potentieller Wettbewerb ohne Einschränkungen hinsichtlich der Absatzstufe.

Verhinderung ist die Ausschaltung des Wettbewerbs. Selbst wenn man nur auf den Wettbewerb zwischen den Beteiligten abstellen würde, wird dies nur selten der Fall sein. Am ehesten kann man dies bei einer Gebietsaufteilung o.ä. annehmen.

Eine Einschränkung von Wettbewerb liegt bei jeglicher Einschränkung einer der den freien Wettbewerb bestimmenden Variablen vor (z.B. Preis, Produktpalette, Produkteigenschaften, AGB, Forschung, Vertrieb, Marketing, Zusammenarbeit mit anderen Marktteilnehmern) vor. Diese Einschränkung kann die mittelbare Folge einer scheinbar neutralen Regelung sein. Dies folgt aus dem „bewirkt“. Geschützt wird auch der potentielle Wettbewerb, weshalb z.B. die Errichtung von Marktzutrittsschranken erfasst ist. Bei den nicht offenkundigen Fällen wird die Bewegungsfreiheit aktueller und potentieller Teilnehmer am Wettbewerb mit und ohne die geprüfte Handlung verglichen. Keine relevante Einschränkung liegt vor, wenn bei einer Begrenztheit von Rohstoffen etc. alle verfügbaren Rohstoffe von einem Marktteilnehmer gekauft werden, soweit sie tatsächlich von diesem auch benötigt werden. Denn die Folgen eines normalen legitimen Wettbewerbsverhaltens sind nicht erfasst.

Eine Verfälschung liegt vor, wenn ein Marktteilnehmer gezielt begünstigt oder ein anderer Marktteilnehmer gezielt behindert wird. Da jeder erfolgreiche Vertragsschluss eines Wettbewerbers sich zu Lasten der anderen Wettbewerber auswirkt, ist darauf zu achten, dass es sich tatsächlich, um eine Verfälschung also eine nicht natürliche Folge des Wettbewerbs selbst handelt.

Die Beispiele des Art. 81 Abs. 1 2. HS lit. a)-e) EG sind anders als Art. 81 Abs. 3 EG in § 2 Abs. 1 GWB und die GVO in § 2 Abs. 2 GWB nicht im GWB in Bezug genommen. Es ist jedoch eine analoge Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 2. HS EG zu befürworten, da sich eine unterschiedliche Behandlung der Fälle nicht rechtfertigen lässt und vom Gesetzgeber auch nicht gewollt ist (vgl. Arbeitsgliederung Art. 81 D).

Bezweckt ist eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie Ziel einer bestimmten Regelung ist.

Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung bereits dann, wenn sie adäquat kausale Folge ist.

## G Spürbarkeit (de minimis Regel/Bagatellklausel)

Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung (spürbare Beeinflussung der Wettbewerbsparameter) ist ein allgemein anerkanntes ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, welches auf einer teleologischen Reduktion des Kartellverbots beruht. Hiermit wird einmal der Überlastung der Kartellbehörden Rechnung getragen und zugleich eine fehlende Schutzwürdigkeit des Wettbewerbs in Bagatellfällen angenommen. Notwendig ist eine Gesamtabwägung im Hinblick auf die betroffenen Marktanteile und die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung.

- I. Spürbarkeit allein auf Grund Marktanteils  
Die Bagatellbekanntmachung bindet die Kommission aber nicht den EuGH und bindet erst recht nicht deutsche Gerichte und Kartellbehörden bei Anwendung des § 1 GWB. Die Grenze von 10 % bei nicht besonders gravierenden Verhaltensweisen bei horizontalen Vereinbarungen bzw. 15% bei vertikalen Vereinbarungen bzw. 5% bei kumulativen Abschottungseffekten der Bagatellbekanntmachung der Kommission gilt daher nicht. Andererseits soll und muss § 1 GWB parallel zu Art. 81 EG angewendet werden. Solange der EuGH daher nicht die Quoten der Kommission verwirft, können sie ohne Bindungswirkung als Orientierung dienen.
- II. Spürbarkeit auf Grund der Qualität der Wettbewerbsbeschränkung (sog. „hardcore“ Kartelle bzw. Kernbeschränkungen: Preis-, Quoten-, Gebietsabsprachen)  
Selbst hier sollen absolute Bagatellanteile von 1 % nicht ausreichen. Dies ist dann problematisch, wenn der räumliche Markt wie häufig sehr weit gefasst wird.

## H Ungeschriebene Ausnahmen vom Kartellverbot

- I. Allgemeine „rule of reason“?  
Allgemeine Vernunftgründe als Einschränkung des Kartellverbots wie im amerikanischen Recht z.B. die Kompensation einer Wettbewerbsbeschränkung durch eine damit verbundene Verbesserung des Wettbewerbes werden vom EuGH und der h.M. nicht als generelle Kategorie anerkannt. Dies ist strittig und daher in einer Klausur ggf. zu diskutieren. Anerkannt sind jedoch speziellere Ausnahmen insbesondere die Immanenztheorie
- II. Immanenztheorie (insbesondere „ancillary restraints“)  
Die Zulässigkeit der für den Vertragserfolg notwendigen und verhältnismäßigen(immanenten) Wettbewerbsbeschränkungen als Nebenbestimmung eines als solchen kartellrechtlich unbedenklichen Vertrages ist anerkannt. Anerkannt ist dies z.B. für ein begrenztes Wettbewerbsverbot beim Unternehmenskauf (EuGH Slg. 1985, 2545, 2571 - Remia), da das Unternehmen seinen Wert durch die Abnehmer, Lieferanten und Arbeitnehmer bekommt, der Unternehmenserwerber also eines befristeten Wettbewerbsverbots des Veräußerers bedarf, um wenigstens eine Chance zu haben, die Marktstellung des Veräußerers zu übernehmen. Die wirtschaftliche Geschäftsidee des Franchising erfordert einheitliche Produkte und ein im Wesentlichen einheitliches Auftreten am Markt, weshalb die Standardisierung, soweit notwendig und verhältnismäßig, nicht gegen das Kartellverbot verstößt. Bei anderen Verträgen wird dies schon durch eine spezielle GVO berücksichtigt.

III. Kartellfreie Kooperationen (ARGE-Gedanke)

Werden Mittelständler durch Kooperationen überhaupt erst befähigt, am Wettbewerb teilzunehmen, so ist dies schon unter Kausalitätsgesichtspunkten keine Wettbewerbsbeschränkung. Musterbeispiel sind die Arbeitsgemeinschaften bei großen Bauprojekten.

IV. Effizienzgewinne bei Nebenbestimmungen?

Bei einigen lediglich bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen liegen häufig erhebliche Effizienzgewinne vor, ohne dass dies stets ein Fall des Art. 81 Abs. 3 EG (§ 2 Abs. 1 GWB) oder der einschlägigen GVO wäre. Hier kommt subsidiär eine Gesamtabwägung der wettbewerblichen Auswirkungen in Betracht, wobei die Rechtslage noch weitgehend ungeklärt ist (hierzu Leitlinie der Kommission für horizontale Zusammenarbeit ABl. EG 2001 C3/2 ff.). Keine Abwägung bei Hardcorefällen (Regelungen zu Preisen oder Mengen, Marktaufteilung, Kundenaufteilung) sonst Gesamtabwägung unter Berücksichtigung von Effizienzgewinnen.

**I Freistellung gem. § 2 Abs. 1 GWB (Art. 81 Abs. 3 EG) als Legalausnahme**

§ 2 Abs.1 GWB hat wie Art. 81 Abs. 3 EG zwei positive und zwei negative Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen:

- Verbesserung der Warenerzeugung oder Warenverteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts durch die an sich verbotene Maßnahme und
- die angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn (Verbraucher sind alle Abnehmer; angemessen ist die Beteiligung, wenn die Nachteile zumindest kompensiert werden) und
- die Beschränkungen gehen nicht über das für diese Ziele unerlässliche Maß hinaus (Erforderlichkeit) und
- die Beschränkungen eröffnen nicht die Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten (wird ab etwa 80 % vermutet; generell keine Fälle, die als Missbrauch von Marktmacht einzuordnen sind oder durch die Marktzutrittsschranken geschaffen werden).

**J Freistellung gem. § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. der jeweils einschlägigen GVO**

Das europarechtliche Problem einer häufigen Divergenz von Art. 81 Abs. 3 EG zu einer GVO (Erweiterung des Zulässigkeitsbereichs durch GVO, obwohl Art. 81 Abs. 3 EG die GVO nur als Präzisierung zuzulassen scheint) stellt sich auch bei der Anwendung des § 2 Abs. 2 GWB, der die GVO ebenfalls als Anwendungsfall des Art. 81 Abs. 3 EG behandelt. Lösung ist auch hier die GVO als ein unter Umständen nur fiktiven Anwendungsfall des Art. 81 Abs. 3 EG anzusehen. Das europäische Kompetenzproblem besteht jedenfalls hier nicht, da eine einheitliche gesetzliche Regelung vorliegt. § 2 Abs. 2 GWB ist eine dynamische Verweisung auf die jeweils geltenden GVO.

Für die Prüfung einzelner GVO vgl. den Gliederungsvorschlag zu Art. 81 EG.

## **K Mittelstandskartelle gem. § 3 GWB als Fälle des § 2 Abs. 1 GWB**

### I. Vereinbarkeit mit Art. 81 EG

Problematisch ist die Vereinbarkeit mit Art. 81 EG soweit die Zwischenstaatlichkeitsvoraussetzung erfüllt ist und der deutsche Gesetzgeber gem. Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 nicht vom europäischen Recht abweichen darf. Eine Reihe von Fällen wird die Spürbarkeitsvoraussetzung nicht erfüllen, weshalb aber auch § 3 GWB in soweit mangels spürbarer Wettbewerbsbeschränkung ohnehin nicht mehr zur Anwendung käme. Soweit man zulässiger Weise Effizienzgewinne auch außerhalb Art. 81 Abs. 3 EG Berücksichtigen darf (vgl. oben H IV,), wäre § 3 GWB ebenfalls überflüssig. In den verbleibenden echten Anwendungsfällen des § 3 GWB ist dieser nicht mit Art. 81 Abs. 3 GWB i.V.m. Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 vereinbar (a.A. gut vertretbar). Außerhalb des Anwendungsbereiches des Art. 81 EG (bei fehlender Zwischenstaatlichkeit) bleibt § 3 GWB uneingeschränkt anwendbar.

### II. Voraussetzungen des § 3 GWB

- Vereinbarungen über die zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zwischen konkurrierenden KMU oder Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen (§ 3 Abs.1 1. HS GWB),
- die durch Rationalisierung die Wettbewerbsfähigkeit von KMU verbessern sollen (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GWB)  
(Hinweis: Lettl (Rn. 498) sieht hier auch Gebietsabsprachen als erfasst an. Dies ist problematisch, da es sich nicht um eine Rationalisierung im engen Sinn mit echten Effizienzgewinnen handelt.)
- und die den Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigen (§ 3 Abs.1 Nr. 1 GWB).

## **L Anspruch auf Unbedenklichkeitsbescheinigung gem. § 3 Abs. 2 GWB i.V.m. § 32c GWB**

Die Unbedenklichkeitsbescheinigung gem. § 32c GWB führt nicht zu einer Freistellung, führt jedoch dazu, dass die Kartellbehörde vorbehaltlich weiterer Erkenntnisse nicht weiter tätig werden wird und schafft so weitgehende Rechtssicherheit. Voraussetzung ist, dass kein Fall des Art. 81 EG vorliegt und ein erhebliches rechtliches oder wirtschaftliches Entscheidungsinteresse besteht. Die Regelung läuft 2009 aus.

## **M Rechtsfolgen der Kartellrechtswidrigkeit**

### I. Nichtigkeit gemäß § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB

### 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 1. Alt. GWB bei Verstößen gegen § 1 GWB 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; ob auch Verbraucher als Marktteilnehmer ist problematisch) und Unternehmensverbände unter den Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 GWB.

Streitig ist, ob aus dem Anspruch auf Unterlassung einer Nichtbelieferung bei Verstoß gegen § 1 GWB nach h.M. auch ein Erfüllungsanspruch auf Belieferung (Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung) folgt (ablehnend BGH EuZW 1998, 766 zu Art. 81 EG).

### 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 on defence* in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB; Verstoß gegen § 1 GWB (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 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).
- V. 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.
- VI. Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen des Unternehmens durch die Kommission(Art. 9 VO 1/2003)
- VII. 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).
- VIII. 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).
- IX. 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).